

Université de Montréal

De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie: vers un retour au paradigme de l'uniformisation du droit ?

par  
Antoine Leduc

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de  
Docteur en droit (LL.D.)

Mars 2011

© Antoine Leduc, 2011

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie: vers un retour au paradigme de l'uniformisation du droit ?

présentée par :  
Antoine Leduc

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Monsieur le Professeur émérite Nabil N. Antaki  
président-rapporteur et représentant du doyen

Monsieur le Professeur émérite Pierre Ciotola  
directeur de recherche

Monsieur le Professeur Stéphane Rousseau  
membre du jury

Monsieur le Professeur François Brochu  
examineur externe

### *Résumé de la thèse*

La réforme et l'harmonisation du droit des sûretés mobilières sont à l'ordre du jour de plusieurs organisations internationales, car il est admis qu'un régime de sûretés efficient favorise l'accès au crédit à de faibles coûts. L'harmonisation de ce droit comporte deux volets. D'une part, dans l'Occident industrialisé, les efforts d'harmonisation vont de la réforme des droits internes à l'établissement de régimes spéciaux relativement à des biens spécifiques (principalement les biens mobiles de grande valeur, tels les aéronefs, le matériel ferroviaire roulant et les satellites, et les biens incorporels, comprenant les créances, valeurs mobilières, actifs financiers et titres intermédiés). Ces efforts d'harmonisation démontrent que d'un point de vue systémique, malgré quelques différences notables, les régimes nord-américains et européens sont fondés sur des principes similaires et atteignent des résultats comparables. En résulte l'émergence d'un ordre juridique transnational en droit des sûretés mobilières, fondé sur les principes de la primauté de l'individu et la reconnaissance du droit de propriété de l'individu dans ses biens, mis en œuvre grâce à l'État de droit.

D'autre part, les institutions financières internationales encouragent l'établissement de régimes de sûretés dans les pays en voie de développement qui obéissent aux mêmes critères que ceux de l'Occident, en insistant sur les réformes institutionnelles et juridiques visant l'établissement d'une bonne gouvernance et l'État de droit. Cependant, une transposition des régimes occidentaux ne peut se faire sans heurts dans les pays en voie de développement, notamment pour des raisons socio-culturelles et politiques. Lorsque les principes de la primauté de l'individu, de la propriété individuelle et de l'État de droit

ne sont pas reconnus dans un pays donné, la réforme et l'harmonisation du droit des sûretés s'en trouvent compromis.

La démonstration de l'état d'avancement de la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans les pays occidentaux industrialisés est faite grâce à une comparaison du *Uniform Commercial Code*, du *Code civil du Québec*, des *Personal Property Security Acts* des provinces canadiennes de common law, des principes des droits français et anglais, de l'influence du droit communautaire sur les pays membres de l'Union Européenne. Sont analysés, aussi, dans cette optique, les principaux instruments de l'harmonisation du droit émanant des organisations internationales.

Par ailleurs, deux études de cas relatifs à la réforme du crédit foncier en Égypte et à la réforme de l'urbanisme et de l'habitat en République démocratique du Congo, viennent étayer les difficultés que rencontrent les institutions internationales, telles la Banque mondiale et l'ACDI, dans le cadre de projets de réformes visant la bonne gouvernance et l'instauration d'un véritable État de droit, en partie à cause d'un pluralisme des ordres juridiques de ces pays.

(mots clés : sûretés – sûretés mobilières – harmonisation – droit comparé – droit civil – *common law* – droit islamique – droit coutumier africain – droit et développement – État de droit – ACDI – Banque mondiale)

### *Abstract of the thesis*

The reform and harmonization of secured transactions on movable (or personal) property is fostered by international organizations, on the assumption that an efficient regime of secured transactions will give access to affordable credit to a large number of persons and corporations. Such reform and harmonization process can be explained according to its two main features.

Firstly, in Western and developed countries, the focus is on endeavours to harmonize the various regimes internally and to establish special regimes with respect to specific assets (for instance, high value mobile equipment, such as aircrafts, rolling stock or satellites, on the one hand, or incorporeal property, including securities, financial assets or security entitlements, on the other hand). Even though some differences remain from a systemic point of view, north american and european regimes are based on similar principles and achieve comparable results. It is therefore possible to see the emergence of a transnational legal order in the law of secured transactions, based on individuals and the enforcement of their rights of ownership, ascertained by the Rule of Law principle.

Secondly, international financial institutions are encouraging the implementation of secured transactions regimes in developing countries along the same criteria as those used in Western developed countries, in the context of institutional and legal reforms under governance and rule of law projects. However, Western regimes must be adapted and customized before they are transplanted into a developing country. Indeed, for socio-cultural and political reasons, it is not possible to establish the same kind of regime

therein. When individual rights and freedoms, including the right of ownership and the Rule of Law, are not recognized, the reform and harmonization of secured transactions is not likely to happen.

The status of advancement of the reform and harmonization of secured transactions in the developed world is illustrated by a comparison between the *Uniform Commercial Code*, the *Civil Code of Québec*, the *Personal Property Security Acts* of Canadian common law provinces, the applicable principles under both French and English Law, and the influence of European Law on its member states. An analysis of the main harmonization instruments proposed by international organizations is also conducted.

Finally, the pitfalls of governance and rule of law reform projects are well described by two case studies. The first one deals with real estate and mortgage law reforms in Egypt, with a goal to encourage affordable access to housing; the second one is about urban planning and housing reforms in the Democratic Republic of Congo. The existence of a multiplicity of legal orders in these countries explains the difficulties encountered in such reform processes.

(key words: Secured transactions – Harmonisation – Comparative law – Civil Law – Common Law – Islamic Law – African Customary Law – Rule of Law – CIDA – World Bank – Law and Development)

*Table des matières*

<i>Résumé de la thèse</i> .....	iii
<i>Abstract of the thesis</i> .....	v
<i>Table des matières</i> .....	vii
<i>Liste des sigles et des abréviations</i> .....	xxi
<i>Dédicace</i> .....	xxiv
<i>Remerciements</i> .....	xxv
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<i>Problématique, questions et hypothèses de recherche</i> .....	6
<i>Posture épistémique, méthodologie de recherche et cadre théorique</i> .....	11
<b>PREMIÈRE PARTIE - DE LA RÉFORME ET DE L'HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES AU PLAN SYSTÉMIQUE EN OCCIDENT</b> .....	<b>18</b>
<b>I- LA RÉFORME ET L'HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES</b> .....	<b>18</b>
<b>A. La réforme intrinsèque des droits nationaux</b> .....	<b>19</b>
1. Une mise en contexte .....	19
2. La modernisation, la réforme ou l'instauration de régimes de droits des sûretés mobilières à l'interne .....	22
<b>B. L'harmonisation du droit des sûretés mobilières à l'échelle internationale</b> .....	<b>33</b>
1. De l'« unification » à l'« harmonisation » du droit des sûretés mobilières à l'échelle internationale ? .....	33

2.	La prise de garanties dans un contexte transfrontalier ou sur des biens mobiles, incorporels ou dématérialisés .....	37
2.1	les instruments visant les biens mobiles .....	37
2.2	les instruments visant les biens incorporels ou dématérialisés.....	42
<b>II-</b>	<b>LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DES SÛRETÉS EN OCCIDENT .....</b>	<b>54</b>
<b>A.</b>	<b>Des fondements et des valeurs qui sous-tendent les principaux régimes de sûretés en Occident .....</b>	<b>54</b>
1.	Du principe de l'égalité des créanciers dans le recouvrement de leurs créances ( <i>pari passu</i> ).....	55
1.1	recouvrement d'une créance lorsque le débiteur n'est pas assujéti à une procédure collective des créanciers .....	56
1.2	recouvrement d'une créance lorsque le débiteur est insolvable et assujéti à une procédure collective des créanciers .....	62
1.3	justifications au principe de l'égalité entre les créanciers .....	65
2.	De l'exception au principe de l'égalité entre les créanciers : l'édification d'un régime de sûretés et l'établissement d'un ordre de priorités.....	67
2.1	un régime dérogatoire ou exorbitant du droit commun .....	67
2.2	les justifications apportées au soutien de l'édification d'un régime de sûretés et de l'établissement d'un ordre de priorités .....	69
2.3	du nécessaire arrimage des régimes de sûretés et des régimes de procédures collectives des créanciers.....	75
2.3.1	utilité, effectivité de la sûreté conventionnelle et insolvabilité du débiteur.....	76



a)	utilité de la sûreté conventionnelle .....	76
b)	effectivité de la sûreté conventionnelle.....	77
2.3.2	conciliation d'intérêts divers, parfois divergents .....	78
a)	partage de compétences législatives entre deux paliers de gouvernements.....	79
b)	arbitrage des intérêts de diverses catégories de créanciers.....	83
2.3.3	adaptations des règles en fonction de la finalité de la procédure collective .....	85
2.3.4	préservation de la valeur économique des sûretés conventionnelles dans un contexte de redressement .....	89
a)	financement postérieur à l'ouverture de la procédure aux États-Unis (« <i>DIP Financing</i> »).....	91
b)	financement postérieur à l'ouverture de la procédure au Canada.....	96
i)	évolution prétorienne .....	98
ii)	consécration législative.....	105
c)	financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les textes internationaux .....	111
d)	autres atténuations aux régimes de sûretés .....	113
2.3.5	principes directeurs de l'harmonisation des régimes de sûretés et d'insolvabilité en droit interne .....	116
2.3.6	harmonisation internationale de l'insolvabilité et traitement équitable des créanciers .....	118

3. Les principales caractéristiques d'un régime de sûretés mobilières.....	123
3.1 historique et évolution des sûretés mobilières : de leur naissance à leur prolifération incontrôlée et incohérente.....	123
3.2 de la nécessité d'adopter des règles simples, efficaces et uniformisées.....	127
<b>B. De l'uniformisation intrinsèque des régimes de sûretés mobilières.....</b>	<b>128</b>
1. Les principales techniques juridiques permettant l'atteinte de l'uniformité intrinsèque.....	130
1.1 l'approche fonctionnelle et unitaire du Titre 9 du <i>Uniform Commercial Code</i> .....	130
1.1.1 distinctions fondamentales entre les approches dites « formaliste » et « fonctionnelle ».....	131
1.1.2 genèse, historique et évolution de l'approche « fonctionnelle » .....	134
1.1.3 buts poursuivis par l'approche « fonctionnelle ».....	135
1.1.4 principales critiques formulées à l'encontre de l'approche « fonctionnelle » .....	136
1.2 le principe de l'énumération limitative des sûretés du droit français .....	142
1.3 le concept de la « présomption d'hypothèque » tel que proposé par l' <i>Office de révision du Code civil du Québec</i> .....	143
1.4 le principe de l'« essence de l'opération » tel que formulé par R.A. Macdonald .....	146
2. De diverses solutions retenues ou proposées.....	151
2.1 aux termes de la <i>Convention du Cap (2001)</i> .....	151

2.1.1	historique de la <i>Convention du Cap (2001)</i> et objectifs poursuivis .....	152
2.1.2	mécanique juridique mise en place par la <i>Convention du Cap (2001)</i> .....	153
2.1.3	impact du choix de n'avoir pas retenu l'approche fonctionnelle et unitaire .....	154
2.2	l'exemple du <i>Code civil du Québec</i> : les priorités, les hypothèques et les sûretés-propriété partiellement réglementées .....	157
2.3	aux termes de la <i>Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières</i> .....	167
2.3.1	historique de la <i>Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières</i> et objectifs poursuivis.....	167
2.3.2	problématiques d'ordre conceptuel.....	173
2.3.3	problématiques d'ordre terminologique.....	177
2.4	aux termes de la <i>Loi type de la BERD</i> .....	179
2.5	aux termes du <i>Guide législatif sur les opérations garanties</i> .....	181
<b>III-</b>	<b>DES CONCEPTS ET DES VALEURS DU DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES .....</b>	<b>186</b>
<b>A.</b>	<b>Des principales modalités des sûretés réelles.....</b>	<b>186</b>
1.	Les types de sûretés réelles et leurs caractéristiques .....	187
1.1	les sûretés légales ou conventionnelles.....	187
1.2	les sûretés mobilières ou immobilières.....	195
1.3	les sûretés mobilières conventionnelles avec ou sans dépossession.....	198

1.3.1	les modalités de constitution.....	199
	a) aux termes du Titre 9 du UCC .....	200
	b) aux termes du <i>Code civil du Québec</i> .....	204
	c) aux termes de la <i>Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières</i> .....	222
	d) aux termes de la <i>Loi type de la BERD</i> .....	225
	e) aux termes du <i>Guide législatif sur les opérations garanties</i> .....	227
1.3.2	les mécanismes de publicité.....	228
	a) aux termes du Titre 9 du UCC .....	229
	b) aux termes du <i>Code civil du Québec</i> .....	232
	c) aux termes de la <i>Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières</i> .....	237
	d) aux termes de la <i>Loi type de la BERD</i> .....	241
	e) aux termes du <i>Guide législatif sur les opérations garanties</i> .....	242
2.	Les sûretés mobilières conventionnelles dans leur objet et dans leur cause .....	244
2.1	l'objet de la sûreté mobilière conventionnelle .....	244
2.1.1	dans la tradition civiliste .....	244
	a) concept de patrimoine .....	246
	b) droits réels principaux et droits réels accessoires.....	248
	c) classification des biens meubles .....	252

2.1.2	dans la tradition de <i>common law</i> et de droit américain.....	255
	a) classification traditionnelle du droit des biens de <i>common law</i> .....	255
	b) classification des biens telle que proposée aux termes du Titre 9 du UCC .....	261
2.1.3	de l'arrimage de ces différentes conceptions dans les instruments d'harmonisation internationaux .....	268
2.2	la cause de l'obligation dont l'exécution est garantie aux termes de la sûreté conventionnelle .....	271
2.2.1	dettes présentes ou futures de caractère déterminé ou indéterminé lors de la constitution de la sûreté .....	271
2.2.2	utilité de la règle de la spécialité de la sûreté quant à son montant et quant à sa cause .....	277
<b>B.</b>	<b>De quelques considérations sur la mise en œuvre des sûretés mobilières.....</b>	<b>279</b>
1.	L'ordre de priorités entre les créanciers : ordre de collocation temporel et principales dérogations à ce principe .....	279
1.1	le principe de l'ordre de collocation temporel .....	280
1.2	d'une première exception : le <i>Purchase Money Security Interest</i> (« <b>PMSI</b> »).....	281
1.2.1	le PMSI : historique et présentation de la notion .....	282
1.2.2	la place du PMSI dans le Titre 9 du UCC.....	285
1.2.3	le PMSI et les instruments internationaux d'harmonisation du droit.....	287

1.2.4	les assises théoriques du PMSI .....	288
1.2.5	comparaisons entre le PMSI et les mécanismes mis en place par le <i>Code civil du Québec</i> visant l'atteinte d'objectifs analogues .....	292
	a) priorité du vendeur impayé .....	293
	b) hypothèque du vendeur en garantie du prix de vente .....	293
	c) inscription globale de réserves de propriété et d'autres sûretés-propriété .....	294
	d) critique des solutions mises en place par le législateur québécois et solution alternative .....	299
	i) critique économique .....	299
	ii) critique technique et conceptuelle .....	300
	iii) solution alternative .....	302
1.3	d'une seconde exception : le gage .....	303
1.4	d'une troisième exception : les sûretés légales .....	306
1.5	d'une quatrième exception : les droits et priorités des autorités fiscales .....	307
1.6	d'une cinquième exception : les droits et priorités découlant des procédures collectives des créanciers .....	307
2.	Les principes fondamentaux en matière de publicité des sûretés mobilières conventionnelles .....	308
2.1	des règles de conflits de lois .....	308
2.2	de la publicité par inscription à un registre : fondement d'un régime de sûretés moderne .....	314

2.2.1	fonction du registre de publicité et inscription des droits .....	314
2.2.2	inscription d'une sûreté au registre avant sa constitution (les sûretés prospectives) .....	320
2.3	de la renaissance de la publicité par dépossession .....	322
3.	Les principes directeurs en matière de réalisation et d'exécution des sûretés mobilières conventionnelles .....	323
<b>IV-</b>	<b>DE L'HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES : DES VALEURS ET DES CONCEPTS À LEUR MISE-EN-ŒUVRE.....</b>	<b>334</b>
<b>A.</b>	<b>Des traditions juridiques et des techniques législatives.....</b>	<b>334</b>
1.	En droit civil québécois et en <i>Common Law</i> anglo-américaine .....	336
1.1	la codification du droit : but, objet et technique de rédaction législative .....	336
1.1.1	but et objet de la codification.....	337
1.1.2	technique de rédaction législative propre à la codification organisatrice de la tradition civiliste.....	343
1.2	du <i>judge made law</i> au droit légiféré.....	346
2.	Les divers contextes et formes de l'harmonisation du droit .....	350
2.1	pays de droit mixte : le bijuridisme canadien .....	350
2.2	perspective internationale .....	356
<b>B.</b>	<b>L'harmonisation du droit des sûretés mobilières .....</b>	<b>359</b>
1.	À l'échelle panaméricaine et internationale.....	359
1.1	points de convergences et de divergences .....	360

1.1.1 valeurs.....	360
a) constitution de la sûreté .....	360
b) mécanismes de publicité de la sûreté.....	362
c) objet et cause de la sûreté.....	362
d) priorités entre les créanciers, mesures d'exécution et de publicité de la sûreté.....	364
e) approches retenues et cohérence intrinsèque .....	366
1.1.2 concepts.....	367
1.2 technique à préconiser et objet de l'harmonisation à ce niveau : traité, convention, loi type, principes généraux ou guide législatif.....	368
2. À l'échelle pancanadienne .....	382
2.1 harmonisation inter-provinciale.....	382
2.2 sûretés fédérales.....	383
<b>C. Vers l'uniformisation du droit des sûretés mobilières en Occident ? .....</b>	<b>385</b>
<b>DEUXIÈME PARTIE – DE LA RÉFORME ET DE L'HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS DANS LES PAYS ÉMERGENTS :                    CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES,            SOCIOPOLITIQUES        ET CULTURELLES .....</b>	<b>391</b>
<b>I-    LE PRINCIPE DE L'ÉTAT DE DROIT : FONDEMENT DE L'ÉCONOMIE MONDIALISÉE ET DU DÉVELOPPEMENT ?.....</b>	<b>399</b>
<b>A. L'État de droit : généralités, historique et évolution.....</b>	<b>399</b>
1. Quelques définitions utiles et acceptations de l'idée.....	400
1.1 une définition générale.....	400



1.2 l'évolution historique de l'idée .....	402
1.3 ses composantes institutionnelles et normatives.....	411
2. De l'émergence de ce principe en droit international public .....	422
<b>B. L'État de droit au cœur des projets de réformes promulgués par les institutions financières internationales.....</b>	<b>426</b>
1. La distinction entre le « droit <i>du</i> développement » et le « droit <i>au</i> développement ».....	427
1.1 la notion de « développement » .....	427
1.2 le « droit <i>du</i> développement ».....	432
1.3 le « droit <i>au</i> développement ».....	443
2. La philosophie des institutions financières internationales et l'aide accordée aux pays en voie de développement .....	445
2.1 les principales institutions financières internationales.....	445
2.2 le rôle de la Banque mondiale et les réformes pilotées dans les pays en voie de développement.....	452
2.3 la philosophie de la Banque mondiale quant à la réforme du droit .....	462
<b>C. L'État de droit, l'économie et le droit des sûretés « à l'occidentale ».....</b>	<b>468</b>
1. L'État de droit, fondement de l'économie ? .....	468
2. De l'émergence de l'État de droit par la réforme du droit commercial, en particulier du droit des sûretés .....	476
<b>II- L'ÉTAT DE DROIT « SUBSTANTIEL » : LE CAS DE LA RÉFORME DU RÉGIME DE CRÉDIT FONCIER EN ÉGYPTÉ .....</b>	<b>481</b>
<b>A. L'État de droit « instrumental » et « formel » en Égypte .....</b>	<b>482</b>

<b>B. L'État de droit « substantiel » en Égypte : la réforme du régime de crédit foncier.....</b>	<b>484</b>
1. D'une étude de terrain effectuée à la demande de l'ACDI, dans le cadre d'une initiative de la Banque mondiale.....	485
2. De la crise du logement en Égypte : facteurs économiques, sociaux, démographiques et institutionnels .....	492
3. Du cadre législatif et réglementaire égyptien en matière de crédit foncier .....	498
<b>C. La gouvernance et la règle de droit : un historique tumultueux des sources égyptiennes du droit.....</b>	<b>508</b>
1. De l'historique et de l'évolution de la tradition islamique du droit en Égypte.....	511
1.1 les origines et l'évolution, du VII <sup>e</sup> siècle au XIX <sup>e</sup> siècle.....	512
1.2 l'occidentalisation du droit égyptien : première période de réforme (1840-1930) .....	519
1.3 la modernisation du droit égyptien et le nationalisme séculier : la codification de compromis entre le droit islamique et le droit occidental (1930-1952) .....	521
1.4 vers une réislamisation de la société et du droit égyptiens (de 1952 à nos jours) .....	524
2. Du droit privé patrimonial en Égypte (obligations, biens, sûretés) : du droit islamique au droit civil .....	526
2.1 de ces principes en droit islamique .....	527
2.2 de ces principes en droit civil égyptien.....	531
2.3 du système de publicité des droits et du cadastre .....	543
<b>D. La <i>Real Estate Finance Law</i> de l'an 2001 : structure, objet et cadre juridique.....</b>	<b>549</b>

1.	De la structure et de l'objet de la <i>Real Estate Finance Law</i> .....	550
2.	De la nature des droits et obligations conférés en vertu de cette loi.....	561
2.1	de la qualification du contrat tripartite.....	561
2.2	de la nature et des modalités de constitution et de publicité de la sûreté.....	567
2.3	de l'assiette de la sûreté et des obligations garanties.....	568
2.4	du rang de la sûreté.....	570
2.5	des mesures d'exécution forcée de la sûreté.....	571
2.6	de l'incomplétude de la REFL et de son interaction avec les autres sources du droit égyptien.....	574
<b>E.</b>	<b>Le cadre institutionnel et réglementaire promulgué aux termes de la <i>Real Estate Finance Law</i> .....</b>	<b>575</b>
<b>F.</b>	<b>La réforme du droit en Égypte : un processus difficile.....</b>	<b>582</b>
1.	De l'implantation de la <i>Real Estate Finance Law</i> : améliorations possibles à son cadre juridique et institutionnel ?.....	582
2.	De la réforme du droit en général dans le contexte égyptien.....	589
<b>III-</b>	<b>L'ÉTAT DE DROIT « SUBSTANTIEL » : LE CAS DE LA RÉFORME DE L'URBANISME, DE L'HABITAT ET DU CRÉDIT FONCIER EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO .....</b>	<b>593</b>
<b>A.</b>	<b>L'État de droit « instrumental » et « formel » en RDC.....</b>	<b>594</b>
1.	Le contexte politique, social et économique en RDC.....	594
2.	L'État de droit en RDC.....	597
<b>B.</b>	<b>L'État de droit « substantiel » en RDC : la réforme de l'urbanisme, de l'habitat et du crédit foncier.....</b>	<b>600</b>

1. Du cadre légal, judiciaire et administratif en RDC.....	600
1.1 les sources du droit en RDC.....	601
1.1.1 le droit coutumier oral.....	601
1.1.2 le droit légiféré écrit.....	612
1.2 la législation pertinente en matière d’urbanisme et d’habitat, son interprétation et sa mise en œuvre.....	617
1.2.1 les lois relatives à l’urbanisme et à l’habitat.....	617
1.2.2 les lois relatives au droit des biens, au régime foncier et immobilier et au régime des sûretés .....	620
1.2.3 l’interprétation et la mise en œuvre de ce droit.....	631
2. Position du problème et pistes de solutions .....	637
 <b>IV- L’HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS DANS UN CONTEXTE DE MONDIALISATION : VERS L’UNIFICATION ? .....</b>	<b>640</b>
 <b>CONCLUSION .....</b>	<b>645</b>
 <b>TABLE DE LA LÉGISLATION.....</b>	<b>649</b>
 <b>TABLE DES JUGEMENTS .....</b>	<b>660</b>
 <b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>663</b>

**Liste des sigles et des abréviations**

ACDI :	<i>Agence canadienne de développement international</i>
ALÉNA :	<i>Accord de libre échange Nord-Américain</i>
BAD :	<i>Banque Asiatique de développement</i>
BIRD :	<i>Banque Internationale pour la reconstruction et le développement</i>
BERD :	<i>Banque Européenne pour la reconstruction et le développement</i>
C.c.B.C. :	<i>Code civil du Bas Canada</i>
CIDA :	<i>Canadian International Development Agency</i>
CCE :	<i>Code civil égyptien (1948)</i>
C. civ. :	<i>Code civil (France)</i>
C.c.Q. :	<i>Code civil du Québec</i>
CIDIP-VI :	<i>Sixième conférence interaméricaine spécialisée en droit international privé de l'OÉA</i>
CIDIP-VII :	<i>Septième conférence interaméricaine spécialisée en droit international privé de l'OÉA</i>
Code civil :	<i>Code civil du Québec</i>
<i>Convention du Cap (2001) :</i>	<i>Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)</i>

CNUDCI :	<i>Commission des Nations Unies pour le droit commercial international</i>
C.p.c. :	<i>Code de procédure civile du Québec</i>
FMI :	<i>Fonds Monétaire International</i>
LACC :	<i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (Canada)</i>
LARCC :	<i>Loi sur l'application de la réforme du Code civil (Québec)</i>
LFI :	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité (Canada)</i>
LTIRSM :	<i>Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières</i>
LTVMQ :	<i>Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés (Québec)</i>
OÉA :	<i>Organisation des États Américains</i>
OMC:	<i>Organisation mondiale du commerce</i>
ONG:	<i>Organisation non gouvernementale</i>
ONU:	<i>Organisation des Nations Unies</i>
OPPSA :	<i>Ontario Personal Property Security Act</i>
ORCC :	<i>Office de révision du Code civil (Québec)</i>
PMSI :	<i>Purchase Money Security Interest</i>

PNUD :	<i>Programme des Nations Unies pour le développement</i>
PPSA :	<i>Personal Property Security Act</i>
RDC :	<i>République démocratique du Congo</i>
REÉR :	<i>Régime enregistré d'épargne retraite (Canada)</i>
REFL :	<i>Real Estate Finance Law (Egypt)</i>
TPS :	<i>Taxe sur les produits et services (Canada)</i>
TVQ :	<i>Taxe de vente du Québec</i>
UCC :	<i>Uniform Commercial Code</i>
UNCITRAL :	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNIDROIT :	<i>Institut international pour l'unification du droit privé</i>
USAID :	<i>United States Agency for International Development</i>

*Dédicace*

*À monsieur Paul-André Crépeau, c.c., o.q., c.r.,  
de la Société Royale du Canada,  
professeur émérite, Faculté de droit,  
Université McGill*

*D'un ancien étudiant et assistant de recherche reconnaissant et admiratif*



### *Remerciements*

La vaste entreprise que représente la rédaction d'une thèse de doctorat ne se fait pas seule. En cela, nous avons été habilement et intelligemment dirigés par Pierre Ciotola, professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, qui a fait preuve de compétence, patience, générosité et dévouement à notre endroit. Nous lui en sommes vivement reconnaissants.

Nous avons bénéficié d'un soutien appréciable de nos collègues de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, dont les professeurs Nabil Antaki, Guy Lefebvre et Stéphane Rousseau qui, par leur écoute et leurs encouragements, nous ont permis de mener à bien ce projet. De même, les commentaires du professeur François Brochu, ainsi que ceux de tous les membres du jury lors de la soutenance qui s'est déroulée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 4 mars 2011, nous furent des plus stimulants et bénéfiques.

Enfin, le soutien de nos proches fut indispensable à la réalisation de cette thèse. Que notre famille et nos amis trouvent ici l'expression de notre reconnaissance la plus sincère, en particulier notre épouse, Christel Durand, sans qui nous n'aurions pu mener ce projet à bon port.

La recherche est à jour au 1<sup>er</sup> août 2010.

Antoine Leduc  
14 mars 2011



## INTRODUCTION

### *Des idées d'uniformité*

*Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne), mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent, parce qu'il est impossible de ne le pas découvrir : les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'État, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception ? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir ? Et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ? À la Chine, les Chinois sont gouvernés par le cérémonial chinois, et les Tartares par le cérémonial tartare : c'est pourtant le peuple du monde qui a le plus la tranquillité pour objet. Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ?*

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, Livre XXIX, Chapitre XVIII, Paris, Gallimard, 1995, p. 1038-1039.

Pourquoi harmoniser ou uniformiser le droit ? Cette vaste question se pose depuis des siècles et fit l'objet d'interprétations diverses selon les contextes et les époques, que l'on songe aux tables de l'Empereur Justinien<sup>1</sup>, à l'époque du droit romain, au droit canonique de l'Église catholique romaine<sup>2</sup>, plus tard, à la *lex mercatoria* des marchands du Moyen-Âge<sup>3</sup>, à la codification napoléonienne et à celles qui s'en inspirèrent par la

---

<sup>1</sup> Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 99-100.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 118-127, 184-194.

<sup>3</sup> William TETLEY, « Mixed jurisdictions : common law vs civil law (codified and uncoded) », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 591-619, 877-906, en particulier aux p. 885-886; Philippe KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 416.

suite <sup>4</sup> et, enfin, aux efforts des internationalistes et comparatistes de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, qui n'ont cessé de progresser depuis ce temps jusqu'à nous, en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle <sup>5</sup>.

Harmoniser, uniformiser, codifier des normes, des pratiques, des usages, c'est rendre le droit plus certain, plus accessible et, ce faisant, c'est favoriser la prévisibilité du droit et des échanges économiques. C'est aussi contribuer à la création de nations, de sociétés, de pays et, éventuellement, de marchés plus vastes, de zones économiques de libre-échange qui ne connaissent plus de frontières. Ainsi, les ramifications de l'harmonisation du droit sont nombreuses. Ses motivations sont tantôt politiques, tantôt économiques; elles sont aussi philosophiques. Le postulat de l'harmonisation du droit consiste probablement, au final, tel qu'on l'entend en Occident du moins, à favoriser l'éclosion de la liberté individuelle par l'entremise du principe de l'État de droit, qui la permet par l'organisation ordonnée de la vie en société, et ce, tant au niveau local qu'international, dans le respect de la diversité des cultures et des traditions. Cette reconnaissance de l'individu se traduit, concrètement, par une conception individualiste du droit de propriété, dont l'État se porte garant et qui encourage les échanges économiques <sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> J. GAUDEMET, *op. cit.*, *supra* note 1, p. 205-213 ; François EWALD, dir., *Naissance du Code civil. Travaux préparatoires du Code civil (extraits choisis et présentés par François Ewald)*, Mayenne (Fr.), Flammarion, 2004. Voir aussi la biographie de l'un des pères du *Code civil des Français*, écrite par Jean-Luc A. CHARTIER, *Portalis, le père du Code civil*, Saint-Amand-Montrond (Fr.), Fayard, 2004.

<sup>5</sup> René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 1-13.

<sup>6</sup> Ainsi, l'État-nation est-il au cœur de ce processus d'harmonisation et ne saurait être dissocié d'une réflexion le concernant, ce qui suppose que cette réflexion s'articulera d'abord sur la base d'un certain positivisme juridique. Néanmoins, l'objet de l'harmonisation, plus large que les systèmes juridiques concernés dans son application, permet d'en entrevoir les limites : « *Le positivisme juridique est donc particulièrement adapté à la modernité quand il est qualifié « d'objectiviste » et davantage encore lorsqu'il est identifié à l'État. C'est en effet la transcendance abstraite de*

Dans cette mouvance, le droit des sûretés est considéré comme l'un des fondements de l'économie. Il repose sur le droit de propriété qu'un sujet de droit a sur l'ensemble de ses biens, donc son patrimoine. Ainsi, tout sujet de droit peut en tirer profit en l'affectant, en tout ou en partie, à l'exécution de ses obligations, en privilégiant l'un ou l'autre de ses créanciers par l'octroi d'une sûreté qui l'avantagera par rapport aux autres. Le sujet de droit peut, dès lors, maximiser la valeur de son patrimoine, car le créancier titulaire d'une sûreté, efficace et reconnue, lui fera crédit à un coût moindre. Il peut aussi, à cette aune, fractionner son patrimoine et avoir accès à plusieurs sources de financement distinctes, en aménageant les sûretés et leur rang entre ses divers créanciers.

Pour des raisons pratiques et historiques, le financement des individus ou des entreprises a longtemps reposé, principalement, sur les biens immobiliers qu'ils possèdent. Puis, dans les sociétés modernes, on tente graduellement de tirer profit des biens meubles, leur valeur ayant progressivement déclassé celle des immeubles. Souvent, aussi, les entreprises qui démarrent n'ont pas d'immeuble ou, tout simplement, œuvrent dans des domaines où il n'est pas nécessaire d'en détenir un<sup>7</sup>. Les principes généraux qui régissent les sûretés sur les biens meubles ou immeubles sont essentiellement les mêmes, bien que chaque régime comporte son lot de particularités. Remarquons cependant qu'à ce titre, le type de régime de sûretés variera grandement d'une société à l'autre. Les pays

---

*l'État, sous le signe de la constitution, et le statut formel de l'individu, sous le signe de la propriété privée, qui définissent la structure politique de la modernité [...]. Cependant, cette conception du positivisme est la plus fragilisée par des approches sociologiques sur le droit, qui tentent de faire de l'État un producteur de juridicité parmi d'autres. Sous cet angle, la « modernité contemporaine » ou la post-modernité, ébranle les fondations d'un positivisme nourri par un maître prépondérant : l'État ». Voir : Fabien GOUTTEFARDE, « Positivisme juridique et Modernité », (2007) 37 R.G.D. 7, n<sup>os</sup> 25 et 27, p. 19 [références omises].*

<sup>7</sup> Voir, notamment : Roy GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, n<sup>o</sup> 1-02, p. 2-3.

industrialisés les plus économiquement avancés disposent de régimes de propriété foncière rodés depuis des siècles et les biens meubles y ont valeur d'échange depuis longtemps déjà. Dans ces pays, les régimes de sûretés porteront tant sur les biens meubles que sur les immeubles; parfois, ces régimes seront distincts, parfois ils seront intégrés. En revanche, dans les pays émergents ou en voie de développement, la propriété foncière fait souvent défaut, quand elle n'est pas, tout simplement, inexistante. C'est donc dire que les sûretés mobilières y sont la plupart du temps également absentes, sans parler des sûretés personnelles auxquelles il n'est possible de se fier dans bien des cas<sup>8</sup>. Parfois, aussi, ces pays n'adhèrent pas à la conception individualiste du droit de propriété et lui préfèrent une conception collectiviste ou communautariste, ce qui rend la transposition de l'idée même d'un régime de sûretés beaucoup plus difficile<sup>9</sup>. Le clivage, entre les pays industrialisés et les pays émergents ou en voie de développement, est donc important et variable d'une région à l'autre en matière de régimes de propriété et de sûretés. Ce qui fait que l'on ne pourra pas envisager le phénomène de la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés de la même manière lorsque l'on considère les pays industrialisés et les pays émergents.

---

<sup>8</sup> Voir : Yves PICOD, *Droit des sûretés*, Paris, Presses Universitaires de France (Thémis droit public), 2008, n° 5, p. 5 et 6 : « *L'histoire du droit des sûretés alterne en permanence rigueur et faveur, manifeste des évolutions vers le raffinement et des régressions vers le frustré. Les sociétés primitives font d'abord tout naturellement appel aux garanties personnelles. [...] Les sûretés réelles n'apparaissent qu'après les sûretés personnelles : elles supposent en effet un état du droit suffisamment évolué pour établir une distinction entre la chose et le droit réel qui porte sur cette dernière* ».

<sup>9</sup> « *Alors que les systèmes de valeurs traditionnelles présupposaient l'existence d'une collectivité comme source des obligations morales, la société moderne fait au contraire de la liberté individuelle et de l'égalité entre tous les individus ses principes fondateurs. C'est l'individu qui est considéré comme la pierre angulaire de l'ordre moral ; il est source première des obligations. Ainsi, « dans sa pureté théorique et dans la logique de la modernité, le droit moderne, à la différence de celui de la société traditionnelle [...], se caractérise par le centrage de la légitimité du droit autour de l'individu* » ». Voir : F. GOUTTEFARDE, *loc. cit.*, supra note 6, n° 19, p. 16 [références omises].

L'harmonisation consiste donc à proposer des outils respectueux de la diversité des traditions juridiques et des cultures, permettant l'établissement de régimes de droit des sûretés dans le plus grand nombre de pays possibles, et ce, en visant l'atteinte d'objectifs comparables. Nous allons étudier ce phénomène car, ainsi que nous le verrons, ce mouvement de réforme et d'harmonisation est sans aucun doute le plus important ayant cours en droit privé international depuis les vingt dernières années, et ce, tant dans la réflexion comparatiste systémique des juristes issus du monde industrialisé, que dans les projets d'aide au développement qui sont promulgués par les institutions financières internationales, mondialisation de l'économie oblige.

Ainsi, au premier chef, le droit des sûretés mobilières suscite l'intérêt toujours croissant de multiples acteurs des scènes économique, politique et juridique, tant aux échelles nationales qu'internationale. L'importance du rôle joué par les sûretés mobilières, en matière de crédit, est de moins en moins remise en question. Dans ce contexte d'une plus grande ouverture des marchés, donc de plus grande mobilité des capitaux, des biens, des entreprises et des personnes, les systèmes juridiques nationaux doivent s'adapter afin de permettre aux acteurs du commerce, tant local que transfrontalier, de faire bonne figure et de bien tirer leur épingle du jeu. La recherche de nouvelles solutions, que ce soit en matière de droit international privé ou en droit interne, provoque un intense effort de réflexion au sein de la communauté juridique internationale, dont on commence à peine à bien saisir toute l'ampleur. Néanmoins, il n'est pas exagéré d'affirmer que le droit des sûretés mobilières est assurément l'un des domaines qui suscite le plus vif intérêt en matière d'harmonisation. On constate en effet que nombre d'organisations en font l'une de leurs priorités. Pensons, entre autres, aux travaux qui ont présentement cours sous les

auspices de l'*Institut international pour l'unification du droit privé*, mieux connu sous la dénomination « Unidroit », à Rome, ainsi qu'aux efforts déployés par la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, identifiée par l'acronyme « CNUDCI ». Il en est déjà ressorti plusieurs outils juridiques et législatifs, et d'autres sont sur le point de voir le jour, notamment en matière d'affacturage, de faillite internationale, de contrats internationaux, de cession de créances, de valeurs mobilières, de titres intermédiés et autres actifs financiers, de garanties internationales portant sur des biens d'équipement mobiles de grande valeur. Tout converge pour opérer des modifications importantes, dont les effets auront certainement pour conséquence, dans les années à venir, de modifier le droit des sûretés mobilières à plusieurs niveaux, internationalement et localement.

### ***Problématique, questions et hypothèses de recherche***

Lorsque l'on parle de la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés, dans un contexte de mondialisation, on peut d'abord envisager la réforme intrinsèque des droits nationaux en la matière, particulièrement dans le domaine des sûretés mobilières, leur harmonisation aux autres systèmes et l'apparition de normes supranationales. Cette dimension nous permet ainsi de considérer le premier niveau de cette harmonisation, qui est **systemique** : est-il possible et souhaitable d'harmoniser, au plan de la technique juridique, les règles de droit de pays souverains, appartenant à des systèmes juridiques différents, voire même à des traditions juridiques différentes, et quels sont les meilleurs moyens pour y parvenir ? L'objectif de l'harmonisation consiste à permettre l'atteinte de solutions ou résultats semblables, voire similaires, d'une tradition juridique à l'autre, tout en respectant les diverses façons d'y parvenir. C'est ce qui distingue l'harmonisation



proprement dite de l'uniformisation, qui ne se préoccupe pas de ménager la diversité des traditions juridiques. Ce faisant, sommes-nous, dans une perspective systémique, en train d'assister à un renversement de paradigme, qui va de l'harmonisation souple à une uniformisation progressive du droit des sûretés, principalement mobilières ? Nous allons explorer ces questions dans le cadre de la première partie de cette thèse [**Partie I**].

Dans un deuxième temps, l'on peut tenter de cerner les conditions préalables à la réforme et à la mise en œuvre d'un régime de sûretés, qui correspondent au second niveau de cette harmonisation, de nature plus pragmatique, voire même **sociopolitique** ou **culturelle** : est-il possible de transplanter des solutions juridiques structurantes, généralement admises dans les économies libérales, à des pays émergents issus de traditions et cultures, juridiques, sociétales ou même religieuses, profondément différentes ? [**Partie II**] Voilà ainsi posées, dans notre seconde partie, les questions qui font le pendant, l'envers de la médaille, à celles qui sont analysées dans la première étape de notre recherche.

Nous allons donc explorer ces deux principaux volets de notre **problématique générale de recherche** entourant la réforme du droit des sûretés. À cette problématique générale s'ajoute, pour chacun des volets, deux **questions générales**.

Premièrement, quelle est la meilleure méthode ou technique qui permette de réaliser ou d'aspirer à l'harmonisation dite « souple » du droit des sûretés réelles mobilières, entre systèmes juridiques issus des familles de droit civil et de *common law* ? En **sous-questions**, on peut y ajouter : quels sont les principes qui permettent d'articuler une telle méthode ? Quel sera l'effet concret de ces instruments de l'harmonisation souple du droit

et comment en mesurer l'impact réel ? L'harmonisation souple n'est-elle qu'une étape, un passage obligé, avant d'atteindre un certain niveau d'uniformité ?

Deuxièmement, on peut se demander s'il est possible d'en étendre l'application et l'utilité au-delà des pays appartenant à la famille occidentale du droit, par exemple aux pays en voie de développement, qu'ils soient issus de la tradition islamique ou ceux de droit coutumier africain ? Enfin, en sous-thème, on peut s'interroger sur les conditions nécessaires à l'implantation d'un régime de sûretés dans une société donnée.

À la première question générale de recherche, on peut ajouter la **question spécifique de recherche** suivante : est-ce qu'une loi type, en particulier la loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières<sup>10</sup>, telle qu'adoptée par l'*Organisation des États Américains* (« **OÉA** »), est un bon instrument permettant d'atteindre l'harmonisation souple du droit des sûretés mobilières à l'échelle internationale et, dans le cas précis de cette loi modèle, à l'échelle des Amériques ? En **sous-questions**, nous pourrions ajouter : quelles sont les forces et les lacunes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et du processus ayant mené à son adoption, et quelles leçons en tirer ? La technique du bijuridisme canadien législatif peut-elle se transposer au niveau des réformes internationales en matière de droit des sûretés mobilières ?

---

<sup>10</sup> Voir: OÉA, SIXTH INTER-AMERICAN SPECIALIZED CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (CIDIP-VI), 3<sup>e</sup> session plénière, *Model Inter-American Law on Secured Transactions*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.24/02 rev. 2 (5 mars 2002), en ligne : [http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions\\_Eng.htm](http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm) (consulté le 30 novembre 2009) [la « *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* » ou « **LTIRSM** »]. Au sujet de ce texte, voir notamment : Boris KOZOLCHYK et John M. WILSON, « The Organization of American States Model Inter-American Law on Secured Transactions », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 15.

À titre d'**hypothèses**, articulons les suivantes : l'harmonisation plus souple du droit à un niveau international, qui tienne compte et qui respecte les différences systémiques et culturelles, est économiquement souhaitable.

Elle peut mais ne devrait pas uniquement s'articuler autour d'une loi type, un cadre plus rigide, mais aussi autour de principes généraux, permettant d'identifier les fondements et les valeurs propres à un régime de sûretés moderne. Ainsi, un guide législatif, proposant des dispositions législatives types ou formulant divers scénarios possibles, pourra être élaboré. De cette façon, la réception de tels outils de l'harmonisation du droit souple pourrait s'observer à une plus grande échelle. Cela ne veut pas dire qu'une loi modèle ne présente pas d'avantages, dont celui d'offrir un cadre juridique déjà établi, prêt à servir <sup>11</sup>, contrairement au guide législatif qui, lui, ne se contente que de formuler des suggestions, laissant – en principe – au libre arbitre de son auditoire le choix d'une avenue parmi d'autres.

D'autre part, il n'est pas certain que la méthode propre au bijuridisme canadien législatif soit nécessairement exportable dans ce contexte, car elle pose déjà nombre de difficultés en contexte canadien. Rappelons, à ce sujet, que le législateur fédéral canadien, à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, en 1994, a lancé une vaste entreprise d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois, qui consiste à y intégrer les concepts et la nouvelle terminologie de ce droit civil québécois réformé, à côté de la terminologie de *common law* par laquelle s'expriment habituellement les textes législatifs fédéraux. La méthode de rédaction législative propre

---

<sup>11</sup> Avantage non négligeable pour nombre de pays émergents, qui ne disposent pas toujours des ressources économiques ou du savoir-faire requis pour procéder à une telle réforme.

à ce que l'on identifie maintenant comme étant le « bijuridisme canadien législatif », constitue assurément un véritable laboratoire de droit comparé appliqué. Au plan technique, la méthode de ce bijuridisme canadien est simple à expliquer : il s'agit de faire s'exprimer le législateur, à travers ses lois, selon la terminologie propre aux « quatre auditoires » du droit au Canada, à savoir : le français et l'anglais du droit civil, le français et l'anglais de la *common law* <sup>12</sup>. On prétendait au début que cette méthode n'était que pure technique de rédaction législative et qu'aucun changement de fonds n'en résulterait dans les textes de lois ainsi révisés ou « harmonisés ». C'était là faire preuve de beaucoup de candeur et d'angélisme, car l'articulation de concepts juridiques va au-delà de leur simple traduction, qui n'est pas toujours aisée : d'un système à l'autre, les concepts ne s'équivalent pas toujours. Cette méthode a provoqué certaines tensions, ayant pour conséquence d'apporter des changements à des politiques législatives par ailleurs clairement énoncées, que ce soit par le législateur québécois ou le législateur fédéral, notamment en matière de faillite et d'insolvabilité et de droit des sûretés. Nous tenterons donc de démontrer les forces et les limites propres à cette méthode.

Par ailleurs, au nombre de nos hypothèses de recherche, on peut se demander si l'on n'assiste pas en ce moment à un retour, dans les faits, à une harmonisation plus rigide, proche de l'uniformisation, de par l'apparition progressive de normes supranationales en droit des sûretés. C'est ce que nous croyons observer.

---

<sup>12</sup> Voir, au sujet de la technique de rédaction législative utilisée en matière d'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil québécois, et aussi au sujet de la dissociation d'un texte fédéral avec le droit privé provincial, Louise MAGUIRE WELLINGTON, « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 4, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 1, p. 5. Voir aussi : Mario DION, « Bijuridisme canadien et harmonisation du droit », dans *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 187.

Enfin, nous ne pensons pas qu'il soit possible de transplanter les outils de l'harmonisation du droit, quels qu'ils soient, hors de la tradition occidentale sans y apporter de profondes modifications, les conditions préalables à leur réception n'étant pas, la plupart du temps, présentes, dans les pays en voie de développement.

***Posture épistémique, méthodologie de recherche et cadre théorique***

Notre thèse de doctorat se veut une contribution au droit comparé, qui en est assurément la posture épistémique. En fait, si l'on veut être plus précis, cette posture dont découle notre analyse de droit comparé est d'abord celle du positivisme juridique, ou encore celle du juspositivisme, telle que formulée par Uberto Scarpelli :

[...] Le *juspositivisme* au contraire ne suit ni l'une ni l'autre de ces deux grandes tendances de la science moderne, ni celle de la science empirique, ni celle de la science abstraite, *il fait quelque chose d'étrange et de déconcertant*. Prenant comme objet d'étude le droit positif, un ensemble de normes posées par la volonté d'êtres humains, il s'attache à l'étude d'un fait empirique, renonçant ainsi à construire une science abstraite du droit. [...] L'ensemble des normes, posées par la volonté d'êtres humains, c'est-à-dire ce à quoi le droit est identifié, est considéré actuellement comme un « *quid unicum* », un fait absolument unique situé sur un plan différent de celui des autres faits, un fait qui n'a pas à être expliqué par ses liens avec d'autres faits, même s'il tend à leur donner forme et qualification, à leur servir de référence, de critère pour en juger. *La tâche que l'on se propose, par rapport à ce fait unique, n'est pas d'expliquer et de prévoir, mais fondamentalement de comprendre les normes qui le constituent, d'en tirer un guide de comportement et des critères pour en juger.* [...] [L]e juspositivisme, au cours de l'accomplissement de sa tâche fondamentale, comprend le système de normes, s'efforce de passer de l'incertain au certain, du vague à l'équivoque, à l'univoque et au précis; les normes, une fois interprétées, sont organisées en un système cohérent et rigoureux, où on les retrouve plus facilement et où elles s'éclairent réciproquement. *On peut alors parler de science au sens large, au sens où est scientifique tout discours qui tend à la précision, la rigueur et la cohérence. Pour interpréter et reconstruire le système, le juriste élabore un langage spécial, un appareil conceptuel qui permette de traduire les normes interprétées en expressions précises et de formuler de manière rigoureuse et cohérente des relations internes au système. Le matériau est éphémère, mais l'appareil conceptuel des juristes en transcende les métamorphoses : si les normes et les systèmes de normes qui sont les objets de l'étude disparaissent, et que d'autres leur succèdent, cet appareil conceptuel est l'héritage de ceux qui ont travaillé sur des normes données et qui travailleront sur les normes nouvelles.*

[...]

[Nos italiques] <sup>13</sup>

Pour ce faire, nous nous proposons, dans un premier temps, de procéder à une analyse plus systémique en comparant principalement les législations en matière de sûretés mobilières du Québec, des États-Unis d'Amérique et, dans une moindre mesure, du Canada anglais <sup>14</sup>, avec la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, adoptant ainsi une perspective résolument américaine ou hémisphérique. Puisque dans cette approche systémique c'est, en bout de piste, l'Occident industrialisé qui nous intéresse, nous ferons état, lorsqu'il est opportun, des législations de France et d'Angleterre, les référents historiques classiques du droit nord-américain civiliste ou de *common law*, ainsi qu'aux avancées récentes du droit communautaire européen, en ajoutant les références qui s'imposeront aux divers projets internationaux qui ont cours en matières d'harmonisation du droit des sûretés mobilières. Ce *corpus* de textes législatifs ou juridiques nous paraît suffisamment large pour pouvoir en tirer des conclusions probantes et répondre au premier volet de notre problématique de recherche, à ses questions et hypothèses sous-jacentes. C'est donc un discours sur le droit, en droit, dans une

---

<sup>13</sup> Voir : Uberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 1996, p. 28-29.

<sup>14</sup> Le droit des sûretés mobilières, dans les provinces canadiennes de *common law*, s'inspire fortement du droit américain et du *Uniform Commercial Code*. Cependant, les législateurs de ces provinces ont choisi de ne retenir, du *Uniform Commercial Code*, que l'équivalent de son Titre 9, en l'adoptant sous forme de *Personal Property Security Acts*. La nuance est de taille car, ainsi que nous le verrons, le *Uniform Commercial Code* vise à codifier et à harmoniser le droit commercial de façon plus globale, alors que les lois de type PPSA se limitent aux seules sûretés. De plus, le *Uniform Commercial Code* est le véritable modèle qui est à la source du grand mouvement d'harmonisation du droit des sûretés mobilières à travers le monde. Par souci d'économie, et tenant pour acquis qu'en matière de sûretés les nuances entre le *Uniform Commercial Code* et les PPSA du Canada anglais sont minimales, nous référerons donc principalement au *Uniform Commercial Code*. Pour une discussion sur le type de codification opéré par le *Uniform Commercial Code*, voir *infra*, Partie I, Chapitre IV, sous-section 1.2, intitulée « du *judge made law* au droit légiféré ».

perspective interne, comme le suggère H.L.A. Hart <sup>15</sup>, qui sera le nôtre. C'est aussi un discours sur la forme, sa symbolique, sur le juridisme <sup>16</sup>.

En somme, dans cette perspective comparatiste classique initiale, nous envisagerons l'harmonisation du droit non pas sous l'angle plus large des « traditions juridiques » <sup>17</sup>, qui comporterait notamment des volets sociologiques, anthropologiques ou provenant de disciplines exogènes au droit, mais bien sous celui d'une comparaison plus systémique, voire transsystème et davantage technique, dans ce qui pourrait être qualifié de droit comparé « appliqué ». En cela, certains pionniers de la méthode comparative en droit nous enseignent que

[l]a diversité des droits ne tient pas seulement, cependant, à cette variété des règles qu'ils comportent. C'est une vue superficielle et fautive, en effet, de voir dans le droit, simplement, un ensemble de normes. Le droit peut bien se concrétiser, à une époque et dans un pays donné, dans un certain nombre de règles. Le phénomène juridique, pourtant, est plus complexe. *Chaque droit constitue de fait un système : il emploie un certain vocabulaire, correspondant à certains concepts; il groupe les règles dans certaines catégories; il comporte l'emploi de certaines techniques pour formuler les règles et de certaines méthodes pour les interpréter; il est lié à une certaine conception de l'ordre social, qui détermine le mode d'application et la fonction même du droit.*

---

<sup>15</sup> Voir : H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, notamment aux p. 115-116.

<sup>16</sup> Voir : Pierre BOURDIEU, « Habitus, codes et codification », (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 40, 41.

<sup>17</sup> Voir, à ce sujet : H.Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, New York, Oxford University Press, 2000, p. xxii : « *Tradition appears today as the most fruitful field of inquiry in addressing [many] questions. It does not appear to be the product of any particular civilization, yet appears present, explicitly or implicitly, as a formative influence in the law of all of them (including, and to the present day, that of the west). The same cannot be said about the notion of legal system, the history of which is clearly and exclusively associated with western (and derived Soviet) legal theory, and which now may be thought of as part of the problem rather than as the solution. Systemic thought is an inherent part of what has been described polemically, as 'The Great White Lie of Western Legal Theory'. [...] In concentrating on current forms of human thought and activity, moreover, it appears antithetical to whatever normativity may be derived from the past* ». Comme nous le verrons plus loin, cette idée d'une analyse fondée sur les traditions n'est qu'une manière de permettre un discours juridique moins rigoureux et, partant, de favoriser l'émergence d'un *jus commune* international, caractérisé par la souplesse d'interprétation et son insertion dans les divers droits nationaux par les composantes de cette harmonisation « souple » que sont la doctrine, l'enseignement, la pratique et la jurisprudence.

[...]

*Ce qu'il importe d'apprendre, ce sont les cadres dans lesquels sont ordonnées les règles, c'est la signification des termes qu'elles utilisent, ce sont les méthodes qui sont employées pour en fixer le sens et pour les harmoniser entre elles.* Les règles du droit peuvent changer, par un trait de plume du législateur. Il n'en subsiste pas moins d'autres éléments, qui eux ne peuvent être arbitrairement modifiés car ils sont étroitement liés à notre civilisation et à nos modes de pensée : le législateur n'a pas plus d'action sur eux qu'il n'en a sur notre langage ou sur notre manière de raisonner.

L'œuvre de Roscoe Pound, aux États-Unis d'Amérique, a mis en valeur l'importance de ces éléments, sous-jacents aux règles juridiques, que comportent les divers droits. *C'est la présence de ces éléments qu'est fondé le sentiment, que nous avons, de la continuité historique de notre droit, à travers toutes les modifications que les règles ont pu subir; c'est la présence de ces éléments, aussi, qui permet de considérer le droit comme une science, et qui rend possible un enseignement du droit.*<sup>18</sup>

[Nos italiques]

On peut concevoir que « traditions » et « systèmes » ne soient pas deux idées nécessairement opposées, mais que ces concepts réfèrent à des réalités complémentaires.

Ce faisant, nous partons du postulat, dans la première étape de notre recherche, que les pays industrialisés partagent tous, en pratique, plus ou moins la même conception de l'ordre juridique et de l'État de droit, ce qui permet d'envisager la question de l'harmonisation du droit des sûretés à un niveau plus avancé et abstrait, pourrait-on dire juridiquement parlant, qui est systémique. Les comparaisons peuvent alors possiblement déboucher sur une harmonisation plus concrète sur ce plan systémique.

Nous allons toutefois avoir recours à cette idée plus large du droit comparé qui fait appel à la notion de « traditions juridiques », afin d'étudier le second volet de l'harmonisation du droit, qui s'intéresse, lui, à sa transposition dans les pays émergents ou en voie de développement. Cet élargissement de la méthode du droit comparé ne veut pas dire que notre discussion se désintéressera de l'approche systémique. Cependant, force est de

---

<sup>18</sup> Voir : R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 5, n° 15, p. 14-15.



constater que les conceptions de l'ordre juridique et de l'État de droit y sont plus variées. Partant, l'étude des objectifs sous-jacents aux projets de réformes entourant l'État de droit entrepris par les institutions financières internationales dans les pays en voie de développement nous guidera dans notre compréhension des critères permettant ou non cette harmonisation du droit à cette échelle. Deux études de cas viendront étayer notre discours, l'une ayant trait à la réforme du crédit foncier en République Arabe d'Égypte, l'autre concernant les réformes de l'urbanisme, de l'habitat et du crédit foncier en République démocratique du Congo (« **RDC** »). Chacun de ces cas met en scène une société aux prises à des problèmes économiques, politiques, culturels et religieux qui ne permettent pas d'entrevoir la réforme et l'harmonisation du droit des sûretés de la même manière que nous la concevons dans l'Occident industrialisé. Ces études de cas nous fourniront un éventail unique et suffisamment large pour apporter certaines pistes de réponses à notre problématique générale de recherche.

En résumé, la méthode comparative constitue le **cadre théorique** nous permettant de discuter de notre problématique générale de recherche et d'en aborder les différentes facettes. Il nous faut préciser, cependant, que ce cadre théorique ne saurait nous enfermer dans un positivisme juridique étroit. La seconde partie de notre recherche permettra au contraire d'en illustrer les limites et de démontrer, plutôt, les questions qu'il suscite. Ce « fait de société unique », reposant essentiellement sur l'État et consacrant le monisme juridique, vole ainsi en éclat dans nombre de sociétés plus traditionnelles aux ordres juridiques pluriels, qui ne reposent pas nécessairement sur la primauté de l'individu. La méthode positiviste et comparatiste permet néanmoins de faire jour à cette diversité des droits. Sa posture épistémique « objective », qui n'admettrait pas l'existence de valeurs

universelles ou rationnelles, qu'elles soient révélées ou non, puisque le seul vrai droit est positif et qu'il découle de la volonté d'humains, dévoile toutefois que, d'une part, tout système juridique se fait porteur de valeurs propres à une société à un moment donné de son histoire; d'autre part, la diversité des ordres juridiques n'éclipse pas tout à fait le désir de transcendance de l'être humain et la nécessité de le rattacher à certaines valeurs universelles, partagées par tous (ou qui devraient l'être). Ces valeurs universelles sont celles qui permettent, au final, aux droits divers de se rejoindre à un certain niveau et de voir poindre leur harmonisation. En l'absence de telles valeurs aux prétentions universelles, comme par exemple la primauté de l'individu et la propriété privée, dans le cas qui nous intéresse, cette harmonisation n'est pas possible<sup>19</sup>.

Enfin, notre réflexion est celle d'un civiliste du Québec. C'est pourquoi une large place sera faite à l'analyse de ce droit, plus particulièrement du droit positif en cette matière, qui pourra certainement tirer profit des comparaisons effectuées. En effet, le droit civil québécois des sûretés mobilières, à l'instar de tout autre droit, comporte ses zones d'ombres et de lumières. La méthode du droit comparé permet assurément de comprendre les forces et les faiblesses d'un système donné et, le cas échéant, de formuler de nouvelles pistes de solutions afin d'en combler les lacunes. C'est ce que nous avons tenté de faire tout au long de notre analyse, qui s'intéressera surtout aux problèmes survenant dans un contexte commercial. Nous n'aborderons qu'occasionnellement, et de façon incidente, les questions relevant du droit consommériste.

---

<sup>19</sup> « En effet, si nous, les modernes, avons pour loi de nous donner notre propre loi, celle-ci n'a-t-elle pas la prétention de tendre vers davantage de justice sociale, de liberté et d'égalité ? Autant de valeurs qui supposent un accord « normatif » préalable sur ce qui doit être et qui soulignent la difficulté de penser un droit totalement autoréférentiel et débarrassé de toute transcendance ». Voir : F. GOUTTEFARDE, *loc. cit.*, *supra* note 6, n° 29, p. 20.

Les grands paramètres de notre projet de recherche étant énoncés, étudions maintenant les aspects liés au premier volet de notre problématique générale de recherche, à savoir la réforme intrinsèque des droits nationaux en matière de sûretés mobilières, leur harmonisation aux autres systèmes et l'apparition de normes supranationales.

## **PREMIÈRE PARTIE - DE LA RÉFORME ET DE L'HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES AU PLAN SYSTÉMIQUE EN OCCIDENT**

Dans cette première partie, nous expliquerons d'abord en quoi consiste le thème de la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés [I]. Cette vue d'ensemble de la problématique nous permettra, par la suite, de discuter des principes fondamentaux du droit des sûretés tels qu'ils s'observent en Occident [II]. Cette discussion plus générale est un passage obligé pour quiconque souhaite, suite à l'identification de ces principes fondamentaux, pousser plus loin la réflexion sur leur articulation à travers l'énonciation de concepts juridiques, porteurs de valeurs propres à tout système ou régime qui les promeut [III]. Cette progression nous permettra, en fin d'analyse de cette première partie de notre thèse, d'aborder pleinement le thème de l'harmonisation du droit des sûretés mobilières, car nous parviendrons dès lors à certaines constatations quant aux valeurs et concepts dominants au sein des principaux systèmes (ou textes) étudiés. Ces constats aideront à la vérification de nos hypothèses de recherche quant à l'atteinte de cette harmonisation et aux techniques utilisées pour y parvenir [IV].

### **I- LA RÉFORME ET L'HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES**

Il importe, dans un premier temps, de cerner les enjeux de la réforme intrinsèque des droits nationaux en matière de sûretés [A]. En effet, la problématique de l'harmonisation du droit des sûretés à l'échelle internationale suppose, au préalable, l'existence de régimes autonomes et distincts d'un pays à l'autre. Ainsi, de la situation propre à chacun de ces régimes autonomes, dépendra la portée de l'harmonisation du droit des sûretés à l'échelle internationale et des aspects qui pourront en faire l'objet, ce dont nous traiterons par la suite [B].

## A. La réforme intrinsèque des droits nationaux

Afin d'expliquer la pertinence du premier volet de notre problématique générale de recherche, une mise en contexte au sujet des mouvements de réformes du droit des sûretés mobilières durant le vingtième siècle s'impose [1]. Nous verrons que, si l'intérêt soulevé par la question se manifesta d'abord chez les comparatistes, les institutions politiques et financières internationales s'en sont saisie pour en faire l'une des principales composantes de leur intervention au niveau de la réforme du droit [2].

### 1. Une mise en contexte

Depuis les années 1950, nombre de pays ont procédé à d'importantes réformes de leurs régimes de droit des sûretés, afin de les rendre cohérents, modernes et faciles à mettre en œuvre. De tels régimes supposent l'octroi de préférences à certains créanciers sur le patrimoine d'un débiteur, gage commun des créanciers visant la satisfaction de ses obligations. Ils visent à rompre avec le principe de l'égalité entre les créanciers ou, en d'autres mots, à soustraire les créanciers jouissant de sûretés de cette fameuse « loi du concours » qui existe habituellement entre eux en cas de déconfiture du débiteur <sup>20</sup>.

On observe des problèmes similaires, d'un pays à l'autre, visant l'établissement d'un tel régime. Prolifération des règles de constitutions, création continue dans le temps de nouveaux mécanismes de sûretés obéissant au principe de la liberté contractuelle, absence d'uniformité des mécanismes de publicité et des recours, difficulté à assurer un ordre de priorité cohérent entre les divers créanciers, tels sont les principaux dangers auxquels sont

---

<sup>20</sup> Voir, de façon générale sur ces thèmes, Roderick A. MACDONALD et Jean-Frédéric MÉNARD, « Credo, Credere, Credidi, Creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », dans *Mélanges offerts au Professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 309.

confrontés les législateurs <sup>21</sup>. Les solutions en la matière sont aussi diverses qu'il y a de législateurs, de juridictions et, bien sûr, de traditions juridiques <sup>22</sup>.

Cependant, l'adoption aux États-Unis d'Amérique, dans les années 1950, du Titre 9 du *Uniform Commercial Code* <sup>23</sup>, a proposé une nouvelle approche, dite « fonctionnelle » ou « téléologique », consistant principalement à qualifier de sûreté toute opération ayant pour effet de garantir le paiement d'une obligation, et ce, sans égard à la forme juridique de cette opération, permettant ainsi l'unification des règles de constitution, des mécanismes de publicité et des règles entourant l'exercice des recours. Cela a forcé les acteurs des principales traditions juridiques de l'Occident, à savoir le droit civil ou la *common law*, à trouver leurs propres voies à ce chapitre.

Les provinces canadiennes anglaises de *common law* ont suivi l'approche américaine, par l'adoption des divers *Personal Property Security Acts* (« **PPSA** ») <sup>24</sup>; le Québec a choisi une solution mitoyenne, créant dans le *Code civil du Québec* <sup>25</sup> un régime hypothécaire

---

<sup>21</sup> Voir : Jean-François RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du Droit français*, Clermont-Ferrand (Fr.), Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 1997, p. 23.

<sup>22</sup> La réflexion entourant la réforme du droit des sûretés a principalement trait aux sûretés mobilières. Le domaine des sûretés immobilières, bien que recelant plusieurs questions intéressantes et différentes approches, est considéré plus stable et moins sujet à cette prolifération incontrôlée que ne l'est le régime mobilier.

<sup>23</sup> *Uniform Commercial Code, Official Text and Comments – 2009-2010 Edition*, The American Law Institute, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Thomson Reuters, 2009 [« **Uniform Commercial Code – Official Text – 2009-2010** »]; Corrinne COOPER, dir., *Uniform Commercial Code. The Portable UCC*, Chicago, American Bar Association, 2005.

<sup>24</sup> Voir : Michael G. BRIDGE, Roderick A. MACDONALD, Ralph L. SIMMONDS et Catherine WALSH, « Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions », (1999) 44 *R.D. McGill* 567. Tout au long de ce texte, lorsqu'opportun, nous référerons au PPSA de l'Ontario. Voir : Richard H. McLAREN, *The 2010 Annotated Ontario Personal Property Security Act*, Toronto, Thomson Canada Limited (Carswell), 2009 [« **OPPSA** »].

<sup>25</sup> L.Q. 1991, c. 64 [le « **Code civil** » ou « **C.c.Q.** »].

universel tant pour les biens meubles qu'immeubles et préservant, parallèlement, le régime juridique propre à diverses transactions ayant l'effet de sûretés, dont le crédit-bail, la vente à tempérament, la vente à réméré, le bail à long terme, tout en les assujettissant à des règles de publicité et, parfois, aux modalités du régime hypothécaire pour ce qui est de l'exercice des droits<sup>26</sup>. Ainsi, le Québec a tenté de préserver un équilibre entre le formalisme et l'approche téléologique, rejetant le concept dit de la « présomption d'hypothèque », tel que proposé jadis par l'*Office de révision du Code civil*<sup>27</sup>. Dans les vieux pays, l'Angleterre continue, à ce jour, de manifester une sourde résistance, voire même une certaine indifférence, à ces reclassifications conceptuelles découlant de l'approche préconisée par les américains<sup>28</sup>. La France, qui sort tout juste d'un processus de révision de son Code civil, imite l'Angleterre à sa manière et décide, jusqu'à un

---

<sup>26</sup> Voir : Pierre CIOTOLA, « Droit des sûretés : épizootisme législatif ou contre-réforme ? », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, 41.

<sup>27</sup> Voir, de façon générale, 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 *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 527.

<sup>28</sup> Bien que l'approche préconisée aux termes du Titre 9 du *Uniform Commercial Code* fasse occasionnellement l'objet de débats en Angleterre et se retrouve parfois dans certaines propositions de réformes, la sourde résistance continue toujours d'opérer, découlant principalement de l'opposition marquée des avocats de la « *City of London* », qui considèrent que le système anglais de sûretés actuel fonctionne bien surtout, disent leurs détracteurs, parce qu'ils sont les seuls à bien le maîtriser et qu'ils ne veulent pas perdre cet « avantage concurrentiel » ou monopole. Voir, entre autres : John DE LACY, « The evolution and regulation of security interests over personal property in English law », dans John DE LACY, dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010, 3; Hugh BEALE, Michael BRIDGE, Louise GULLIFER et Eva LOMNICKA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford University Press, 2007, p. 753 et ss. [« **The Law of Personal Property Security** »]; Hugh BEALE, « The Exportability of North American Chattel Security Regimes : The Fate of the English Law Commission's Proposals », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 178; Iwan DAVIES, « The reform of English personal property security law : functionalism and Article 9 of the Uniform Commercial Code », (2004) 24 *Legal Studies* 295; R. GOODE, *op. cit.*, *supra* note 7, n° 1-04, p. 3-5; Michael G. BRIDGE, *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 633-648.

certain point, de préserver son régime actuel, sans par ailleurs suivre l'exemple proposé par le Québec <sup>29</sup>.

Tous ces mouvements de réformes des régimes juridiques internes de pays industrialisés occidentaux ont suscité l'intense réflexion des diverses communautés juridiques concernées. La réforme du droit des sûretés mobilières fait donc l'objet, depuis plusieurs décennies maintenant, d'un intérêt soutenu de la part des comparatistes. Au-delà des défis intellectuels que présentent les enjeux de la réforme des régimes de droit des sûretés mobilières, d'autres raisons expliquent cet intérêt toujours croissant pour le sujet, non seulement de la part des juristes eux-mêmes, mais également des entreprises, des institutions politiques et financières internationales.

## 2. La modernisation, la réforme ou l'instauration de régimes de droits des sûretés mobilières à l'interne

---

<sup>29</sup> Voir : Michel GRIMALDI, « Vers une réforme des sûretés », (2005) *Revue de jurisprudence commerciale* 467, 472 : « Le projet [de réforme] n'a pas retenu le principe d'une sûreté unique, sans dépossession et soumise à la publicité, sur le modèle du security interest du Code de commerce uniforme des États-Unis. Après avoir distingué, suivant l'objet de la sûreté, entre le gage des meubles corporels et le nantissement des meubles incorporels, il prévoit deux variétés de gages : il conserve un gage avec dépossession et non publié [par inscription] (le gage du Code civil), il crée un gage sans dépossession et publié sur un registre personnel. La commission a considéré qu'il serait artificiel et inopportun de confondre toutes ces sûretés en une sûreté unique. D'abord, sous bien des aspects, les sûretés sur meubles corporels se présentent très différemment des sûretés sur meubles incorporels, qu'il s'agisse du risque de détournement du bien ou de l'exécution de la sûreté en cas de défaillance du débiteur. Ensuite, s'agissant des sûretés sur meubles corporels, certains créanciers peuvent légitimement préférer une sûreté avec dépossession, qui leur confère un droit de rétention dont on sait l'efficacité, et certains débiteurs peuvent avoir la même préférence pour une sûreté qui leur permet de tenir secret leur endettement »; Y. PICOD, *op. cit.*, supra note 8, n<sup>os</sup> 7-10, 12, 17-19, p. 9-13, 14-16, 20-24. Y. Picod se montre très critique à l'égard de cette réforme que d'aucuns ne considèrent achevée. L'occasion de procéder à l'unification du droit des sûretés à l'intérieur du seul Code civil n'a pas été saisie par le législateur français. En résulte un régime de sûretés disparate, inflationniste, qui n'inspire pas pleinement confiance aux créanciers ni aux débiteurs. « Or, l'inflation conduit nécessairement à l'évanescence, au dépérissement sournois des meilleures institutions », nous dit-il. Nous discuterons de l'évolution du droit français des sûretés au fil de notre texte. Voir enfin : Jean-François RIFFARD, « Reform of French securities law : A revolution in half-tone ? », dans *Eurofenix : The journal of Insol Europe*, Hiver 2007, p. 24.



La libéralisation des marchés et la mondialisation de l'économie sont grandement responsables de cet engouement pour la modernisation ou l'instauration de régimes de sûretés, *a fortiori* mobilières, dans le plus grand nombre de pays qui soit.

Notons toutefois, d'entrée de jeu à ce sujet, qu'à la fin des années 1970, l'on a observé l'apparition d'un débat parmi les juristes américains identifiés au courant dit de l'« analyse économique du droit », remettant en cause l'utilité même d'un régime de sûretés au plan économique. En effet, certains ont soutenu que rien ne permettait de conclure qu'un régime de sûretés simple et efficace soit la clef d'un accès au crédit à de faibles coûts, en ce que l'octroi de sûretés ne serait pas une solution économiquement « efficiente »<sup>30</sup>. Cette approche théorique ne tiendrait pas compte, de l'avis de plusieurs, de la réalité pratique et ne constituerait donc pas une explication satisfaisante et concluante au phénomène<sup>31</sup>.

D'autres, au contraire, ont tenté de démontrer la nécessité de la constitution d'un tel régime par le législateur, d'une part afin de favoriser cet accès au crédit à de faibles coûts, concluant d'autre part que les acteurs du crédit, les institutions financières et les

---

<sup>30</sup> Voir : Alan SCHWARTZ, « A Theory of Loan Priorities », (1989) 18 *Journal of Legal Studies* 209. Pour un exposé concernant l'historique et l'évolution de ce débat, lire : James W. BOWERS, « Security Interests, Creditors' Priorities and Bankruptcy », dans Boudewijn BOUCKAERT et Gerrit DE GEEST, dir., *Encyclopedia of Law and Economics*, Northampton (Ma.), Edward Elgar, 2000, 90, 98-102.

<sup>31</sup> Ronald J. MANN, « Explaining The Pattern of Secured Credit », (1997) 110 *Harv. L. Rev.* 625, p. 628. En fait, d'après cet auteur, les nombreuses tentatives d'explication du phénomène du crédit garanti failliraient toutes à la tâche en raison du manque de données empiriques qui permettraient de les confirmer. Voir aussi : Robert E. SCOTT, « The Politics of Article 9 », (1994) 80 *Va. L. Rev.* 1783, 1788 et 1802. Pour J.-F. Riffard, « [l]es critiques avancées à l'encontre des sûretés n'ayant pas permis de démontrer de manière incontestable l'inefficacité ou le caractère injuste des sûretés, il n'existerait donc aucune raison de remettre en cause leur existence. Au contraire, ce débat conforte l'idée selon laquelle tout système de sûreté mobilière conventionnelle doit être conçu de manière à développer l'accès au crédit. Partant, il est alors nécessaire de faciliter le recours aux sûretés ». Voir : J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, p. 13.

emprunteurs, finiraient bien par établir eux-mêmes des mécanismes de priorités assurant aux prêteurs de meilleures chances de paiement si le législateur ne le faisait pas, démontrant ici une économie de coûts permettant l'atteinte d'un tel résultat si le législateur s'en mêle<sup>32</sup>. Ce débat a fait long feu et se prolonge encore de nos jours à l'intérieur de ces cercles<sup>33</sup>, sur la foi d'assises théoriques et empiriques incertaines<sup>34</sup>, engendrant ainsi des résultats pour le moins mitigés<sup>35</sup>. L'on admet toutefois de plus en plus qu'une adéquation existe entre le succès de l'implantation d'outils visant l'harmonisation du droit commercial international et leur désirabilité économique. Pour

---

<sup>32</sup> Voir : Thomas H. JACKSON et Anthony T. KRONMAN, « Secured Financing and Priorities Among Creditors », (1979) 88 *Yale L. J.* 1143, 1147, 1150 et 1156.

<sup>33</sup> Voir, notamment : Claire A. HILL, « Is Secured Debt Efficient ? », (2002) 80 *Texas Law Review* 1117, en particulier aux p. 1176-1177, où l'auteure nous fait part des conclusions de son étude empirique, suite à sa consultation de divers intervenants du système financier américain. L'auteure démontre que le droit des sûretés, du point de vue économique, est bénéfique, mais que ses bénéfices vont varier selon le contexte. Ainsi, pour les petites et moyennes entreprises qui n'ont qu'un seul banquier, une sûreté universelle sur les biens de cette entreprise sera avantageuse surtout avant l'insolvabilité et non après, car elle permettra au banquier d'influencer le comportement de l'entreprise et de contrôler le risque de défalcation. L'utilité est moins grande après puisque le banquier se retrouve théoriquement « seul ». À l'inverse, pour la grande entreprise qui bénéficie d'une plus grande variété de sources de financement, les sûretés seront plus nombreuses et grèveront, pour chacun des créanciers, des biens plus spécifiques, ayant en principe une meilleure valeur de réalisation. De telles sûretés auront tendance à présenter une plus grande utilité en cas d'insolvabilité en soustrayant le financier à la loi du concours. Voir aussi : Omer TENE, « A Tribute to Harvey L. Miller Article : Revisiting the Creditor's Bargain : The Entitlement to the Going-Concern Surplus in Corporate Bankruptcy Reorganizations », (2003) 19 *Emory University School of Law Bankruptcy Developments Journal* 287. Pour cet auteur, il faut limiter le bénéfice des sûretés à la valeur de liquidation et non pas à tout surplus qui s'en dégagerait dans un contexte de procédures collectives, sinon le jeu des négociations entre les créanciers et la poursuite éventuelle de l'activité de l'entreprise insolvable s'en trouveraient faussés.

<sup>34</sup> Voir : James J. WHITE, « Reforming Article 9 Priorities in Light of Old Ignorance and New Filing Rules », (1995) 79 *Minnesota Law Review* 529, en particulier aux p. 534-535.

<sup>35</sup> Voir : Roderick A. MACDONALD, « Le droit des sûretés mobilières et sa réforme : principes juridiques et politiques législatives », dans Pierre LEGRAND Jr., dir., *Common Law d'un siècle à l'autre*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 422, 432-435.

ce faire, une meilleure collaboration est suggérée entre économistes, juristes, hommes politiques et autres experts intéressés par la réforme du droit <sup>36</sup>.

Quoi qu'il en soit, les principales institutions financières de cette économie mondialisée, étudées à l'appui <sup>37</sup>, sont d'avis que l'édification d'un régime de sûreté est l'un des premiers jalons qui permettra à un pays, à ses entreprises et citoyens, d'abord de créer une économie interne viable, génératrice de richesse, ensuite de concurrencer les autres pays à armes plus égales sur les marchés mondiaux, l'accès au crédit étant la clef de voûte d'une économie donnée <sup>38</sup>. Ces institutions financières internationales, pour en

---

<sup>36</sup> Voir : Jeffrey WOOL, « Economic Analysis and Harmonised Modernisation of Private Law », (2003) *Rev. dr. unif.* 389. Cet auteur relate l'expérience d'UNIDROIT dans le contexte qui a précédé l'élaboration de la *Convention du Cap (2001)*, qui a mis sur pied un comité multidisciplinaire chargé de réaliser des études démontrant la nécessité économique de l'adoption éventuelle d'une convention qui viendrait simplifier le processus de prise de garanties sur des matériels d'équipement mobiles, dont les aéronefs. Ces études, qui ont évolué au cours des négociations ayant mené à l'adoption de la *Convention du Cap (2001)*, *infra* note 64, les ont favorisé et permis l'élaboration d'un instrument d'harmonisation, dit-on, mieux adapté. J. Wool concède cependant qu'une véritable méthodologie en matière d'économie juridique appliquée pour l'harmonisation du droit commercial reste à être développée.

<sup>37</sup> « Toutes les entreprises, quel que soit leur secteur d'activité (exploitation minière ou forestière, fabrication, distribution, prestation de services ou vente au détail) ont besoin d'un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAD) et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) ont démontré que l'octroi de crédits garantis est l'un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises d'un tel fonds de roulement ». Voir le *Guide législatif sur les opérations garanties*, *infra* note 45, n° 4. Voir aussi : Nuria de la PENA, « Reforming the legal framework for security interests in mobile property », (1992) *Rev. dr. unif.* 347, 348-349; John M. WILSON, « Secured Financing in Latin America : Current Law and the Model Inter-American Law on Secured Transactions », (2000) 33 *Uniform Commercial Code Law Journal* 43, 48 (note 10). Le ministère du commerce et du développement économique du Mexique a effectué, avant l'adoption de sa nouvelle loi sur les sûretés réelles mobilières, au mois de mai 2000, une étude indiquant que l'économie de ce pays tirerait de nombreux avantages de l'adoption d'un tel système. La Banque Mondiale et le *Center for the Economic Analysis of Law* auraient tous deux menés des études de même nature afin de démontrer l'importance des bénéfices que les pays d'Amérique latine retireraient de l'implantation de systèmes de sûretés réelles mobilières réformés.

<sup>38</sup> À cet égard, voir notamment : Harold S. BURMAN, « The Commercial Challenge in Modernizing Secured Transactions Law », (2003) *Rev. dr. unif.* 347, 348 : « [...] a significant amount of cross-border commerce does not materialize because even with liberalized trade, disparities in certain areas of private law, such as secured finance, effectively block or make transactions inefficient, or fail to provide equivalent access to commercial finance. Secured finance reform has become one

arriver à ces conclusions, se fondent notamment sur l'expérience des économies libérales en la matière, jouissant toutes, à des degrés divers mais comparables, de régimes de sûretés bien établis auxquels les institutions financières locales se fient dans l'octroi de leurs prêts.

Ainsi, au chapitre des institutions financières internationales qui exercent une influence en matière de réforme du droit des sûretés, citons en premier lieu la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International (le « **FMI** »). Le FMI, moins actif que la Banque Mondiale dans ce domaine précis, a néanmoins produit un énoncé de principes devant inspirer les efforts de réformes<sup>39</sup>. La Banque Mondiale, quant à elle, s'est davantage consacrée à la question, procédant à la publication, en avril 2001, de *Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des*

---

*of the most effective tools by which countries can enhance their credit capacity for transacting parties in territories, build their infrastructure, and engage in modern trade and commerce* ».

<sup>39</sup> Alejandro M. GARRO, « Harmonization of Personal Property Security Law : National, Regional and Global Initiatives », (2003) *Rev. dr. unif.* 357, 362, note 18. Le FMI est davantage actif en matière de règlement de l'endettement des pays du tiers-monde face aux pays industrialisés. Voir, à ce sujet, Sandra M. ROCKS et Kate A. SAWYER, « Survey of International Commercial Developments During 2003 », (2004) 59 *The Business Lawyer* 1663, 1673-1674. Voir aussi : FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces – Principales questions*, Département juridique du FMI, 2000, en ligne : <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/> (consulté le 28 décembre 2009) [l'« **Énoncé de principes du FMI** »]. Enfin, il faut savoir qu'il existe un programme conjoint de la Banque mondiale et du FMI relatif à l'évaluation du secteur financier que ces deux institutions mettent en application dans leurs stratégies d'aide aux pays clients. Le processus est décrit dans un ouvrage publié conjointement par ces deux instances. Voir : THE WORLD BANK et INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Financial Sector Assessment : A Handbook*, Washington, 2005, en ligne : <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fsa/eng/> (consulté le 28 décembre 2009). L'un des piliers de la méthode d'évaluation de la solidité du secteur financier d'une économie donnée a trait à l'infrastructure du système financier, comprenant au premier chef les institutions juridiques relatives à la finance, dont le régime d'insolvabilité, le régime de sûretés et la protection des consommateurs. Ce guide réfère aux *Principes de la Banque mondiale*, infra note 40, et note que les pays en voie de développement sont ceux qui ont le plus grand intérêt à mettre en place des institutions juridiques efficaces en ces domaines, car l'offre de financement, notamment sur les marchés des capitaux, est moins élevée et diversifiée qu'elle ne l'est sur le marché de la dette.

créanciers<sup>40</sup>, après consultations menées auprès d'experts de plus de soixante-quinze pays<sup>41</sup>. Dans la même veine et proposant des instruments d'harmonisation similaires, la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (CNUDCI)<sup>42</sup> a adopté, le 25 juin 2004, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*<sup>43</sup>, ayant pour objet

d'aider à la mise en place d'un cadre juridique efficace et effectif permettant de résoudre les difficultés financières des débiteurs. Il est destiné à servir de référence aux autorités nationales et aux organes législatifs lorsqu'ils élaborent de nouvelles dispositions législatives et réglementaires ou examinent l'adéquation de la législation et réglementation existantes. Les conseils qu'il fournit visent à concilier la nécessité de remédier aux difficultés financières du débiteur aussi rapidement et efficacement que possible avec les intérêts des différentes parties directement concernées par ces difficultés, principalement les créanciers et d'autres parties prenantes dans l'entreprise débitrice, ainsi qu'avec les préoccupations d'ordre public. Il aborde les questions essentielles qui se posent lors de l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective et aide le lecteur à évaluer différentes options possibles et à choisir celle qui convient le mieux dans le contexte national ou local.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> BANQUE MONDIALE, *Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers*, Avril 2001, en ligne : [http://www.worldbank.org/ifa/ipg\\_fre.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/ipg_fre.pdf) (consulté le 22 novembre 2009) [les « *Principes de la Banque Mondiale - 2001* »]. Ces principes ont fait l'objet d'une révision en 2005, toujours sous forme de projet à l'heure actuelle. Voir : BANQUE MONDIALE, *Principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers*, projet en date du 21 décembre 2005, en ligne : [http://www.worldbank.org/ifa/IPG\\_Revised\\_Principles\\_French.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/IPG_Revised_Principles_French.pdf) (consulté le 22 novembre 2009) [les « *Principes de la Banque Mondiale - 2005* »].

<sup>41</sup> Voir, notamment, A. M. GARRO, *loc. cit.*, *supra* note 39, p. 362-363 : « [...] [the Principles] also examine [...] contextual, integrated solutions and best practices together with policy choices involved in designing a suitable legal framework for secured transactions. The WB Principles are meant to be relied upon as benchmarks for a system of secured credit, to be used in field studies to be undertaken by the World Bank in more than one hundred countries in the world. None of these "principles" and "rules" enjoy the binding force that supports a statute or an international treaty. However, to the extent that those principles suggest features similar to those adopted in most modern Laws on secured transactions, they have the potential of becoming persuasive source of law [notre soulignement] ». Nous aurons l'occasion de discuter plus loin dans cet ouvrage de l'effet persuasif de ces instruments comme source de droit.

<sup>42</sup> Mieux connue sous son acronyme anglais, « UNCITRAL », signifiant « *United Nations Commission on International Trade Law* », dont le site Web se trouve à l'adresse Internet suivante : [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) (consulté le 30 novembre 2009).

<sup>43</sup> CNUDCI, *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, en ligne : [http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723_Ebook.pdf) [le « *Guide législatif sur l'insolvabilité* »] (consulté le 22 novembre 2009).

<sup>44</sup> CNUDCI, Texte de présentation du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, en ligne : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html) (consulté

De manière plus importante, et à titre de fondement complémentaire à ce premier Guide, la CNUDCI a adopté, le 11 décembre 2008, le guide législatif sur les opérations garanties <sup>45</sup>, qui se veut le miroir du *Guide législatif sur l'insolvabilité* en matière de droit des sûretés <sup>46</sup>. Le groupe de travail de la CNUDCI en droit des sûretés a commencé ce projet en 2002; il donnera peut-être lieu, maintenant qu'il est complété, à la rédaction d'une loi type en la matière <sup>47</sup>. En tout cas, le moins que l'on puisse dire, c'est que ses objectifs sont très ambitieux :

1. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties par des sûretés réelles mobilières* (ci-après « le Guide ») a pour objet d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties (autrement dit des lois sur les opérations donnant naissance à des sûretés réelles sur des biens meubles) afin de promouvoir l'offre de crédit garanti. Il s'adresse aux États qui n'ont pas actuellement de lois efficaces et effectives en ce domaine, aussi bien qu'à ceux qui en ont déjà, mais qui souhaitent les revoir ou les moderniser, ou encore les coordonner avec celles d'autres États.

---

le 22 novembre 2009). La CNUDCI avait préalablement proposé, en 1997, une *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation*, en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/insolvency-f.pdf> (consulté le 22 novembre 2009) [la « *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* »]. En 2009, la CNUDCI ajoute à ces textes en matière d'insolvabilité en adoptant le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*, en ligne : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html) (consulté le 22 novembre 2009).

<sup>45</sup> CNUDCI, *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, en ligne : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/payments/Guide\\_securedtrans.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/Guide_securedtrans.html) (le « *Guide législatif sur les opérations garanties* ») (consulté le 22 novembre 2009). Pour une présentation générale du guide, ainsi qu'un historique de l'évolution des projets d'harmonisation du droit des sûretés au sein des institutions internationales, voir : Spiros V. BAZINAS, « The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions – Key Objectives and Fundamental Policies », (2010) 42 *Uniform Commercial Code Law Journal* 123.

<sup>46</sup> De façon générale, voir notamment : Spiros V. BAZINAS, « UNCITRAL'S Work in the field of Secured Transactions », (2004) 36 *Uniform Commercial Code L. J.* 67, 73-86, en particulier à la p. 73 : « *The main objective of the legislation, recommended in the current draft of the guide, is to facilitate secured lending. On the assumption that security reduces the risk of non-payment, secured lending is considered that it has the potential of enhancing the amount of credit available and decreasing its cost. The draft Guide recognizes that such an economic result is not reached automatically through the enactment of appropriate legislation but depends largely on the relevant infrastructure, judiciary and enforcement mechanisms* [notre soulignement] ».

<sup>47</sup> A. M. GARRO, *loc. cit.*, *supra* note 39, p. 362.

2. Le *Guide* part du principe que des lois rationnelles sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit, nationaux et étrangers, à octroyer des financements, promouvoir le développement et la croissance des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d'une façon générale, accroître les échanges. De telles lois procurent également des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l'accès au crédit à la consommation. Pour remplir pleinement leurs objectifs, elles doivent s'appuyer sur des systèmes judiciaires et d'autres mécanismes d'application efficaces et effectifs, mais également être étayées par des lois sur l'insolvabilité respectant les droits qu'elles confèrent (voir le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*).
3. Le *Guide* s'efforce de transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes (droit civil, *common law* et traditions juridiques chinoise, islamique et autres) ainsi que dans des États ayant des économies en développement ou développées. Il vise l'élaboration de lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles, toutefois limitées, pour élaborer et appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages à court et à long terme qui seront obtenus.<sup>48</sup>

[Notre soulignement]

Ce Guide vise non seulement la réforme du droit interne de tout État en matière de sûretés mobilières, mais aussi son harmonisation au niveau international, surtout en rapport avec les règles de conflits de lois, ayant pour objectif d'assurer la survie de sûretés grevant des biens destinés à se déplacer d'un État à l'autre ou des biens incorporels. Il tend à une certaine neutralité conceptuelle en adoptant sa propre terminologie, qui se veut neutre, afin d'en faciliter la diffusion et la réception au plus large auditoire possible. Il précise, enfin, les conditions nécessaires à la réception et à la mise en œuvre d'un régime de sûretés qui sont, essentiellement, celles relevant de l'État de droit. Cet instrument de l'harmonisation du droit s'inspire de nombreux autres instruments du même genre qui ont été adoptés par diverses organisations internationales auparavant<sup>49</sup> et, en ce sens, il

<sup>48</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties, supra* note 45, n<sup>os</sup> 1 à 3 [références omises].

<sup>49</sup> Voir le *Guide législatif sur les opérations garanties, supra* note 45, n<sup>o</sup> 12, qui mentionne les sources suivantes : « [...] *Loi modèle sur les sûretés, finalisée par la BERD en 1994 ; Principes*

constitue probablement la plus grande tentative de synthèse transsystémique qui existe à l'heure actuelle dans le domaine des sûretés <sup>50</sup>.

En parallèle à ces instruments dits de l'harmonisation « souple » du droit, sont promulgués par certaines organisations régionales d'autres outils faisant partie de cette mouvance, quoique légèrement plus rigides dans leur forme. On pense, à ces égards, à deux lois modèles, l'une destinée aux pays d'Europe de l'Est et préparée sous les auspices de la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement (« **BERD** ») <sup>51</sup>, l'autre destinée aux pays de l'Amérique latine et préparée sous l'égide de l'OÉA, à savoir *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*. Cette dernière loi type suscite notre intérêt particulier pour les raisons que voici.

Nous avons pris part, à titre de délégué du gouvernement du Québec en tant qu'expert en droit civil québécois des sûretés mobilières, aux travaux d'experts internationaux réunis à l'initiative de l'OÉA, ayant mené à l'adoption par cette organisation de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*. Dans un contexte de libéralisation des

---

*fondamentaux d'un droit moderne des sûretés, élaborés par la BERD en 1997 ; Acte uniforme portant organisation des sûretés, élaboré par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires en 1997 ; étude sur la réforme du droit des opérations garanties en Asie, réalisée par la BAD en 2000 ; Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international [...] adoptée en 2001 ; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en 2001, et les protocoles s'y rapportant ; Convention à la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée par la Conférence de La Haye de droit international privé en 2001 ; Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières, élaborée par l'Organisation des États Américains (OÉA) en 2002 ; Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité [...] finalisé en 2004 ; et projet de convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés ».*

<sup>50</sup> Voir, de manière générale, l'Introduction du *Guide législatif sur les opérations garanties*, supra note 45.

<sup>51</sup> Voir : EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, *Model Law on Secured Transactions* 2004, en ligne : <http://www.ebrd.com/pubs/legal/secured.pdf> (consulté le 27 novembre 2009) [la « *Loi type de la BERD* »].



échanges et d'intérêt marqué pour les instruments juridiques qui favorisent un meilleur développement économique permettant aux divers pays de pouvoir se concurrencer sur un même pied, l'OÉA assura, en 2002, la tenue de sa *Sixième Conférence interaméricaine spécialisée en droit international privé*, mieux connue sous l'acronyme CIDIP-VI. L'objectif de ces conférences de l'OÉA, qui se tiennent approximativement tous les quatre ans, consiste à permettre la tenue de débats sur des questions juridiques techniques et ainsi favoriser la coopération dans le domaine du droit international privé, voire même, pour reprendre le mot si juste de P.-A. Crépeau, du « droit privé international »<sup>52</sup>. Dans le cadre de la CIDIP-VI, le droit des sûretés mobilières fut retenu comme sujet d'études et de discussions. Un comité d'experts a donc travaillé, de 1998 jusqu'à 2002, à la rédaction d'un projet de loi type portant sur le droit des sûretés mobilières, visant à harmoniser cette sphère du droit à l'échelle des Amériques. Ce projet de loi type fut ainsi proposé à l'examen attentif des représentants des divers gouvernements des pays membres de l'OÉA lors de la tenue de la CIDIP-VI; il y a reçu un accueil favorable et fut officiellement adopté par cette conférence. Depuis lors, l'OÉA en propose la ratification par tous ses pays membres. En fait, le véritable objectif de ce processus consiste plutôt à permettre aux pays de l'Amérique latine de moderniser leurs droits internes en la matière et de permettre la création de sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession, ce qui était déjà possible dans tous les États de l'Amérique du Nord, au moment où la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* fut adoptée.

---

<sup>52</sup> Voir : Paul-André CRÉPEAU, « Unification du droit privé : perspectives canadiennes », dans *Meredith Mem. Lect. 1998-1999 : La pertinence renouvelée du droit des obligations : back to basics / The Continued Relevance of The Law of Obligations : Retour aux Sources*, Faculté de droit, Université McGill, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2000, p. 3.

Mentionnons, en terminant au chapitre de l'OÉA, que les thèmes de la *Septième Conférence interaméricaine spécialisée en droit international privé*, la CIDIP-VII, ont été établis en 2005, au nombre de deux, à savoir : (i) la rédaction d'instruments en matière de protection de consommateurs, et (ii) l'implantation de registres informatisés pour la mise en œuvre de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, non seulement dans les divers pays membres de l'OÉA, mais aussi la création d'un registre central pour l'Hémisphère<sup>53</sup>. Ce registre central viserait l'uniformisation des réquisitions d'inscriptions d'un pays à l'autre, la publication de sûretés sur des biens mobiles et une certaine « inter-connectivité » entre les registres des diverses juridictions de l'OÉA. Finalement, la conférence spécialisée de la CIDIP-VII s'est tenue en octobre 2009<sup>54</sup> et les ambitions se firent plus modestes. En effet, en matière de sûretés mobilières, un projet de règlement type relativement à un registre découlant de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* fut discuté par les experts présents<sup>55</sup>. Les développements découlant de cette initiative seront à suivre de près et auront possiblement un impact à l'échelle continentale, s'ils débouchent sur quelque chose.

---

<sup>53</sup> Voir : OÉA, CIDIP-VII: *Preparatory Work for the Seventh Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, Doc. off. OEA/Ser. G/CP/CAJP-2309/05 (19 octobre 2005) (Original : English), en ligne : <http://www.oas.org/DIL/cp15225e01-Cidip%20report%2010-20-05.doc> (consulté le 27 novembre 2009).

<sup>54</sup> Voir les sites Web de l'OÉA consacrés à la CIDIP-VII, en ligne : [http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VII\\_home.htm](http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VII_home.htm) et [http://www.oas.org/DIL/CIDIPVII\\_documents\\_diplomatic\\_conference\\_secured\\_transactions.htm](http://www.oas.org/DIL/CIDIPVII_documents_diplomatic_conference_secured_transactions.htm) (consultés le 27 novembre 2009). La conférence s'est tenue à Washington, D.C., du 7 au 9 octobre 2009.

<sup>55</sup> Voir : OÉA, CIDIP-VII : *Draft OAS model Registry Regulations under the Model Inter-American Law on Secured Transactions*, Doc. off. OEA/Ser.K/XXI.7/CIDIP-VII/doc.3/09 corr.1 (6 octobre 2009) (Original: Spanish), en ligne : [http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VII\\_doc\\_3-09\\_corr1\\_eng.pdf](http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VII_doc_3-09_corr1_eng.pdf) (consulté le 27 novembre 2009).

Tous ces mouvements visant la réforme intrinsèque des droits nationaux en matière de sûretés nous amènent à parler de l'harmonisation du droit des sûretés à l'échelle internationale, dans une perspective transnationale.

### **B. L'harmonisation du droit des sûretés mobilières à l'échelle internationale**

Comme nous venons de le voir, cette mondialisation de l'économie et la libéralisation des marchés qui en découle influencent les organismes internationaux de réforme du droit. Il est ainsi possible de constater que ceux-ci passèrent du paradigme de l'**unification** à celui de l'**harmonisation** du droit des sûretés à l'échelle internationale [1], pour peut-être aujourd'hui opérer un retour à une certaine idée de l'unification en certaines matières, notamment par l'apparition de plusieurs instruments ou normes supranationaux, qui viendront graduellement se superposer aux divers régimes nationaux, et même à en influencer les règles, dans des situations visant la prise de garanties dans un contexte transfrontalier, ou encore, sur des biens mobiles, incorporels ou dématérialisés [2].

#### 1. De l'« unification » à l'« harmonisation » du droit des sûretés mobilières à l'échelle internationale ?

La problématique de l'**harmonisation du droit** s'articule autour de deux **concepts**, à savoir l'**unification** et l'**harmonisation**.

Ainsi, le concept de l'**unification** ou de l'**uniformisation** du droit, paradigme initial du droit comparé et des premiers projets d'harmonisation du droit au début du XX<sup>e</sup> siècle, vise l'imposition de règles et de normes émanant d'un système juridique unique à la plus grande échelle possible, abolissant sur son passage toutes différences liées aux traditions

juridiques en place (au profit de la tradition juridique la plus dominante ou impériale) <sup>56</sup>.

Le concept de l'**harmonisation « souple »** du droit, c'est-à-dire une façon de transposer, d'un système juridique à un autre, des principes et des valeurs similaires, en les articulant toutefois en fonction de la technique juridique propre à chaque système, s'est par la suite imposé <sup>57</sup>.

En effet, les organismes internationaux de droit comparé et d'unification du droit, après d'infructueuses tentatives visant à unifier certains domaines du droit à l'échelle internationale au moyen de traités ou de conventions, ont réduit leurs ambitions après certains ratés, proposant plutôt, dans des matières authentiquement internationales, des instruments visant plutôt l'harmonisation « souple » du droit, dans le respect de la souveraineté des États et des traditions juridiques de chacun. La *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise*, adoptée en 1980 <sup>58</sup>, en est un exemple patent.

---

<sup>56</sup> Au début des années 1980, ce paradigme est tombé en désuétude parce que les instruments qu'il a vu naître n'ont pas été adoptés, pour la plupart. À ce sujet, l'historique de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises en donne une illustration éloquent. Voir notamment : Antoine LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*: thèse et antithèse », (2001) 35 *R.J.T.* 429, p. 441 et suiv.

<sup>57</sup> C'est sans doute, comme le fait remarquer Jacques Chevallier, l'une des conséquences du post-modernisme, où « [...] les désillusions générées par l'idée de Progrès, la fin de l'idée que l'Histoire aurait un sens, la fin de la prétention à l'Universalité, notamment en ce qui concerne les modèles d'organisation politique : du comparatisme « universaliste », fondé sur l'idée de trajectoires communes d'évolution que devraient emprunter les divers pays dès l'instant où ils s'engagent dans un processus de « modernisation », on passe à un comparatisme « relativiste », privilégiant l'expression des singularités et des diversités ». Voir Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *Revue du droit public* 660, 663.

<sup>58</sup> *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, AG NU Doc. A/Conf. 97.18. Au Canada, *Loi sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.C. 1991, c. 13; au Québec, la *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.Q. 1991, c. 68, L.R.Q., c. C-67.01. Voir, au sujet de ce texte, l'analyse de Guy LEFEBVRE et Emmanuel Sibidi DARANKOUM, « La vente internationale de marchandises : la Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles », dans Denys-Claude LAMONTAGNE, dir., *Droit spécialisé des contrats : les contrats relatifs à*

Ainsi, lentement mais progressivement, s'implantent, au fil des ans, des instruments supranationaux d'utilité pour les besoins du commerce international. On peut toutefois remarquer que ces initiatives furent à l'origine parcellaires et se firent d'abord « à la carte ». L'explication s'en trouvait dans les réticences exprimées, à l'égard de cette mouvance, notamment par les pays de *common law*, lesquels, contrairement aux pays civilistes, prirent plus de temps à entrer dans cette ronde <sup>59</sup>. Le professeur P.-A. Crépeau a bien décrit cette évolution :

Tout d'abord, le mouvement s'élargit progressivement à l'ensemble du globe. Les pays de Common law se joignent au cercle européen. Les pays d'Extrême-orient sentent le besoin de s'ouvrir aux relations avec l'Occident. Et, finalement, les pays de l'Europe de l'Est retrouvent la voie de l'économie de marché et entrent dans la ronde.

Devant cet élargissement, aussi varié que diversifié, on sent le besoin de prudence dans le choix des matières. Il ne s'agit plus, comme ont pu le souhaiter les internationalistes du début du [XXe] siècle, de s'attaquer à de grands pans des systèmes juridiques, mais bien de cibler certains secteurs susceptibles de déboucher sur des résultats concrets. <sup>60</sup>

Dans cette veine, il n'est pas surprenant de constater que, depuis le milieu des années 1990, le domaine du droit des sûretés « [...] est celui auquel les Organisations internationales consacrent actuellement le plus de ressources qu'à aucune autre branche du droit [...] » <sup>61</sup>. Cela s'explique car il s'agit « [...] [d]'un domaine qui, il y a vingt ans seulement, semblait un désert ou un champ miné, [les succès étonnants que l'on y observe

---

*l'entreprise*, vol. 2, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1999, 385, en particulier au n° 2, p. 391-392.

<sup>59</sup> W. TETLEY, *loc. cit.*, *supra* note 3; G. HUMPHREYS, « La lex mercatoria en matière d'arbitrage international : quelques différences dans les optiques anglo-françaises », (1992) *Revue de droit des affaires internationales* 849.

<sup>60</sup> P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra* note 52, p. 5.

<sup>61</sup> Herbert KRONKE, « Congrès du 75<sup>e</sup> Anniversaire d'UNIDROIT – Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale : hypothèses, certitudes et questions pendantes », (2003) *Rev. dr. unif.* 11, 21.

se doivent] *au fait que les marchés financiers avaient entre-temps pris un essor véritablement international* »<sup>62</sup>.

Cette internationalisation des marchés explique donc en partie le fait que le domaine du droit des sûretés soit à l'avant-scène de l'harmonisation du droit à l'échelle internationale. Ainsi, les organisations internationales ont proposé des instruments (ou travaillent actuellement à la confection de projets) visant principalement deux objectifs : d'abord, la modernisation, la réforme ou l'instauration de régimes de droits des sûretés à l'interne, principalement pour les pays émergents ou en voie de développement<sup>63</sup>, tel que nous l'avons vu à la section précédente, les instruments mis de l'avant dans ce contexte participant de cette idée de l'harmonisation souple du droit (à savoir, l'énonciation de principes généraux, de guides législatifs, de lois types, etc.); ensuite, l'atteinte de solutions pour la prise de garanties dans un contexte transfrontalier ou sur des biens mobiles, incorporels ou dématérialisés, par la promulgation de lois modèles ou de conventions plus contraignantes, tendant plus vers l'unification du droit par l'apparition progressive de normes supranationales, ou par la création de régimes spéciaux pour ces types de biens.

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>63</sup> Et, accessoirement, pour les économies libérales, le droit comparé ayant pour objectif de permettre l'amélioration des droits internes résultant du choc des comparaisons. Mais « [l]es intérêts du droit comparé peuvent, succinctement, être groupés sous trois chefs. Le droit comparé est utile dans les recherches historiques ou philosophiques concernant le droit ; il est utile pour mieux connaître et améliorer notre droit national ; il est utile pour comprendre les peuples étrangers et donner un meilleur régime aux relations de la vie internationale. Il est indispensable pour toute tentative d'harmonisation ou d'uniformisation ». Voir : R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 5, n° 2, p. 3.

## 2. La prise de garanties dans un contexte transfrontalier ou sur des biens mobiles, incorporels ou dématérialisés

À côté des instruments découlant de la mouvance de l'harmonisation du droit dite « souple » que nous venons de décrire, sont apparus ou sont en voie de rédaction, depuis quelques années déjà, des instruments qui s'inscrivent, eux, dans une tendance peut-être plus « rigide » de cette harmonisation et qui, graduellement, permettent d'entrevoir l'émergence de normes supranationales dans le domaine du droit des sûretés. La libéralisation des marchés facilite le commerce; les transactions transfrontalières en découlant, quant à elles, présentent des réalités nouvelles avec des défis qui, même s'ils étaient connus dans certains cas (i.e. les biens mobiles) [2.1], n'étaient pas envisagés dans d'autres il n'y a pas si longtemps (i.e. les biens incorporels ou dématérialisés) [2.2].

### 2.1 les instruments visant les biens mobiles

Lorsque l'on parle de « biens mobiles », l'on réfère à des biens qui sont destinés à se déplacer d'un État à l'autre, de par leur nature ou leur fonction. Les biens d'équipement destinés au transport, de marchandises ou de personnes, en sont des exemples éloquentes. Ainsi, les avions, les trains, le matériel roulant (les trains routiers, les camions), en sont. On peut penser également à d'autres types de biens, plus inusités autrefois mais qui, aujourd'hui, sont entrés dans le domaine commercial et, par conséquent, dans celui du financement garanti, dont notamment les satellites (autrement nommés « biens spatiaux »). Ainsi, l'on conçoit aisément que la prise de garantie sur de tels biens recèle nombre de pièges, relevant d'abord des conflits de lois, pour ensuite se traduire au niveau de l'ordre de priorité entre les créanciers et de l'exercice des recours. Il s'agit donc d'un champ « authentiquement international », où l'on estime qu'un instrument international serait souhaitable pour trancher ces questions.

UNIDROIT s'est penché sur les questions entourant la prise de garanties affectant de tels biens. En résulte l'adoption, par le Conseil d'UNIDROIT en 2001, de la *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)* <sup>64</sup> qui, par l'adoption simultanée cette même année du *Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)* <sup>65</sup>, et l'adoption subséquente en 2007 du *Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Luxembourg, 2007)* <sup>66</sup>, viendra progressivement régir, entre les États contractants les ayant ratifiés, la prise de garanties sur le matériel aéronautique et le matériel ferroviaire, de la constitution

---

<sup>64</sup> UNIDROIT, *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)*, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf> (consulté le 27 novembre 2009) [la « **Convention du Cap (2001)** »]. La *Convention du Cap (2001)* a été ratifiée par dix États, dont les États-Unis d'Amérique. Voir, au sujet de l'état des ratifications, la fiche disponible en ligne : <http://www.unidroit.org/english/implement/i-2001-convention.pdf> (consulté le 27 novembre 2009). Voir aussi : Roy GOODE, « La Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles : une force motrice pour le financement international basé sur un bien », (2002) *Rev. dr. unif.* 3 [« **Convention du Cap** »]; Roy GOODE, *Commentaire officiel sur la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le Protocole y relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques*, Rome, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), 2002.

<sup>65</sup> UNIDROIT, *Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)*, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/aircraftprotocol.pdf> (consulté le 27 novembre 2009) [le « **Protocole aéronautique (2001)** »].

<sup>66</sup> UNIDROIT, *Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Luxembourg, 2007)*, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/railprotocol.pdf> (consulté le 27 novembre 2009) [le « **Protocole ferroviaire (2007)** »].



à la publicité en passant par l'ordre de priorité et l'exercice des recours. Un protocole verra éventuellement le jour eu égard aux biens spatiaux <sup>67</sup>.

Un registre universel et centralisé a été créé pour les fins de l'application de la *Convention du Cap (2001)* et du *Protocole aéronautique (2001)*, situé à Dublin, en Irlande. Ce registre, largement inspiré de ceux existant dans les provinces canadiennes et aux États-Unis d'Amérique, a été jugé essentiel à la bonne marche du système mis en place par la *Convention du Cap (2001)* et du *Protocole aéronautique (2001)*, notamment au chapitre de l'établissement d'un ordre de priorité entre les créanciers <sup>68</sup>.

En 2005, le Parlement du Canada a adopté une loi assurant la mise en œuvre de la *Convention du Cap (2001)* et du *Protocole aéronautique (2001)* <sup>69</sup>. La portion en vigueur de cette loi modifie certaines dispositions de lois fédérales, à savoir la loi sur les

---

<sup>67</sup> Voir : Roy M. GOODE, « Transcending the Boundaries of Earth and Space : the Preliminary Draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment / Par delà les frontières de la terre et de l'espace: l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 52 (n.s.).

<sup>68</sup> Voir : Ronald C.C. CUMING, « Le Registre international pour les garanties internationales portant sur des biens aéronautiques : présentation de sa structure », (2006) *Rev. dr. unif.* 19. Puisque la *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64, et le *Protocole aéronautique (2001)*, *supra* note 65, sont en vigueur depuis 2006, le Registre international est opérationnel depuis le 1<sup>er</sup> mars 2006. Il s'en est fallu de peu pour que le Registre international soit situé au Québec, les dirigeants du Registre des droits personnels et réels mobiliers ayant été activement impliqués dans les discussions ayant menées à la création du Registre international. Voir, à ce sujet : Suzanne POTVIN PLAMONDON, « Une esquisse du système international d'inscription en vertu de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et son application au domaine de l'aéronautique (...) », (2001) 103 *R. du N.* 11.

<sup>69</sup> *Loi sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (matériels d'équipement aéronautiques)*, L.C. 2005, c. 3, art. 11 à 18, entrés en vigueur le 28 septembre 2005 (décret), TR/2005-0089 (Gaz. Can. II), art. 10, entré en vigueur le 14 avril 2008 (décret), TR/2008-0036 (Gaz. Can. II) [la « **Loi fédérale de mise en œuvre de la Convention du Cap (2001)** »]. Voilà une bien curieuse façon de mettre en œuvre une loi, alors que les dispositions de ses articles 1 à 9, ainsi que ses trois annexes, qui édictent la *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64, le *Protocole Aéronautique (2001)*, *supra* note 65, et les reproduisent, ne sont pas encore en vigueur. Tout ce que la loi fait, pour l'instant, c'est de modifier certaines lois fédérales, pour en exclure le régime de la *Convention du Cap (2001)*, ou lui donner force de loi mais, comme nous le verrons, aucune disposition n'est encore en vigueur.

banques <sup>70</sup>, la loi sur la faillite et l'insolvabilité <sup>71</sup>, la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies <sup>72</sup> et la loi sur les liquidations et les restructurations <sup>73</sup>, mais il faut voir que la *Convention du Cap (2001)* et du *Protocole aéronautique (2001)* ne sont pas eux-mêmes encore en vigueur, sans doute parce qu'à ce jour, aucune province ou territoire canadiens ne les a ratifiés (ces textes relevant de leur compétence constitutionnelle exclusive en matière de droit privé) <sup>74</sup>, bien que certaines lois aient été

---

<sup>70</sup> L.C. 1991, c. 46 [la « *Loi sur les banques* »]. Le nouvel article 436.1 de cette loi édicte que le gouverneur en conseil peut, par règlement, régir l'application des articles 426 à 436 de la *Loi sur les banques* aux biens aéronautiques, soit en les soustrayant à l'application de cette loi, soit en supprimant les droit acquis sur ces biens en vertu du régime de la *Loi sur les banques*. Un règlement fut adopté en ce sens mais ne sera en vigueur que lors de l'entrée en vigueur du *Protocole Aéronautique (2001)*, *supra* note 65, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi fédérale de mise en œuvre de la Convention du Cap (2001)*, *supra* note 69. Voir : *Règlement sur les biens aéronautiques*, DORS/2008-109 (Gaz. Can. II), art. 3.

<sup>71</sup> L.R.C. 1985, c. B-3 [la « *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* » ou « **LFI** »]. Une définition de « biens aéronautiques » est édictée à l'article 2 (1) de cette loi. Les sous-paragraphes 69 (2) d), et 69.1 (2) d) LFI, et le paragraphe 69.3 (3) LFI, ont pour effet de permettre, à certaines conditions, au créancier titulaire d'une garantie sur un bien aéronautique de prendre possession desdits biens, et ce, nonobstant le sursis des procédures habituellement imposé en cas d'avis d'intention de faire une proposition concordataire, de proposition concordataire ou de faillite. Comme la définition de « biens aéronautiques » de la LFI réfère à celle du paragraphe 2 (1) de la *Loi fédérale de mise en œuvre de la Convention du Cap (2001)*, *supra* note 69, qui n'est pas encore en vigueur, les dispositions des sous-paragraphes 69 (2) d), et 69.1 (2) d) LFI, et du paragraphe 69.3 (3) LFI, ne le sont pas davantage.

<sup>72</sup> L.R.C. 1985, c. C-36 [la « *Loi sur les arrangements* » ou « **LACC** »]. Une définition de « biens aéronautiques » est édictée à l'article 2 (1) de cette loi. L'article 11.31 LACC a pour effet de permettre, à certaines conditions, au créancier titulaire d'une garantie sur un bien aéronautique de prendre possession desdits biens, et ce, nonobstant le sursis des procédures habituellement imposé par l'ordonnance initiale prononcée en vertu de l'article 11 LACC. Comme la définition de « biens aéronautiques » de la LACC réfère à celle du paragraphe 2 (1) de la *Loi fédérale de mise en œuvre de la Convention du Cap (2001)*, *supra* note 69, qui n'est pas encore en vigueur, les dispositions de l'article 11.31 LACC ne le sont pas davantage.

<sup>73</sup> L.R.C. 1985, c. W-11 [la « *Loi sur les liquidations* »]. Une définition de « biens aéronautiques » est édictée à l'article 2 (1) de cette loi. L'article 22.2 de la *Loi sur les liquidations* a pour effet de permettre, à certaines conditions, au créancier titulaire d'une garantie sur un bien aéronautique de prendre possession desdits biens dans le cas d'une ordonnance de liquidation rendue aux termes du paragraphe 10 c) de cette loi (pour motif d'insolvabilité). Comme la définition de « biens aéronautiques » de la *Loi sur les liquidations* réfère à celle du paragraphe 2 (1) de la *Loi fédérale de mise en œuvre de la Convention du Cap (2001)*, *supra* note 69, qui n'est pas encore en vigueur, les dispositions de l'article 22.2 de la *Loi sur les liquidations* ne le sont pas davantage.

<sup>74</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. n° 92 (13).

adoptées en ce sens par l'Ontario <sup>75</sup>, le Québec <sup>76</sup> et les Territoires du Nord-Ouest <sup>77</sup>, sans être toutefois entrées en vigueur. Le résultat actuel de la *Loi fédérale de mise en œuvre de la Convention du Cap (2001)* est plutôt limité : la législation fédérale est fin prête à mettre en œuvre la *Convention du Cap (2001)* et le *Protocole aéronautique (2001)*, mais l'entrée en vigueur d'ensemble tarde à venir. Cela n'est qu'une question de temps, et alors le Canada, ses provinces et ses territoires auront un régime particulier et uniforme de sûretés relatives aux biens aéronautiques, qui supplantera le droit provincial ou fédéral en ce domaine <sup>78</sup>.

De tels instruments, en plus de créer des normes supranationales, vont sans doute exercer une certaine influence aux autres niveaux de l'harmonisation du droit, tant sur le plan substantif que sur le plan pratique. À côté de ces normes supranationales apparaissent des régimes spéciaux de sûretés consacrés aux biens incorporels ou dématérialisés.

---

<sup>75</sup> *Loi de 2002 sur les Garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (équipements aéronautiques)*, L.O. 2002, c. 18, ann. B.

<sup>76</sup> *Loi assurant la mise en œuvre de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, L.Q. 2007, c. 2, art. 6. Les dispositions de cette loi entrent en vigueur aux dates fixées par le gouvernement. Aucun décret n'a été émis et publié en ce sens.

<sup>77</sup> *Loi sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement aéronautiques mobiles*, L.T.N.-O. 2009, c. 4.

<sup>78</sup> Voir : Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2006 [« *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd. »], n° 895, p. 421 : « Dans le domaine de l'équipement aéronautique, les dispositions de la Convention du Cap, le jour où celle-ci deviendra applicable au Québec, auront préséance sur certaines règles du Code civil à l'égard de sûretés revêtant un caractère de garantie internationale au sens de cette convention ». Mais l'on court le risque d'assister à une prolifération des registres et des règles de publicité à respecter. Aux États-Unis, il faut d'abord y publier une sûreté sur un avion au *Federal Aviation Administration* pour ensuite pouvoir l'inscrire au registre international. De plus, les titulaires de sûretés légales n'ont pas à y inscrire leurs droits sur des aéronefs et continuent de bénéficier de leurs privilèges statutaires. Tout cela sape quelque peu l'efficacité de la Convention. Voir, à ce sujet, Lynn M. LoPUCKI et Elizabeth WARREN, *Secured Credit. A Systems Approach*, New York, Aspen Publishers, 2009, p. 413-414.

## 2.2 les instruments visant les biens incorporels ou dématérialisés

Au-delà de ces biens d'équipement mobiles qui présentent des situations « authentiquement internationales », ce sont les biens incorporels, tels les créances, et les valeurs mobilières, actions, ou autres placements ou actifs financiers, détenus directement ou indirectement, représentés par certificats ou non (des biens alors dématérialisés), qui posent des défis intéressants lors de la prise de garanties, et ce, tant dans un contexte local que transfrontalier, et où le besoin d'harmonisation des règles se fait sentir.

En ce qui concerne les créances, la CNUDCI a adopté la *Convention des Nations Unies sur la Cession de créances dans le commerce international*<sup>79</sup>. Cette Convention propose, entre autres, de simplifier les règles de conflits de lois relatives à tout type de cession de créance, qu'elle soit faite à titre de garantie ou à titre « absolu », pour employer la terminologie de *common law* (c'est-à-dire qu'il s'agisse alors d'une vente ou d'une cession pure et simple), en l'assujettissant dans tous les cas à la loi du « principal établissement » du constituant (le cédant), ainsi que les règles relatives à l'établissement d'un rang entre les créanciers titulaires de sûretés sur des créances. Adoptée et ratifiée à l'heure actuelle par un seul pays, le Libéria<sup>80</sup>, cette Convention n'est pas encore en vigueur car au moins cinq pays doivent l'avoir ratifiée pour qu'elle le soit<sup>81</sup>; elle aurait

---

<sup>79</sup> *Convention des Nations Unies sur la Cession de créances dans le commerce international*, Rés. AG 56/81, Doc.off. A.G.N.U. 01 47768, 56<sup>e</sup> sess., 12 décembre 2001, en ligne : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/68/PDF/N0147768.pdf?OpenElement> (consulté le 29 novembre 2009) [la « *Convention des Nations Unies sur la Cession de créances* »].

<sup>80</sup> Voir le site Web de la CNUDCI, en ligne : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/payments/2001Convention\\_receivables\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables_status.html) (consulté le 29 novembre 2009).

<sup>81</sup> *Convention des Nations Unies sur la Cession de créances dans le commerce international*, supra note 79, art. 45.

le mérite, si elle était adoptée ou suivie par le législateur québécois, de mettre fin à cette dichotomie qui existe entre les règles de conflits de lois concernant les véritables cessions et les hypothèques sur créances<sup>82</sup>, réduisant ainsi les incertitudes qui règnent actuellement dans ce domaine, particulièrement dans les situations internationales, c'est-à-dire celles où le débiteur de la créance et le constituant d'une sûreté la grevant ne sont pas domiciliés dans la même juridiction. Pour bien comprendre l'esprit qui préside à un tel instrument de l'harmonisation du droit, il importe de reproduire son préambule :

#### PRÉAMBULE

*Les États contractants,*

*Réaffirmant* leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable à la cession de créances constituent un obstacle au commerce international,

*Désireux* d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatifs à la cession de créances qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative aux cessions de créances tout en préservant les pratiques de cession actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,

*Souhaitant aussi* dûment protéger les intérêts du débiteur en cas de cession de créances,

*Estimant* que l'adoption de règles uniformes régissant la cession de créances favoriserait l'offre de capitaux et de crédit à des taux plus favorables et faciliterait ainsi le développement du commerce international,

---

<sup>82</sup> Voir : Articles 3097, 3105 et 3120 C.c.Q. Lire à ce sujet les commentaires de Michel DESCHAMPS, « The Priority Rules of the United Nations Receivables Convention : A Comment on Bazinas », (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law* 389, 392. Voir aussi : Spiros V. BAZINAS, « Multi-Jurisdictional Receivables Financing : UNCITRAL's Impact on Securitization and Cross-Border Perfection », (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law* 365; Spiros V. BAZINAS, « UNCITRAL Draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade. Lowering the Cost of Credit : The Promise in the Future UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade », (2001) 9 *Tulane J. of Int'l & Comp. Law* 259; voir enfin : Bruce A. MARKELL, « UNCITRAL's Receivables Convention : The First Step, but not the Last, A Comment on Bazinas », (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law* 401.

*Sont convenus [sic] de ce qui suit [...]*

Voilà énoncé, en quelques paragraphes, l'ordre du jour des ténors de l'harmonisation du droit des sûretés dans ce contexte de mondialisation du commerce qui est le nôtre. Nous verrons, dans les prochains chapitres, si ce programme est réaliste et s'il est en voie de se réaliser.

Attardons nous quelque peu au cas des valeurs mobilières, actions, autres placements ou actifs financiers, détenus directement ou indirectement<sup>83</sup>, représentés par certificats ou non (des biens alors dématérialisés), qui font l'objet de plusieurs projets de réformes, certains ayant déjà été adoptés, d'autres étant en voie de l'être ou étant encore sous étude. Les enjeux concernent principalement les règles de transfert de ces biens, les modes de constitution et de publicité des droits les grevant, les règles de conflits de lois, l'exercice des recours et, enfin, la protection des investisseurs et créanciers face aux émetteurs, intermédiaires et firmes de courtages qui gèrent ces placements<sup>84</sup>.

En 1994 et 1999, les États-Unis d'Amérique ont parti le bal en révisant les dispositions en ces matières des Titres 8 et 9 du *Uniform Commercial Code*<sup>85</sup>. Ce Titre 8, combiné aux

---

<sup>83</sup> Pour une explication au sujet de la détention directe et de la détention indirecte, lire : Michel DESCHAMPS, « Le nouveau régime québécois de sûretés sur les valeurs mobilières », (2009) 68 *R. du B.* 545, 549-550.

<sup>84</sup> La problématique d'ensemble a été posée comme suit pour le Canada avant l'avènement des nouvelles lois en ces matières, mais elle se transpose aux autres pays non dotés à l'heure actuelle de règles semblables en la matière : « *Il n'existe pas au Canada de législation régissant de façon globale le transfert de titres détenus auprès d'un intermédiaire. Cette forme de détention est à l'occasion reconnue, mais cette reconnaissance n'est encore que fragmentaire. Le droit privé relatif à la détention et au transfert des titres se retrouve principalement dans des dispositions conçues pour un système de détention directe où l'investisseur possède des certificats représentant ses titres et où le transfert de titres s'effectue par la négociation des certificats. Il est parfois difficile d'appliquer ces dispositions de façon cohérente ou uniforme à un système de détention auprès d'intermédiaires financiers* ». Voir : Michel DESCHAMPS, « Les sûretés sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire en droit canadien », (2005) *Rev. dr. unif.* 189.

<sup>85</sup> Voir, pour un historique des travaux ayant menés à sa plus récente réforme en la matière, Carl S. BJERRE et Sandra M. ROCKS, *The ABCs of the UCC – Article 8 : Investment Securities*,

dispositions du Titre 9 en matière de sûretés, apporte ses solutions à tous les problèmes que nous venons d'énumérer. En ce qui a trait au régime de détention indirecte par un intermédiaire, résumons qu'aux termes des Titres 8 et 9 du *Uniform Commercial Code*, une sûreté grevant des valeurs mobilières dématérialisées inscrites en compte auprès d'un intermédiaire de marché est créée par l'entremise d'un mécanisme de dépossession fictive, qui confère au créancier la maîtrise exclusive du compte de courtage. Cette maîtrise est établie aux termes d'un contrat écrit entre le courtier et le créancier; dès lors, ce mécanisme suffit à publier la sûreté sans qu'il soit nécessaire de l'inscrire à un registre quelconque <sup>86</sup>, la fonction privative de cette nouvelle forme de gage étant assurée par l'établissement d'un rang prioritaire en faveur du créancier qui ne dépend pas de l'ordre du temps <sup>87</sup>. Les règles de conflits de lois prévoient, comme facteurs de rattachement, soit l'autonomie de la volonté des parties, soit le lieu où est situé le compte (i.e. la succursale de l'intermédiaire), soit le lieu du principal établissement de l'institution financière <sup>88</sup>.

Les écueils relatifs à la nature du bien grevé et à son transfert sont évités en créant un nouveau type de droit identifié comme étant un « *security entitlement* » <sup>89</sup>, que l'on pourrait résumer comme étant l'ensemble des droits du constituant dans la valeur

---

2<sup>e</sup> éd., ABA Section of Business Law, 2004 ; Russell A. HAKES, « UCC Article 8 : Will the indirect holding of securities survive the light of the day ? », (2002) 35 *Loyola of Los Angeles Law Review* 661.

<sup>86</sup> U.C.C. § 9-203(1)(a) (1995); U.C.C. § 9-203(b)(3)(D) (2010). La notion de « contrôle » est définie à différents endroits, notamment aux sections U.C.C. § 9-104, 9-105, 9-106 et 9-107 (2010). C'est une façon de remplir l'exigence de la dépossession pour les biens intangibles (i.e. l'équivalent des biens meubles incorporels du droit civil). La publicité par ce mode de constitution est autorisée aux termes de la section U.C.C. § 9-314 (2010).

<sup>87</sup> U.C.C. § 9-327 et 9-328 (2010).

<sup>88</sup> U.C.C. § 9-304 et 9-305 (2010).

<sup>89</sup> U.C.C. § 8-102 (a) (17) (2010).

mobilière ou l'actif financier indirectement détenu<sup>90</sup>. Cette solution contourne le problème de la nature du bien grevé ou, plutôt, des droits qui échoient à tous les intervenants concernés (notamment l'émetteur, l'intermédiaire et l'investisseur) lorsque les valeurs sont détenues indirectement. En effet, alors qu'une sûreté grevant des certificats d'actions portera essentiellement sur le droit réel de propriété dans les actions (avec tous les privilèges et droits qui s'y rattachent face à l'émetteur)<sup>91</sup>, il s'avère plus difficile de cerner les droits affectant des valeurs mobilières dématérialisées détenues indirectement dans un compte de courtage<sup>92</sup>. Ainsi, la solution américaine, qui cristallise les droits de l'investisseur et les obligations de l'intermédiaire dans ce concept de « *security entitlement* », qui devient éventuellement l'objet de la sûreté, fait voler en éclats les usuelles notions de droit des biens, de droits de créances et de droit corporatif qui peuvent exister au plan théorique, pour rendre le tout fonctionnel à travers cette notion<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> « *A security entitlement is actually a sui generis form of property interest, a hybrid between property and contract consisting of a bundle of several carefully meshed components. [...] A security entitlement is a bundle of property rights and contract rights resulting from an undertaking by a securities intermediary to provide an entitlement holder the rights that constitute a security or other financial asset. The entitlement holder acquires the security entitlement in most cases when the securities intermediary credits the financial asset to the entitlement holder's securities account* ». Voir: C. S. BJERRE et S. M. ROCKS, *op. cit.*, *supra* note 85, en particulier aux p. 33-34, de façon générale aux p. 33-66.

<sup>91</sup> Voir : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>os</sup> 948-949, p. 443-444.

<sup>92</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 955-957, p. 446-449. Voir aussi : Pierre CIOTOLA et Antoine LEDUC, « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois ? », (2006) 40 *R.J.T.* 5, 56.

<sup>93</sup> U.C.C. § 8-102 (a) (17) (2010): « “*Security Entitlement*” means the rights and property interest of an entitlement holder with respect to a financial asset specified in Part 5 »; U.C.C. § 8-501 – § 8-511 (2010). Cet éclatement des droits s'insère tout à fait, cependant, dans la logique du droit des biens de la *common law*, plus éclatée que celle du droit civil. Voir, à ce sujet, notre discussion, *infra*, Partie I, Chapitre III, sous-section A, 2.1.2, intitulée « L'objet de la sûreté mobilière conventionnelle dans la tradition de *common law* et de droit américain ».



L'influence américaine se fait sentir au niveau des organisations internationales. Ainsi, la *Conférence de La Haye de droit international privé* a adopté une convention, visant essentiellement à traiter des problèmes de conflits de lois dans la création de sûretés sur des titres dématérialisés<sup>94</sup>. À l'heure actuelle, seuls les États-Unis d'Amérique, la Suisse et l'Île Maurice l'ont signée, ces deux derniers pays l'ayant également ratifiée. On annonce que la Communauté Européenne et le « G30 » recommandent à leurs pays membres d'en faire autant. Cette convention, qui ne traite pas du droit substantif mais plutôt de la loi applicable, propose que le facteur de rattachement soit fonction du libre choix des parties ou, à défaut, que ce soit la loi de l'intermédiaire pertinent qui s'applique. La détermination du droit applicable en matière de compte de titres détenus indirectement est une épineuse question que seule l'adoption d'une loi uniforme permet de régler dans une perspective internationale. En cela, le préambule de la *Convention de La Haye* explique la démarche, qui s'inscrit dans la même mouvance que celle observée jusqu'ici pour les autres instruments :

Les États signataires de la présente Convention,

Conscients du besoin pratique urgent, dans un marché financier mondial de plus en plus étendu, de conférer certitude et prévisibilité à la détermination de la loi

---

<sup>94</sup> CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*, en ligne [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=72](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72) (consulté le 29 novembre 2009) [la « *Convention de La Haye* »]. Voir aussi : CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *La Convention de La Haye sur les titres : un régime de conflits de lois moderne et mondial pour les transactions impliquant des titres détenus auprès d'un intermédiaire*, en ligne : <http://www.hcch.net/upload/outline36f.pdf> (consulté le 29 novembre 2009) ; Roy GOODE, Hideki KANDA, Karl KREUZER, et Christophe BERNASCONI, *Convention de la Haye sur les titres : rapport explicatif*, Brill Academic Publisher, 2005 ; Sandra M. ROCKS, « The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 1. Pour un commentaire à l'égard de cette convention et des autres projets de réformes en la matière ainsi que sur l'évolution de ces idées au Canada, voir : Bradley CRAWFORD, « The Hague "PRIMA" Convention: Choice of Law to Govern Recognition of Dispositions of Book-based Securities in Cross Border Transactions », (2003) 38 *Can. Bus. L.J.* 157.

applicable aux titres qui sont aujourd'hui communément détenus par le biais de systèmes de compensation et de règlement-livraison ou d'autres intermédiaires,

Sensibles, en vue de faciliter les flux internationaux de capitaux et l'accès aux marchés des capitaux, à l'intérêt essentiel qu'il y a à réduire les risques juridiques, les risques systémiques et les coûts correspondants, liés aux opérations transfrontières portant sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire,

Désireux d'établir des dispositions communes sur la loi applicable aux titres détenus auprès d'un intermédiaire pouvant bénéficier à tous les États, quel que soit leur niveau de développement économique,

Reconnaissant que « l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent » (PRIMA) telle que déterminée par des conventions de compte avec des intermédiaires, assure la certitude juridique et la prévisibilité nécessaires,

Sont résolus de conclure une Convention à cet effet et sont convenus des dispositions suivantes : [...]

En ce qui a trait au droit substantif et de manière complémentaire à la *Convention de La Haye*, UNIDROIT adopta, en 2009, la *Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genevève, 2009)*<sup>95</sup>. Cette convention est ouverte pour adoption par ses États membres. Dans l'historique qui est fait de cette convention, l'on précise le contexte dans lequel elle s'inscrit :

[...] Un cadre juridique approprié est d'autant plus important compte tenu de la valeur extrêmement élevée des titres concernés par les systèmes intermédiés et du volume énorme des transactions qui ont lieu quotidiennement. Les titres servent aussi souvent de garanties dans les transferts de grandes quantités d'espèces. Par ailleurs, les titres jouent un rôle important dans le cadre des opérations de politique monétaire des banques centrales, et sont donc essentiels pour la liquidité de l'ensemble du système financier moderne. Seuls quelques pays ont entrepris une modernisation radicale de l'encadrement juridique pour la détention, le transfert ainsi que la constitution de garanties sur des titres, limitée bien entendu au système juridique interne. La détention et le transfert de titres au niveau transfrontalier se ressentent donc des insuffisances et défauts des systèmes juridiques internes, et aussi du problème de compatibilité entre les différents régimes applicables à une situation donnée.

---

<sup>95</sup> UNIDROIT, *Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genevève, 2009)*, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/conference/conferencedocuments2009/conf11-2-042-f.pdf> (consulté le 29 novembre 2009) [la « *Convention de Genève sur les titres* »]. Un projet de commentaire est actuellement en cours de rédaction, dont une version préliminaire est disponible. Voir : UNIDROIT, *Projet de commentaire officiel sur le projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés*, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/conference/conferencedocuments2009/conf11-2-005-f.pdf> (consulté le 29 novembre 2009).

La question de l'harmonisation des règles de droit international privé applicables aux titres détenus par un intermédiaire est réglée au niveau international par la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire adoptée en décembre 2002 sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé. Toutefois, la Convention de La Haye, de par sa nature même, ne traite pas les questions de droit matériel.

Au niveau régional, les Directives européennes sur le caractère définitif du règlement et sur les contrats de garantie financière ont établi un cadre juridique traitant de certains aspects de la détention et de la disposition de titres au sein de l'Union européenne, en particulier pour les opérations garanties.

Dans ce contexte, un régime abordant de façon globale les questions de droit matériel au regard des problèmes susmentionnés est nécessaire, notamment au niveau universel. Ce régime serait un complément nécessaire à la Convention de La Haye, pour les réformes internes engagées dans plusieurs pays en Asie et en Amérique, et pour les efforts d'harmonisation au sein de l'Union européenne.

La Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés se propose de combler cette lacune. Elle vise à améliorer l'efficacité interne et la compatibilité des systèmes au niveau transfrontalier en fournissant un cadre juridique de base pour le système moderne de détention des titres intermédiés.

En particulier, pour ce qui est de la détention des titres auprès d'un intermédiaire, l'instrument décrit les droits dérivant du crédit de titres à un compte de titres; il règle les différentes méthodes de transfert des titres, et la constitution de garantie et d'autres droits limités; il précise les règles concernant l'irrévocabilité des instructions de réaliser des inscriptions en compte, et la finalité de telles inscriptions; il interdit les saisies à l'échelon supérieur; il établit des rangs de priorité entre des droits concurrents sur des titres; il protège l'acquéreur de bonne foi de titres; il énonce les droits et obligations du titulaire de compte et de l'intermédiaire en cas d'insolvabilité; il établit un régime de répartition des pertes et définit aussi la relation juridique entre les constituants de garantie et les preneurs de garantie lorsque les titres intermédiés sont donnés en garantie. [...] <sup>96</sup>

Avec ces instruments que sont la *Convention de La Haye* et la *Convention de Genève sur les titres*, la table est mise pour une harmonisation, voire une uniformisation des règles au niveau mondial en matière de transfert de valeurs mobilières et de prise de garanties sur ces biens. En Europe, la directive de la Commission européenne sur les contrats de garantie financière s'inscrit dans cette tendance pour ce marché commun <sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Extrait de l'historique de la *Convention de Genève sur les titres*, supra note 95. Voir : UNIDROIT, *Historique de la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés*, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/overview.htm> (consulté le 29 novembre 2009).

<sup>97</sup> UNION EUROPÉENNE, Directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de

Au Canada, la *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada* a rédigé une loi type, largement inspirée du Titre 8 du *Uniform Commercial Code*, qu'elle propose pour adoption à l'ensemble des provinces canadiennes<sup>98</sup>. À ce jour, sous l'impulsion du travail de cette Conférence, au moins cinq provinces et un territoire de *common law* ont adopté de nouvelles lois régissant le transfert des valeurs mobilières<sup>99</sup>.

Au Québec, la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*<sup>100</sup> est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Cette loi prévoit un régime spécial en ces matières et modifie le Code civil à de notables égards en matière de sûretés. Reproduisons, pour l'instant, le premier paragraphe des notes explicatives ainsi que l'article 1<sup>er</sup> de cette loi :

---

paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, Journal officiel de l'Union européenne, L 146/37, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:146:0037:0043:FR:PDF> (consulté le 29 novembre 2009) ; Directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, Journal officiel des Communautés européennes, L 168/43, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:168:0043:0050:FR:PDF> (consulté le 29 novembre 2009).

<sup>98</sup> CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières*, 2004, en ligne : [http://www.ulcc.ca/fr/us/Uniform\\_Securities\\_Transfer\\_Act\\_Fr.pdf](http://www.ulcc.ca/fr/us/Uniform_Securities_Transfer_Act_Fr.pdf) (consulté le 29 novembre 2009). Voir : Eric T. SPINK et Maxime A. PARÉ, « The *Uniform Securities Transfer Act*: Globalized Commercial Law for Canada », (2003) 19 *Banking & Finance Law Review* 321; M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 84.

<sup>99</sup> Il s'agit de l'Ontario, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, de Terre-Neuve et des Territoires du Nord-Ouest. Voir : *Securities Transfer Act*, S.O. 2006, c. 8; *Securities Transfer Act*, S.A. 2006, c. S-4.5; *Securities Transfer Act*, S.B.C. 2007, c. 10; *Securities Transfer Act*, S.S. 2007, c. S-42.3; *Securities Transfer Act*, S.N.L., 2007, c. S-13.01; *Securities Transfer Act*, S.N.W.T., 2009, c. 14.

<sup>100</sup> *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.Q. 2008, c. 20, L.R.Q. c. T-11.002 [la « *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* » ou « **LTVMQ** »]. Nous discuterons plus loin du processus d'adoption de cette loi, ainsi que de ses tenants et aboutissants.

## NOTES EXPLICATIVES

Cette loi, sur le fondement de la Loi uniforme sur le transfert de valeurs mobilières adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et à laquelle ont adhéré l'ensemble des provinces et territoires canadiens, vise à établir un cadre juridique supplétif régissant certains aspects de droit privé qui s'attachent au transfert des valeurs mobilières et à l'obtention de titres intermédiés sur des actifs financiers.

[...]

1. La présente loi vise, dans un contexte d'harmonisation de la législation des provinces et territoires canadiens en la matière, à établir le cadre juridique régissant certains aspects de droit privé relatifs au transfert de valeurs mobilières et à l'obtention de titres intermédiés sur des actifs financiers.

Ainsi que nous le voyons, l'harmonisation du droit à l'échelle internationale est à l'œuvre, particulièrement dans le domaine du droit des sûretés. L'influence de cette intense activité que nous venons de décrire se fait déjà sentir au Québec. D'une part, remarquons que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Val-Brillant*, fut directement inspirée par ces projets de réformes internationaux et par le droit américain afin de conclure à la validité d'une hypothèque mobilière sans dépossession grevant un titre de créance non représenté par un titre négociable<sup>101</sup>, en dépit du fait que la lecture des dispositions pertinentes du Code civil permettait d'entretenir de sérieux doutes à cet égard au moment où cette décision fut rendue<sup>102</sup>. La Cour suprême fut saisie de cette

<sup>101</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666, n<sup>os</sup> 22-24, p. 687-688, (j. Gonthier); 2003 CSC 31 [« *Val-Brillant* »]. C'est ce que le juge LeBel appelle le « principe d'harmonisation des règles juridiques », exercice de droit comparé justifiant les emprunts ponctuels d'une tradition juridique à l'autre, *a fortiori* dans un contexte d'internationalisation des échanges économiques, favorisant ainsi un « dialogue » entre les traditions et des « rapports de convergence » entre celles-ci. Voir : Louis Le BEL et Pierre-Louis Le SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 *Les Cahiers de Droit* 179, 232. Même si le juge LeBel y affirme que « les tribunaux hésitent à se faire législateurs », c'est néanmoins ce qu'ils font lorsqu'ils tiennent compte de ce « principe d'harmonisation des règles juridiques » comme méthode d'interprétation d'un système en particulier. La juge Deschamps, dans sa dissidence, le lui rappelle bien. Plusieurs des questions soulevées par l'arrêt *Val-Brillant* sont maintenant réglées par l'effet de la LTVMQ et de sa réglementation. Nous en discutons plus loin, *infra*, Partie I, Chapitre III, sous-section A., 1.3.1, b), traitant des modalités de constitution des sûretés mobilières aux termes du *Code civil du Québec*.

<sup>102</sup> Notons que la juge Deschamps a bien relevé, dans sa dissidence, que les nouvelles dispositions du *Uniform Commercial Code* en matière de constitution et de publicité par le mécanisme du « contrôle » (i.e. maîtrise de fait) n'ont certainement pas pu influencer le législateur québécois de

question en raison de la lenteur du législateur québécois à adapter et rendre disponible la technique de l'hypothèque mobilière sans dépossession aux particuliers. Sur cette question et de nombreuses autres, le législateur fit la sourde oreille aux nombreux et répétés commentaires d'experts l'incitant à revoir sa législation<sup>103</sup>. Mentionnons seulement, à ce stade-ci, que l'onde puissante de l'harmonisation fit réagir le législateur québécois plus rapidement et profondément lors du processus ayant mené à l'adoption de la LTVMQ que toutes ces demandes antérieures et répétées d'experts visant à modifier certains pans du régime de sûretés québécois.

D'autre part, constatons que l'adoption croissante de projets de lois similaires dans les juridictions avoisinantes produit un effet certain sur les discussions qu'ont les juristes québécois quant aux réformes proposées. Alors qu'autrefois, il existait une certaine tendance du Québec à vouloir atteindre un résultat pratique identique à celui obtenu par ses partenaires commerciaux concernant un problème juridique donné, mais en y parvenant de manière à respecter la tradition civiliste<sup>104</sup>, l'on constate qu'aujourd'hui

---

1991 et 1994, puisque ce mécanisme n'existait pas à ce moment en droit américain. Cet argument nous semble important, contrairement à ce que prétend le juge Gonthier à cet égard, qui s'inspire des avancées américaines postérieures à l'édiction du nouveau Code pour tirer ses conclusions. Voir *Val-Brillant*, *supra* note 101, n° 114, p. 715 (j. Deschamps). Pour des analyses critiques de cet arrêt, voir : P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92; Denise PRATTE, « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 421 ; Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, « La notion de biens », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 127, 147-148. L. Payette approuva cependant les conclusions de cet arrêt. Voir : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>os</sup> 806 et suiv.

<sup>103</sup> Nous pensons aux controverses entourant l'article 2692 C.c.Q., la publicité des réserves de propriété, crédits-baux, baux à long terme, aux frais extrajudiciaires qui ne sont plus garantis par hypothèque (art. 2667 C.c.Q.), etc.

<sup>104</sup> En outre, M. le ministre Rémillard avait déjà exprimé ses réticences face à la présomption d'hypothèque et entendait soi-disant « privilégier plutôt la tradition civiliste, laquelle préfère les

cette préoccupation est probablement en train, sinon de disparaître, à tout le moins de s'atténuer grandement. La libéralisation des marchés, entraînant avec elle depuis les dix dernières années l'apparition de cabinets d'avocats nationaux et internationaux, suivant l'essor transnational des entreprises, n'y est sans doute pas étrangère <sup>105</sup>.

L'on est donc en droit de se demander si l'on est vraiment dans une ère d'harmonisation « souple » du droit ou si l'on ne tend pas de plus en plus vers l'uniformisation, qui serait l'aboutissement de cette démarche d'harmonisation. Mais pour bien évaluer ces mouvements de l'harmonisation et de l'uniformisation du droit des sûretés mobilières, il importe de les mettre en contexte à l'aune des principes fondamentaux du droit des sûretés en Occident.

---

*situations nettes à celles reposant sur l'interprétation des tribunaux* ». Voir : Gil RÉMILLARD, « Présentation du projet de *Code civil du Québec* », (1991) 22 *R.G.D.* 5, 55.

<sup>105</sup> Les praticiens sont ainsi vus comme étant des moteurs de l'harmonisation souple du droit. Voir, à cet égard, les observations de H. Patrick GLENN, « Harmony of the Laws in the Americas », (2003) 34 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 223, 236. Mais cette harmonisation n'est peut-être pas aussi souple qu'il n'y paraît à première vue. En effet, les firmes véritablement internationales émergent principalement de New York et de Londres et tendent à s'établir dans plusieurs pays. Leurs juristes sont rompus au droit anglo-américain et aux divers droits internes où ils sont établis. Les juristes non-américains doivent recevoir une formation initiale aux États-Unis et pratiquer quelques années à la maison-mère avant d'essaimer. Ce faisant, ces cabinets et leurs juristes propagent une vision du droit grandement inspirée du droit anglo-américain. Voir, à ce sujet : Donald R. CRAWSHAW, « Globalization and the practise of law – One lawyer's perspective », (2008) 46 *Can. Bus. L. J.* 162. Dans cette veine, les facultés de droit doivent suivre la mouvance et adapter leur *cursus* universitaire afin de former des juristes qui seront rompus aux exigences de la mondialisation. Voir, à ce sujet : Aline GRENON, « La mondialisation progressive des Facultés de droit au Canada », (2001) 31 *R.G.D.* 741. Par ailleurs, du fait que le droit civil et la *common law* sont les deux traditions juridiques les plus répandues à travers le monde, il serait impératif de dispenser un enseignement qui les combinent. Voir : Louis PERRET, « De la nécessité d'enseigner le droit civil et la *common law* dans les Facultés de droit au Canada », (2001) 31 *R.G.D.* 731. Ces questions ne sont pas nouvelles mais ne font que s'accroître. L'impact de l'enseignement sur l'harmonisation du droit soulève les débats depuis longtemps. Voir : Jutta BRUNNÉE, « L'unification de l'enseignement du droit en Europe ? », dans H. Patrick GLENN, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 567.

## **II- LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DES SÛRETÉS EN OCCIDENT**

Il nous apparaît nécessaire, dans cette partie de notre analyse, de bien cerner les fondements et les valeurs qui sous-tendent les principaux régimes occidentaux de sûretés mobilières [A]. On peut ainsi mieux comprendre les motivations politiques, sociales et économiques, voire même morales, que les législateurs veulent traduire dans le cadre normatif envisagé. Dans cette même veine, on identifiera les principales techniques et les solutions retenues en vue de l'uniformisation intrinsèque des régimes de sûretés mobilières [B].

### **A. Des fondements et des valeurs qui sous-tendent les principaux régimes de sûretés en Occident**

Il est possible d'affirmer que les systèmes juridiques occidentaux connaissent et partagent pratiquement tous, depuis longtemps, le principe de l'égalité des créanciers dans le recouvrement de leurs créances [1]. Il demeure néanmoins une exception notable à ce principe, à savoir que tout régime de sûretés légiféré constitue ce que l'on identifie généralement, dans la tradition de droit civil, comme étant une « cause légitime de préférence », en ce qu'un tel régime vise l'établissement d'un ordre de priorités [2]. Au nombre des préoccupations qu'ont en commun les législateurs des traditions de droit civil et de *common law*, lorsqu'ils édictent des lois visant à régir l'ordonnancement des priorités entre les créanciers, se retrouvent les notions de simplicité et d'efficacité dont doivent faire preuve les régimes de sûretés, qui seront leurs principales caractéristiques [3].



1. Du principe de l'égalité des créanciers dans le recouvrement de leurs créances (*pari passu*)

La compréhension du fonctionnement d'un régime de sûretés, quel qu'il soit, passe inévitablement par celle des modes de recouvrement qui sont mis à la disposition des créanciers, lorsque le débiteur est en situation de défaut d'exécution de ses obligations. En cela, on distingue généralement deux situations : d'abord, lorsque le débiteur est solvable, voire lorsqu'il est insolvable, sans qu'il ne soit assujéti à une quelconque procédure collective des créanciers [1.1]; ensuite, lorsque le débiteur est insolvable et qu'il se trouve assujéti aux règles d'une procédure collective des créanciers [1.2]<sup>106</sup>. Après avoir procédé à l'examen de ces deux situations, nous verrons les justifications possibles apportées au soutien de ce principe de l'égalité entre les créanciers [1.3].

---

<sup>106</sup> Cette dichotomie ou division dans le traitement de ce sujet est d'ailleurs justement relevée par un groupe d'experts internationaux ayant produits une étude pour le compte de la Banque Mondiale. Voir: Roy GOODE, *et al.*, « Building Effective Insolvency Systems : Debtor-Creditor Regimes », Banque Mondiale, Washington, D.C., 14-15 septembre 1999, en ligne : [http://www4.worldbank.org/legal/insolvency\\_ini/WG10-paper.htm](http://www4.worldbank.org/legal/insolvency_ini/WG10-paper.htm) (consulté le 17 août 2004) [« **Building Effective Insolvency Systems** »], au n° 12 : « *The two most common methods [of debt collection] are seizure of the debtor's assets by way of execution of a judgement against it and involuntary bankruptcy or winding-up* ». Voir aussi: *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, Chapitre V, « Priorité d'une sûreté réelle mobilière », p. 5, n° 16. Elle mérite d'être soulignée, car peu nombreux sont les ouvrages ou articles de doctrine qui abordent le sujet de cette manière, du moins en droit civil classique, ceux-ci en faisant une matière de droit civil pur, à la croisée du droit des obligations et du droit des biens. Cela fut justement souligné par Y. PICOD, *op. cit.*, *supra* note 8, n° 10, p. 11 : « [...] Cette conception traditionnelle du droit des sûretés est aujourd'hui largement dépassée : le droit des sûretés forme le cordon ombilical entre le droit des obligations et des biens, d'un côté, et le droit bancaire et des procédures collectives, de l'autre. On a antérieurement précisé qu'il s'intégrait au droit du crédit. L'opposition classique entre sûretés civiles (hypothèques, cautionnement) et commerciales (nantissement des parts sociales, des créances professionnelles ou du fonds de commerce...) est aujourd'hui surannée. [...] ». En droit québécois, une exception mérite d'être soulignée : Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, qui expose systématiquement les liens inextricables qui existent entre le droit de la faillite et le droit des sûretés, mais qui demeure malheureusement silencieux au sujet de l'impact de la *Loi sur les arrangements*, *supra* note 72, sur le domaine des sûretés. Voir, à cet égard, notre recension : Antoine LEDUC, « Chronique bibliographique. JACQUES DESLAURIERS, **Les sûretés réelles au Québec**, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, 878 p., ISBN 978-2-89127-853-9 », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 435.

### 1.1 recouvrement d'une créance lorsque le débiteur n'est pas assujéti à une procédure collective des créanciers

Lorsque le débiteur manque à ses obligations et qu'il refuse ou néglige d'exécuter sa prestation, soit par choix lorsqu'il est solvable <sup>107</sup>, soit en raison de son insolvabilité, le créancier tentera de récupérer ce qui lui est dû par le débiteur, en exerçant individuellement contre ce dernier, à sa propre initiative, les recours qui sont mis à sa disposition par le législateur. On peut donc parler de mesures d'exécution forcée des obligations.

Dans la tradition civiliste d'aujourd'hui, lorsque la créance est certaine, liquide et exigible, ces recours seront habituellement exercés non pas contre la personne même du débiteur, mais contre son patrimoine, qui constitue le « gage commun » de ses créanciers <sup>108</sup>, visant la satisfaction de leurs créances et que l'on identifie, dans la théorie civiliste classique, comme étant le prolongement économique de la personne du débiteur <sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> En présumant qu'il ait des motifs valables de le faire.

<sup>108</sup> Voir, notamment, Roderick A. MACDONALD, « How Far Functionalism », conférence prononcée au Insolvency Institute of Canada's 14<sup>th</sup> Annual Conference and General Meeting, Mont-Tremblant, Québec, du 3 au 5 octobre 2003 [non publiée], au n<sup>o</sup> 30 : « *Today in the civil law four such background principles [that govern the compulsory performance of obligations] can be noted. First, judgments are to be executed against the property, and not the person of a debtor : slavery and debtor's prison no longer exist. Second, prior to a seizure in execution consequent upon a judgment, a debtor is free to deal with his or her assets as he or she sees fit : a market economy presupposes debtor agency as the default position. Third, in principle, all a debtor's patrimony or estate, both present and future, is exigible : all assets are available to be seized and sold as the common pledge of creditors. Fourth, as already noted, in the event of a shortfall, creditors rank rateably in the proceeds generated by the sale of the assets comprising the common pledge : whether a debtor is insolvent or bankrupt, the pari passu scheme is applicable* ».

<sup>109</sup> Voir notre exposé au sujet de la notion de patrimoine, ci-dessous, Partie I, sous-section III .A.2.1.1a), traitant de l'objet de la sûreté mobilière conventionnelle dans la tradition civiliste.

Ce « gage commun » des créanciers sera composé de l'ensemble des biens du débiteur, meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi <sup>110</sup>. Ainsi, et dans cette mesure, quiconque s'oblige personnellement sera tenu de remplir ses engagements sur l'ensemble de ses biens <sup>111</sup>.

Ce droit de gage n'a pas, *a priori*, d'assiette définie. L'étendue du patrimoine d'un débiteur variera dans le temps et dépendra des gestes posés par son titulaire. C'est pourquoi le droit civil met à la disposition des créanciers divers mécanismes permettant d'assurer une certaine surveillance des agissements d'un débiteur et d'empêcher tout geste pouvant affecter négativement, à leur préjudice, la valeur de ce gage commun <sup>112</sup>.

À titre d'exemples, un créancier peut s'adresser au tribunal en vue de faire nommer un

---

<sup>110</sup> C.c.Q., art. 2. C'est aussi ce que l'on appelle le principe de l'« assiette universelle ». Voir : R. A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, *loc. cit.*, *supra* note 20, p. 322. Pour une discussion détaillée au sujet du gage commun des créanciers et de son étendue en droit civil québécois, voir : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *loc. cit.*, *supra* note 78, p. 7-76. En ce qui a trait aux divisions de patrimoine permises par la loi, les règles du droit des successions et celles du droit des sociétés sont à mentionner. Par exemple, aux termes de l'art. 780 C.c.Q., « [l]e patrimoine du défunt et celui de l'héritier sont séparés de plein droit, tant que la succession n'a pas été liquidée. Cette séparation a effet à l'égard tant des créanciers de la succession que des créanciers de l'héritier ou du légataire particulier ». Par ailleurs, les biens transférés dans un patrimoine d'affectation, qu'il s'agisse d'une fiducie ou d'une fondation, sont exclus du patrimoine du constituant, à moins que ce dernier ne les y aient transférés en fraude des droits de ses créanciers.

<sup>111</sup> C.c.Q., art. 2645 ; C. civ., art. 2284 et 2285. Ce faisant, le créancier se voit conférer un droit personnel, i.e. un droit de créance qui s'exerce sur la personne du débiteur et non pas sur un bien directement. Ce droit personnel permet l'exécution d'une prestation. En cas de défaut, le créancier ne disposera que d'un droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur. Cette situation se distingue de celle où le créancier se voit conférer un droit réel sur un bien (par exemple, une sûreté réelle) ; dans ce cas, le créancier peut exercer son droit directement contre le bien. Son droit ne porte alors pas sur l'ensemble du patrimoine du débiteur.

<sup>112</sup> C.c.Q., art. 1626 à 1636 ; C. civ., art. 1167 (action paulienne) et 1166 (action oblique). Voir également R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 108, n<sup>os</sup> 33-41. Voir, enfin, Pierre VOIRIN et Gilles GOUBEAUX, *Droit civil : personnes – famille – incapacité – biens – obligations – sûretés*, t. 1, 29<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2003, en particulier au n<sup>o</sup> 1245, p. 599-600. Ces auteurs indiquent qu'en droit civil français, les mesures de protection du droit de gage général des créanciers prévues par la loi ne s'intéressent pas à la problématique de l'augmentation du passif, mais bien à celle de la diminution de l'actif.

séquestre aux biens du débiteur <sup>113</sup>. Il peut également recourir aux mécanismes de la saisie avant jugement, de l'injonction et des ordonnances de sauvegarde <sup>114</sup>. Il peut exercer, en lieu et place du débiteur, les droits et actions de celui-ci, lorsque le débiteur refuse de les exercer et que cela cause préjudice au créancier, aux termes de l'action dite « oblique » du Code civil <sup>115</sup>. Enfin, un créancier peut intenter une action en inopposabilité, autrefois appelée action paulienne, afin de faire déclarer inopposable à son endroit l'acte juridique que fait le débiteur en fraude de ses droits <sup>116</sup>. Notons que ces mesures de protection s'appliquent à tous types de débiteurs et qu'elles peuvent être invoquées par tous types de créanciers, incluant les créanciers garantis <sup>117</sup>, car découlant du droit commun des obligations, auxquelles il faut ajouter la compensation ou le droit de rétention (découlant de l'*exceptio non adimpleti contractus*) <sup>118</sup>. Ces mesures sont habituellement complétées par d'autres, aux objectifs similaires, que l'on retrouvera par exemple dans les procédures collectives, dont la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* <sup>119</sup>. De même, dans le cas d'une vente, la résolution peut aussi être considérée comme

---

<sup>113</sup> *Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25 [« **C.p.c.** » ou le « **Code de procédure civile** »], art. 742 à 750 ; C.c.Q., art. 2305 à 2311 ; C. civ., art. 1961 à 1963.

<sup>114</sup> C.p.c., art. 733 et suiv. (saisie avant jugement), art. 751 et suiv. (injonction), art. 754.2 (ordonnances de sauvegarde).

<sup>115</sup> C.c.Q., art. 1627-1630.

<sup>116</sup> C.c.Q., art. 1631-1636.

<sup>117</sup> Les termes juridiques « créancier garanti » et « créancier non-garanti » ou « créancier ordinaire » ou « créancier chirographaire » revêtent, en droit canadien, une signification particulière, au regard de la définition législative qui en est donnée à l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, *supra* note 71, ou encore, aux termes de certaines lois fiscales. Nous utiliserons cependant ces expressions, tout au long du présent texte, de façon plus large que l'acception technique stricte que cette définition législative suggère, c'est-à-dire que nous nous en servons pour distinguer les créanciers détenteurs de sûretés ou de garanties, en opposition à ceux qui n'en détiennent pas.

<sup>118</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 108, n° 41.

<sup>119</sup> LFI, art. 95-96, 98. En droit français, voir : Michel JEANTIN et Paul LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Dalloz, 2007, p. 402-450.

mécanisme de protection <sup>120</sup>. En somme, le droit commun met déjà à la disposition des créanciers, en toile de fonds, plusieurs outils leur permettant de se protéger contre les défalcatons de leurs débiteurs.

En droit civil québécois, ce sont les articles 2, 2644 à 2646 du Code civil qui édictent les grands principes que nous venons d'énoncer entourant la notion de gage commun des créanciers <sup>121</sup>. Insistons, de façon particulière, sur les termes employés par le législateur à l'article 2646 C.c.Q. :

**2646.** Les créanciers peuvent agir en justice pour faire saisir et vendre les biens de leur débiteur.

En cas de concours entre les créanciers, la distribution du prix se fait en proportion de leur créance, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence.

**2646.** Creditors may institute judicial proceedings to cause the property of their debtor to be seized and sold.

If the creditors rank equally, the price is distributed proportionately to their claims, unless some of them have a legal cause of preference.

Le premier principe posé par cet article est celui de la saisie et de la vente des biens d'un débiteur, à défaut d'exécution volontaire directe ou en nature. Le second est celui de l'égalité des créanciers dans le recouvrement de leurs créances, autrement appelé « loi du concours », qui énonce qu'en ce cas, la distribution du prix de vente des biens du débiteur se fait en proportion de leurs créances, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférences <sup>122</sup>. Il n'existe donc aucun ordre de priorité entre les créanciers

<sup>120</sup> C.c.Q., art. 1741-1743 ; C. civ., art. 1654-1657. Notons toutefois que pour certains, il s'agit plutôt là d'une sûreté-propriété. Voir : R.A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, *loc. cit.*, *supra* note 20, p. 353-354.

<sup>121</sup> En droit français, voir : Y. PICOD, *op. cit.*, *supra* note 8, n° 2, p. 2-3.

<sup>122</sup> Ces causes légitimes de préférences sont d'abord, en droit civil québécois, les priorités et les hypothèques (art. 2647 C.c.Q.). À ces causes s'ajoutent néanmoins les diverses variantes du droit de propriété utilisé à des fins de sûretés, qui provoquent l'exclusion du concours des créanciers qui en sont bénéficiaires. Voir, de manière générale, J. DESLAURIERS, *op. cit.*, *supra* note 106, n°s 101-119, p. 29-34. Voir aussi le *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, Chapitre V, « Priorité d'une sûreté réelle mobilière », n°s 2 et 3.

ordinaires ou chirographaires qui dépendrait de l'antériorité de la naissance d'une créance, chaque créance ne conférant à son titulaire, au reste, qu'un droit personnel. Il existe cependant un ordre de priorité au bénéfice des créanciers prioritaires et hypothécaires qui, dans ce dernier cas, bénéficient d'un droit réel. Cet ordre de collocation variera en fonction de la situation du débiteur, c'est-à-dire en fonction du fait qu'il soit régi ou non par une procédure collective de réalisation.

Le principe de l'égalité entre les créanciers existe donc même lorsque le débiteur n'est pas en situation d'insolvabilité, quoi qu'il nécessite habituellement une action positive de la part des créanciers autres que le premier saisissant afin de leur permettre d'accéder à ce concours <sup>123</sup>. Ainsi, bien que ce principe de l'égalité soit clairement posé par le législateur québécois pour les situations où le débiteur n'est pas insolvable, il n'en est fait aucune véritable systématisation comme celle que procure l'existence d'une procédure

---

<sup>123</sup> Voir, entre autres, l'article 2893 C.c.Q., et les articles 578 et 615 C.p.c. concernant l'allégation de déconfiture. L. Payette précise que l'utilisation de cette procédure pousse à l'extrême limite le principe de l'égalité des créanciers qui aboutit dès lors à une liquidation collective. Cette procédure, précise-t-il, « *devait en toute logique demeurer dans la législation [provinciale, i.e. le Code civil] pour assurer que celle-ci présente un ensemble cohérent et complet* », la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, demeurant le véhicule le plus couramment utilisé à cette fin. Voir Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1994, p.. 30-47 [en particulier, voir, à la p. 31, le paragraphe n° 96 et la note n° 104]. Cette absence virtuelle de procédure collective de réalisation qui serait régie par les règles du droit civil québécois s'explique en raison du partage des compétences législatives au Canada, le législateur fédéral ayant l'autorité législative exclusive en matière de « banqueroute et de faillite », et ce, aux termes de l'article 91(21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 74, tandis que le législateur provincial a pleine compétence en ce qui a trait à la propriété et aux droits civils dans la province (art. 92(13) de ladite *Loi constitutionnelle de 1867*). Voir, par ailleurs, François T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1998, n<sup>os</sup> 85 et 102, p. 51-52, 60 : « *Il ne suffit pas en effet, pour que la règle de l'égalité s'impose aux créanciers, que le débiteur se soit endetté au-delà de son actif. Le débiteur même insolvable conserve, on le sait, l'entière maîtrise de ses biens. Son patrimoine reste une masse mouvante qui risque de se réduire au gré des actes de disposition de son titulaire. À ce stade, le gage commun des créanciers est un droit sans assiette définie, un droit purement éventuel. Il y a concours dès que ce droit se « fixe » sur certains biens déterminés (voire même sur tous les biens) du débiteur. Alors seulement est assurée concrètement l'égalité. [...] Le concours naît ainsi de la mise en œuvre concrète et effective du droit de « gage commun » des créanciers* ».

collective de réalisation dans les cas d'insolvabilité du débiteur <sup>124</sup>. En droit français, le Code civil fait explicitement référence aux procédures collectives <sup>125</sup>.

Dans les pays de *common law*, le droit des biens ne s'articule pas de la même manière que dans les pays de droit civil, pas plus, du reste, que les relations entre créanciers et débiteurs (i.e. le droit des obligations), même si l'on y trouve, sur le fond, plusieurs similitudes <sup>126</sup>. Ainsi, la notion de patrimoine, telle qu'entendue dans la conception civiliste classique, n'existe pas en *common law* et la conception du droit de propriété n'est pas la même. Les relations entre créanciers et débiteurs, entre autres les mécanismes de protection, tant du débiteur que du créancier, et les mécanismes de recouvrement mis à la disposition des créanciers puisent à plusieurs sources diverses, qu'il s'agisse de lois particulières ou de règles jurisprudentielles. C'est sans doute pourquoi ce principe de l'égalité entre les créanciers n'y est pas exprimé aussi clairement que dans les situations d'insolvabilité, régies par une procédure collective des créanciers, à laquelle tous les créanciers sont assujettis de façon systématique <sup>127</sup>. Les législations en

---

<sup>124</sup> Voir Pierre CROCQ, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité » dans *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Paris, Litec, 1998, 317, qui confirme l'influence indirecte du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés. Voir aussi Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 14, qui reconnaît implicitement ce principe, en parlant de la « loi du concours ou principe de l'égalité des créanciers au cas d'insolvabilité du débiteur ». Voir, enfin, F. T'KINT, *op. cit.*, *supra* note 123, p. 10-11, 54-84; Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, n<sup>o</sup> 520, p. 424-425.

<sup>125</sup> C. civ., art. 2287 : « Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ». Cela reflète bien le caractère unitaire de la législation française, qui n'est pas exempte, comme nous le verrons, de contradictions en matière de droit des sûretés et de droit des procédures collectives.

<sup>126</sup> R.A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, *loc. cit.*, *supra* note 20, p. 326-328. Voir notre exposé à ce sujet, ci-dessous, Partie I, à la sous-section III.A.2.1, traitant des sûretés mobilières conventionnelles dans leur objet.

<sup>127</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 108, n<sup>os</sup> 26 et 47 : « [...] At least at the conceptual level, the civil law remedial framework of debtor / creditor law is more comprehensive than that of

la matière, dans la tradition de *common law*, expriment cependant clairement ce principe <sup>128</sup>.

Toutefois, d'aucuns ne remettent en question la nécessité, pour tout régime juridique, de prévoir des mécanismes d'exécution forcée des obligations et de recouvrement de dettes efficaces, qui constitueront le droit commun, applicable tant aux créanciers garantis qu'aux créanciers ordinaires <sup>129</sup>.

Examinons maintenant en quoi l'existence d'une procédure collective des créanciers magnifiera le principe de l'égalité entre les créanciers.

## 1.2 recouvrement d'une créance lorsque le débiteur est insolvable et assujéti à une procédure collective des créanciers

Nous l'avons déjà évoqué, c'est l'existence d'une procédure collective des créanciers, commune à tous les créanciers d'un débiteur, supervisée par l'autorité judiciaire, qui

---

*the common law. This framework covers both omissions (the oblique action) and positive acts (the Paulian action). It covers both non-insolvency, shadow of insolvency and insolvency situations. It is available to both unsecured and secured creditors* ». Voir aussi M.G. BRIDGE, *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 651-654.

<sup>128</sup> Voir : Ian F. FLETCHER, *The Law of Insolvency*, 4<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2009, n° 1-008, p. 3-4: « *Foremost among the characteristics of the developed law of insolvency is the principle of collectivity. [...] It is a central tenet of the of the collectivity principle that the debtor's assets are administered, and creditors' claims processed, without any regard for the chronological order in which assets were acquired or debts created. [...] Thus the general notion of "equality among all creditors", sometimes expressed in the Latin maxim par est condicio omnium creditorum, has in practice been modified at various times by the cumulative effects of judicial and legislative interventions which have resulted in a stratified system of distribution whereby defined groups of creditors are accorded preferential status or enjoy some kind of privilege* ».

<sup>129</sup> Voir R. GOODE, *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 106, au n° 11 : « *As we have said earlier, it cannot be assumed that the necessary lending powers exist and that an institutional structure is in place for general debt collection [in emerging economies]. The enforcement of unsecured debts is highly important to a sound financial system, but the great variety in legal regimes for such enforcement and in the effectiveness of these regimes makes it difficult to state general propositions. Nonetheless, it can be said that every legal system should provide an effective means by which unsecured creditors may enforce their rights against the debtor and its property without undue delay or expense* ».



viendra systématiser l'application du principe de l'égalité entre les créanciers et contribuera à lui donner un sens véritable.

Il faudrait remonter au droit romain du Bas-Empire pour trouver les premières traces d'une telle procédure collective <sup>130</sup>. L'évolution et l'histoire du droit de la faillite en droit anglo-saxon a suscité l'intérêt de nombreux juristes. Un auteur belge signalait déjà, en 1936, que « [l]'Angleterre, pays peu favorable à l'abondance de textes législatifs, [avait alors] édicté plus de quarante-cinq lois sur la faillite » <sup>131</sup>. Voilà donc un trait caractéristique important de l'évolution de ce droit qu'il faut souligner, sachant que la *common law* est habituellement un « *judge made law* ». Voyant dans ce domaine des questions d'intérêts complexes ne pouvant être laissées à la seule évolution prétorienne dans leur façonnement, notamment la protection du crédit, le législateur anglais commença à édicter des dispositions législatives propres à la faillite aussi tôt qu'en 1542, sous Henri VIII. Il faut cependant attendre l'année 1623 pour voir l'apparition, dans les textes législatifs anglais, du principe de la distribution égalitaire entre tous les créanciers et de la création d'une procédure collective ayant un caractère officiel, se substituant aux mesures d'exécution individuelles, plaçant ainsi l'administration des biens du débiteur sous le contrôle de la justice <sup>132</sup>. Ces principes sont désormais généralement admis dans

---

<sup>130</sup> Voir, notamment : Louis-Joseph De La DURANTAYE, *Traité de la faillite en la province de Québec*, Montréal, L.J. De La Durantaye, 1934, p. 1-3; Charley Del MARMOL, *La faillite en droit anglo-saxon*, Paris, L.G.D.J., 1936, p. 382; W.J. JONES, *The Foundations of English Bankruptcy : Statutes and Commissions in the Early Modern Period*, vol. 69, Philadelphie, The American Philosophical Society, 1979, p. 8 et 30.

<sup>131</sup> C. Del MARMOL, *op. cit.*, *supra* note 130, p. 80.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 14.

les législations modernes occidentales venant régir les situations d'insolvabilité du débiteur <sup>133</sup>.

A. Bohémier, résumant les principales règles en droit canadien de la faillite, a toutefois bien exprimé les caractéristiques communes, à quelques adaptations près, aux diverses procédures collectives :

L'insolvabilité provoque une désorganisation des rapports juridiques unissant le débiteur et ses créanciers. Le droit de la faillite intervient pour imposer des remèdes de nature collective et empêcher le débiteur d'agir sur son patrimoine.

[...]

Aux recours individuels des créanciers, le droit de la faillite va substituer une procédure collective en vue d'assurer un traitement équitable de l'ensemble des créanciers.

Dès qu'il y a faillite, les créanciers non garantis perdent le bénéfice de leurs recours individuels. Pour établir leurs droits, ils doivent se soumettre à la procédure de vérification des créances, en faisant parvenir au syndic leur preuve de réclamation. Cette procédure leur permet d'établir leurs droits d'une façon expéditive et à peu de frais. Les créanciers sont regroupés en une masse et doivent désormais agir collectivement (assemblées de créanciers, inspecteurs et syndic).

D'autre part, pour protéger les droits des créanciers et leur assurer un traitement équitable, le droit de la faillite empêche le débiteur d'agir sur son patrimoine. Dès qu'il y a faillite, il y a dessaisissement du débiteur dont tous les biens sont dévolus au syndic. À cet égard, la faillite apparaît donc comme une procédure d'exécution collective au profit de tous les créanciers. <sup>134</sup>

[Références omises]

Dessaisissement du patrimoine du débiteur au profit d'un officier nommé par le tribunal chargé de l'administrer au profit des créanciers, perte du bénéfice des recours individuels pour les créanciers ordinaires et, parfois même, pour les créanciers garantis, voilà les principaux effets de cette procédure collective qu'est la faillite, qui permettra,

<sup>133</sup> Voir, en droit canadien : Albert BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Thémis, 1992, p. 42; en droit américain : Grant GILMORE, *Security Interests in Personal Property*, vol. 2, Boston, Little Brown, and Company, 1965, p. 1287 : « *Equality is equity* ».

<sup>134</sup> A. BOHÉMIER, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 39 et 41.

habituellement, une liquidation ordonné des biens du débiteur et la distribution de dividendes, le cas échéant, à l'ensemble des créanciers, au *pro rata* de leurs réclamations <sup>135</sup>.

Évidemment, une telle distribution sera sujette aux autres dispositions de la loi, conférant certaines préférences à certaines catégories de créanciers. Il s'agira donc de parvenir à l'équilibre entre les divers intérêts en présence, qu'il s'agisse, par exemple, de l'État pour le recouvrement des sommes dues en vertu des lois fiscales, des employés pour les salaires impayés, ou des créanciers garantis, détenteurs de sûretés conventionnelles. Nous discuterons plus loin de ces questions et identifierons les principaux types de procédures collectives, dont la faillite, certaines visant la seule liquidation des biens du débiteur, d'autres visant d'abord à en assurer le redressement <sup>136</sup>.

Néanmoins, toute procédure collective, quelque soit son objectif principal, aboutirait souvent à une liquidation ordonnée des biens du débiteurs <sup>137</sup>. Cette idée de « liquidation ordonnée » découlerait logiquement du principe de l'égalité entre les créanciers.

### 1.3 justifications au principe de l'égalité entre les créanciers

Parmi les possibles justifications du principe de l'égalité des créanciers et de la nécessité d'instaurer une procédure collective pour en assurer l'application, citons la prévention des fraudes et des tractations malhonnêtes, ainsi que le désir d'éviter les poursuites

---

<sup>135</sup> LFI, art. 141 : « *Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toutes les réclamations établies dans la faillite sont acquittées au prorata* ».

<sup>136</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section II. A. 2.3.3, relativement à l'adaptation des règles de priorités en fonction de la finalité de la procédure collective.

<sup>137</sup> R. GOODE, *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 106, n° 23 : « *Whichever method is adopted, the ultimate (though not necessarily intended) outcome in the majority of cases is thought to be the same, namely winding up of the debtor company* ».

anarchiques<sup>138</sup>. De même, la procédure collective de liquidation a pour but d'assurer une distribution juste et équitable des biens du débiteur. C. Del Marmol, citant E. Lambert, résumait ces justifications en ces termes :

Combien choquante, au point de vue de l'équité et surtout combien contraire aux exigences primordiales de l'intérêt social devient, pendant la crise commerciale actuelle, l'application d'une conception périmée de l'absolutisme des droits individuels qui permet à un créancier grincheux, vindicatif ou même simplement inintelligent, de détruire, au détriment de la masse des créanciers raisonnables et prévoyants, la valeur actuelle de leur gage commun et son aptitude, quand la crise économique actuelle sera conjurée ou atténuée, à leur fournir à tous satisfaction totale ou au moins partielle.<sup>139</sup>

Il y aurait donc un souci de justice distributive chez un législateur qui met en œuvre un tel principe dans ses lois<sup>140</sup>. Cette volonté d'égalité fut de tous temps voisine de celle de justice et constituerait, à ce titre, un enjeu important du droit<sup>141</sup>. Certaines raisons autorisent cependant le législateur à y déroger.

<sup>138</sup> A. BOHÉMIER, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 51-56.

<sup>139</sup> C. Del MARMOL, *op. cit.*, *supra* note 130, p. 383. En droit belge, F. T'Kint suggère que la faillite est « [...] une procédure collective de liquidation [du] patrimoine [du failli], spécialement organisée par le législateur dans le but de maintenir intact le « gage commun » de ses créanciers, d'éviter les poursuites anarchiques et d'assurer l'égalité dans la distribution. C'est dans le cadre de la faillite que seront servis les titulaires de sûretés, non sans conflits parfois avec le curateur [i.e le syndic de faillite], gardien des intérêts de la « masse » des créanciers ». Voir : F. T'KINT, *loc. cit.*, *supra* note 123, n° 6 (d), p. 11. Voir aussi Michel CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers » dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, 31. Voir, en droit américain, Hideki KANDA et Saul LEVMORE, « Explaining Creditor Priorities », (1994) 80 *Va. L. Rev.* 2103, 2122 : « [...] *The pro rata rule governing unsecured creditors is best explained as creating a residual pool of claimants who can efficiently share in the cost of both employing agents and making decisions about the (insolvent) firm's future. The pro rata rule facilitates the sharing of administrative and legal expenses and also permits the creditors to be served by a common agent with limited conflicts of interest [...]* [référence omise] ».

<sup>140</sup> Voir, notamment, R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 35, p. 430.

<sup>141</sup> Yves-Marie MORISSETTE, « Quelques points de repère sur l'égalité dans une société diversifiée », (2000) 79 *R. du B. can.* 81, 86. Y.-M. Morissette mentionne, au passage, que la valeur de l'égalité fut centrale, comme on le sait, dans la Révolution Française (p. 86), tout comme elle constitue, avec celle de la liberté, l'une des deux pierres d'assises de la démocratie américaine depuis 1787 (p. 89). Il faut en effet rappeler que le droit civil de l'Ancien régime se caractérisait par les inégalités qu'il consacrait, non seulement dans le droit des personnes et de la famille, mais encore, pour partie, dans le droit des biens. Ainsi, le *Code civil des Français* de 1804 établira le principe de l'égalité des personnes, de l'égalité des héritiers et de l'égalité des terres. Voir, à ce

2. De l'exception au principe de l'égalité entre les créanciers :  
l'édification d'un régime de sûretés et l'établissement d'un ordre  
de priorités

Si l'on accepte le postulat de l'égalité des créanciers dans le recouvrement de leurs créances, l'on comprendra que tout régime de sûretés est dérogoire ou exorbitant du régime de droit commun [2.1]. Cependant, c'est à l'aune de ce principe que nous pourrons tenter de dégager les principales justifications apportées au soutien de l'édification d'un régime de sûretés et de l'établissement d'un ordre de priorités entre les créanciers [2.2]. Nous verrons que cet ordre de priorité devra, en autant que possible, être le même, que l'on soit dans un contexte de procédure collective des créanciers ou non [2.3].

2.1 un régime dérogoire ou exorbitant du droit commun

En droit civil, le principe de l'égalité entre les créanciers constitue

la pierre angulaire du droit applicable aux créanciers et aux sûretés; il fait de l'égalité la règle, de la préférence l'exception. On y recourt constamment pour justifier l'interprétation stricte et rigoureuse des conditions d'existence des sûretés. Le créancier qui veut se sortir du rang des créanciers ordinaires doit démontrer, avec la rigueur de celui qui s'appuie sur une disposition d'exception, que la loi ou une convention que la loi autorise lui donne préséance.<sup>142</sup>

[Référence omise; notre soulignement]

---

sujet, Jean-Luc AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1998, n<sup>os</sup> 228-229 et 231, p. 236-239.

<sup>142</sup> L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>o</sup> 122, p. 51. Voir également : *167599 Canada inc. c. 9007-4337 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 642 (C.S.), (j. Rolland), p. 644 : « *Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers et la préférence que confère l'hypothèque constitue une exception au principe général. En ce sens, l'hypothèque est de droit strict et le titulaire qui désire y recourir doit respecter scrupuleusement les conditions établies par la loi [...]* ». Ces propos reçurent l'approbation de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Amyot c. Banque Nationale du Canada*, [2004] R.J.Q. 2385, J.E. 2004-1773 (C.A.) (j. Morissette), n<sup>o</sup> 30. En droit français, voir : Y. PICOD, *loc. cit.*, *supra* note 8, n<sup>o</sup> 172, p. 240.

Ainsi, le régime de sûretés constitue un régime dérogatoire ou exorbitant du droit commun, en ce qu'il préfère certains créanciers à d'autres en leur conférant une priorité de rang <sup>143</sup>.

Partant, la maxime « pas de sûretés sans texte [habilitant] » devrait trouver application et être respectée par les tribunaux. Les tribunaux de nombreuses traditions, dont ceux de la France, de l'Angleterre, du Québec et des États-Unis, ont cependant trouvé des justifications permettant de laisser libre cours à certaines sûretés, dont la constitution n'aurait pas été formellement ni explicitement prévue ou autorisée par le législateur, le principal motif retenu étant habituellement de permettre l'évolution des techniques de crédit mises de l'avant par les forces du marché, voire de répondre à certains « vides législatifs » en fonction de contextes particuliers <sup>144</sup>.

Néanmoins, l'égalité absolue des créanciers ne serait pas souhaitable <sup>145</sup>. Le législateur y prévoit d'ailleurs certains tempéraments dont bénéficieront même les créanciers chirographaires. Par exemple, en droit civil, mentionnons les règles de la

---

<sup>143</sup> Voir les art. 2647, 1801 C.c.Q., 134 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57 [la « **LARCC** »] et 2664 C.c.Q., lequel prévoit que « [l] 'hypothèque n'a lieu que dans les conditions et suivant les formes autorisées par la loi ».

<sup>144</sup> Voir notre discussion, *infra*, au sujet du financement postérieur à l'ouverture d'une procédure collective, Partie I, sous-section II. A. 2.3.4.

<sup>145</sup> A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, *supra* note 133, p. 55 : « Nous serions défavorables à l'adoption d'une règle d'égalité absolue des créanciers. Pour des raisons d'équité et d'efficacité, il nous paraît normal d'assurer le paiement de certains créanciers de préférence à d'autres : sur le plan moral, toutes les dettes n'ont pas une valeur égale, et certains créanciers ont droit à une protection plus grande que les autres. La difficulté est plutôt de savoir suivant quelle échelle de valeurs les préférences seront établies et de choisir à l'intérieur des valeurs retenues, quelles considérations permettront de faire primer un ordre de valeur sur un autre » [notre soulignement].

compensation <sup>146</sup>, celles de la subrogation partielle, ainsi que les droits du premier saisissant par rapport à ceux des autres créanciers <sup>147</sup>.

Enfin, ce sont les sûretés dites « réelles » <sup>148</sup>, qu'elles soient légales, judiciaires ou conventionnelles, qui constitueront les exceptions les plus notables au principe de l'égalité entre les créanciers. Leurs justifications sont nombreuses, surtout en ce qui a trait aux sûretés conventionnelles.

## 2.2 les justifications apportées au soutien de l'édification d'un régime de sûretés et de l'établissement d'un ordre de priorités

De nombreuses justifications peuvent être apportées au soutien de la création de sûretés légales. Ce sont habituellement des motifs d'ordre sociétal et politique qui entreront en jeu, afin d'accorder une protection à des groupes ou intérêts particuliers. En effet, une

---

<sup>146</sup> La compensation est un mode d'extinction des obligations selon la théorie générale des obligations. Ce mode peut cependant présenter un effet de sûreté et procurer un avantage à un créancier s'en prévalant. C'est pour cela que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, supra, note 71, tout en reconnaissant le mécanisme, ne l'assujetti pas moins à une procédure de révision dans la mesure où il aurait pour effet de conférer une préférence frauduleuse. Voir : LFI, art. 97 (3). Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a jugé, sur division, que la compensation équivalait à une « garantie » au sens du paragraphe 224 (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 [la « **LIR** » ou « *Loi de l'impôt sur le revenu* »], dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29. Ce faisant, la compensation ne peut être opposée à la Couronne fédérale dont la fiducie présumée, pour le recouvrement de dettes fiscales, lui est prioritaire. Avec déférence, cette décision nous apparaît erronée.

<sup>147</sup> L. PAYETTE, *op. cit.*, supra note 123, n<sup>os</sup> 130-153, p. 50-59, qui mentionne également les exceptions de la dette subordonnée et des sûretés négatives.

<sup>148</sup> À ce stade-ci de la discussion, nous utilisons l'expression « sûreté réelle » dans un sens plus large que celui qui lui est habituellement conféré en droit civil, car une telle expression serait techniquement impropre pour parler d'une réalité similaire en *common law*, la notion de droit réel n'existant pas dans cette tradition. En faisant abstraction de cette nomenclature des droits patrimoniaux proprement civiliste, les deux traditions distinguent également les sûretés qui confèrent au créancier un droit dans la chose, i.e. les sûretés dites « réelles », des sûretés personnelles qui n'établissent qu'un lien obligationnel entre le créancier et le débiteur.

sûreté « [...] *est légale lorsque la loi attache à un état de fait [sa] création [...]* »<sup>149</sup>. Ces questions dépassent le cadre de la présente étude, qui s'intéresse plus particulièrement à l'intérêt que présentent les sûretés conventionnelles. Nous verrons cependant les incidences que les sûretés légales présenteront sur l'effectivité des sûretés conventionnelles<sup>150</sup>.

Le fait de permettre la constitution de sûretés réelles conventionnelles obéit également à des motifs d'ordre sociétal et politique. En effet, une sûreté réelle conventionnelle, dont le législateur autorise par ailleurs la constitution, naît de la volonté des parties et confère au créancier un droit dans le bien grevé afin d'assurer l'exécution de tout type d'obligation licite. Ce droit dans le bien grevé, publicisé, sera normalement assorti d'une priorité en faveur du créancier, qui lui permettra idéalement de le liquider rapidement, en cas de défaut du débiteur et d'éteindre ainsi la dette avec le produit de cette liquidation.

Ce faisant, la protection du crédit est, sans conteste, l'un des fondements de tout régime de sûretés réelles conventionnelles. Faire crédit à quelqu'un, c'est le croire et lui faire confiance<sup>151</sup>. Mais « [l]e droit des sûretés est le droit de la méfiance, où plutôt celui de la prudence »<sup>152</sup>. Ainsi, les sûretés seraient les « *filles du crédit* », en ce que leur

---

<sup>149</sup> Voir : Antoine EIGENMANN, *L'effectivité des sûretés mobilières : étude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 2001, n° 7, p. 3.

<sup>150</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section III. A. 1.1.

<sup>151</sup> Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, t. 9, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1995, n° 1, p. 11 (note 2) : « *Le verbe latin credere : avoir confiance, se fier* ».

<sup>152</sup> Stéphane PIEDELIÈVRE, *Les sûretés*, Paris, Armand Collin, 1996, p. 3. Voir aussi, en droit américain, R.J. MANN, *loc. cit.*, *supra* note 31, p. 668 : « *Whether the borrower is large or small, doubts about the firm's financial structure tend to be associated with secured debt* ».



utilisation accrue par les créanciers en favoriserait l'expansion <sup>153</sup>. On vise donc, par la création d'un régime de sûretés réelles conventionnelles, à permettre aux créanciers d'échapper à la loi du concours et à leur donner une meilleure chance de paiement sur les biens du débiteur, surtout lorsque le débiteur se trouve en situation d'insolvabilité <sup>154</sup>, parce que « [p]référer tout le monde, c'est n'aimer personne » <sup>155</sup>. Tout régime de sûretés représente donc une rupture de l'égalité des créanciers <sup>156</sup>.

Ainsi, la justification ou, autrement dit, la légitimité d'un tel régime de sûretés, pour parler civiliste, reposerait sur des motifs d'ordre économiques <sup>157</sup>. Comme nous l'avons déjà dit, on considère généralement qu'un régime approprié de sûretés conventionnelles est la clef d'un accès au crédit à des coûts moindres et que cela est, partant, nécessaire au bon fonctionnement des économies de marché, *a fortiori* dans un contexte de

---

<sup>153</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 5.

<sup>154</sup> Cela est d'autant plus vrai qu'une étude américaine arrive à la conclusion que les créanciers chirographaires ne recevraient que peu ou prou de dividendes en remboursement de leurs créances dans le cadre d'une procédure collective. Voir Lynn M. LOPUCKI, « The Death of Liability? A System/Strategic Analysis », (1996) 106 *Yale L. J.* 1. Pour des statistiques comparables, en droit canadien, voir notamment Jacob S. ZIEGEL, « The Modernization of Canada's Bankruptcy Law in a Comparative Context », 4 *C.B.R.* (4th) 151, p. 167, note 82. Les sûretés réelles ne seraient toutefois pas à l'abri de certaines déconvenues lorsque survient la faillite du débiteur. Voir, en droit français, P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, *supra* note 151, p. 13 et 18. Ces auteurs déplorent le fait que « [...] [l]es sûretés réelles ne [soient] plus très sûres lorsque survient [...] la faillite. Les titulaires de sûretés réelles se voient alors imposer une procédure de vérification qui retarde leurs poursuites, des délais et des remises, et surtout sont souvent primés par des créanciers qui absorbent tout l'actif du débiteur (salariés et Trésor public) ». Une telle situation semble pratiquement généralisée dans bons nombres de pays occidentaux. Voir notamment, en droit canadien, Philippe H. BÉLANGER, « Droits, priorités et super priorités des ministères du Revenu », (2001) 35 *R.J.T.* 83.

<sup>155</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, *supra* note 151, p. 19.

<sup>156</sup> Pour François T'Kint, « [l]e terme « sûreté » évoque l'idée de garantie, de protection. Il est originaire du latin *securitas*, qui peut se traduire aussi bien par « sécurité ». Le Littré, qui en commente l'étymologie, donne la signification : « assurance, certitude », le Robert : « absence de crainte ». F. T'KINT, *loc. cit.*, *supra* note 123, n° 1, p. 5.

<sup>157</sup> Cette constatation n'est pas nouvelle. Voir : Laurent BAUDOUIN, « Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec », dans *Les systèmes de droit contemporains*, t. 21, Paris, Dalloz, 1967, p. 615-616.

mondialisation, alors que les commerçants de toutes nationalités se retrouvent désormais en compétition directe <sup>158</sup>. En plus de cet objectif d'utilité sociale que nous venons d'énoncer, on en poursuivrait d'autres ayant trait à l'efficacité économique, à la liberté contractuelle, et à l'efficacité interne (ou fonctionnelle) propre à tout régime de sûretés, visant à réduire les coûts liés à la création, à la surveillance et à la réalisation des sûretés <sup>159</sup>.

En fait, on pourrait voir, dans le rôle joué par les créanciers détenteurs de sûretés, auprès de leurs débiteurs, une piste de justification plausible à cette rupture de l'égalité et dont, au demeurant, tous les créanciers bénéficieraient, indistinctement de leur statut de créancier garanti ou non-garanti <sup>160</sup>. Les principaux créanciers garantis d'un emprunteur jouiraient en effet de prérogatives, en raison de leurs sûretés, leur permettant d'influencer positivement le comportement de l'emprunteur, en l'empêchant, notamment, de s'engager dans la poursuite d'activités commerciales présentant un risque trop élevé, qui viendrait diminuer sa stabilité financière, en prévenant la conversion des biens de l'entreprise formant l'assiette de la sûreté en des biens d'utilité privée, en limitant la possibilité de l'emprunteur de contracter de nouvelles dettes, et en augmentant, par conséquent, les incitatifs qui encourageront le débiteur à rembourser sa dette initiale <sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> R.J. MANN, *loc. cit.*, *supra* note 31, p. 638 et 676.

<sup>159</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 35, p. 434-435.

<sup>160</sup> Voir, notamment, A. BOHÉMIER, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 55-56.

<sup>161</sup> Voir, notamment, R.E. SCOTT, *loc. cit.*, *supra* note 31, p. 1791-1803. R.E. Scott précise sa pensée comme suit, à la p. 1793 : « *Those creditors best able to monitor the debtor will be compensated for doing so with priority claims to the debtor's assets. This argument turns on the assumption that the debtor, who wishes to minimize the total credit bill, will issue debt contracts that give priority position to those creditors best able to control future misbehaviour* ». Cet auteur avance même un certain nombre d'arguments au soutien d'une relation quasi-exclusive entre un emprunteur et un créancier principal. Voir également R.J. MANN, *loc. cit.*, *supra* note 31, p. 638-

Le *Guide législatif sur l'insolvabilité* affirme que reconnaître à certains créanciers une préférence en rupture avec le principe de l'égalité des créanciers n'est pas incompatible avec l'objectif de leur assurer à tous un traitement « équitable ». En effet, ledit guide précise :

[...] Dans la mesure où différents créanciers ont conclu différents arrangements commerciaux avec le débiteur, leur classement peut se justifier par le fait qu'il est souhaitable que le système d'insolvabilité reconnaisse et respecte ces différents arrangements, préserve les attentes commerciales légitimes, favorise la prévisibilité dans les relations commerciales et encourage l'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans la même situation. L'établissement d'un système de classement clair et prévisible aux fins de la répartition peut permettre aux créanciers de déterminer avec certitude leurs droits au moment de conclure des arrangements commerciaux avec le débiteur et, le cas échéant, faciliter l'octroi de crédits garantis.<sup>162</sup>

[Notre soulignement]

De l'idée plus restreinte d'égalité entre les créanciers, on passe à l'idée plus large **d'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans la même situation**<sup>163</sup>. Cette

---

668. R.J. Mann se montre beaucoup plus critique que R.E. Scott à l'égard de ces justifications. Entre autres, il décrie les présumés bénéfices d'une relation quasi-exclusive entre le débiteur et un créancier en particulier. Conférer de tels pouvoirs à un créancier reviendrait sans doute à annihiler toute possibilité de croissance en raison d'une trop forte crainte de l'adoption d'un comportement risqué chez le débiteur, comportement qui peut parfois être bénéfique pour une entreprise et favoriser une meilleure croissance. R.J. Mann voit donc une divergence d'intérêts économiques entre le créancier et le débiteur dans ces cas. Au demeurant, il semblerait que le crédit garanti serait moins populaire, et de loin, dans le cas de grandes entreprises publiques, pratique que les agences de cotation de crédit tendraient à décourager. Tout dépendra, à ce chapitre, de la durée de la relation de crédit que les parties souhaitent établir. Enfin, ce ne serait pas tant les sûretés elles-mêmes que les conventions restrictives qui y figurent qui seraient la source de ce pouvoir conféré aux créanciers sur le comportement des débiteurs, ce que l'on appelle, en droit civil, les « sûretés négatives », qui seraient, d'après R.J. Mann, pratiquement inévitables. Dans un autre ordre d'idées, on a soutenu que la facilité avec laquelle un créancier peut obtenir une sûreté grevant l'universalité des biens présents et à venir d'un débiteur, inciterait ce créancier à exercer un contrôle moins efficace du comportement du débiteur, en ce que ce contrôle serait plus spécifique à ses propres intérêts et ne tiendrait pas compte de ceux, plus généraux, de la masse des créanciers. Voir, à ce sujet, M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 626.

<sup>162</sup> *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 291, n° 52.

<sup>163</sup> Notion qui, comme on le verra, prendra un sens encore plus significatif dans un contexte de procédures collectives internationales. Voir : Dobah CARRÉ, *La faillite internationale : comparaison des systèmes canadien et européen*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2009, p. 49 : « [...] la loi de la faillite intervient à la fois comme loi de procédure et loi de fonds, en ce sens que la faillite est une voie d'exécution sur les biens du débiteur et que la faillite est une institution qui poursuit le double objectif d'assurer une égalité de traitement de tous les créanciers, locaux ou étrangers, et de faciliter le relèvement du débiteur » [non-italiques dans le texte, référence omise].

notion d'égalité de traitement vise l'atteinte de l'équité, favorise le commerce, la prévisibilité des rapports contractuels et l'accès au crédit garanti. Partant de ces constatations, il est possible d'envisager cette rupture de l'égalité sous l'angle de la fraternité <sup>164</sup>. Cette composante essentielle de la célèbre maxime de la Révolution Française de 1789, « Liberté, Égalité, Fraternité », aurait été occultée de nos démocraties nord-américaines <sup>165</sup>. C.D. Gonthier pose un regard neuf à ce sujet, s'exprimant comme suit :

In my view, fraternity is simply the forgotten element of democracy which, although rarely identified, is nevertheless present throughout our legal system. It is the glue that binds liberty and equality to a civil society. It is intuitive. It is the forging element of a community. It advances goals of fairness and equity, trust and security, and brings an element of compassion and dedication to the goals of liberty and equality. It bonds individuals who share similar values and goals not only to their current neighbours, but also provides a sense of continuity with the past and the future. <sup>166</sup>

En résumé, les avantages que procure l'octroi de sûretés conventionnelles en faveur de créanciers seraient donc justifiés en ce que leur rôle serait bénéfique à l'ensemble de la société <sup>167</sup>. Ayant examiné les motifs généralement invoqués au soutien de cette rupture de l'égalité, nous verrons maintenant en quoi l'arrimage des régimes de sûretés et des régimes de procédures collectives des créanciers, dans un contexte d'insolvabilité, est souhaitable.

---

<sup>164</sup> Charles D. GONTHIER, « Liberty, Equality, Fraternity : The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity : The Unspoken Third Pillar of Democracy », (2000) 45 *R.D. McGill* 567, 589 : « [...] I invite you to look at and examine law and laws through the lens of fraternity. You may find it to be a catalyst and source of inspiration for making our society more human ».

<sup>165</sup> Voir, entre autres, l'essai de Fernand MORIN, *Les présupposés de la règle de droit. Essai sur le non-dit du droit*, Montréal, Liber, 2006. L'auteur réfère tout au long de son texte aux fondements essentiels à la survie d'une société démocratique que sont l'égalité et la liberté. Jamais ne réfère-t-il à l'idée de fraternité.

<sup>166</sup> C. D. GONTHIER, *loc. cit.*, *supra* note 164, p. 569.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 578, par analogie avec la justification donnée aux avantages dont profitent certaines personnes en matière de droit fiscal, en raison de leur rôle bénéfique à l'ensemble de la société.

### 2.3 du nécessaire arrimage des régimes de sûretés et des régimes de procédures collectives des créanciers

La mise en place d'un régime de sûretés signifie l'édification d'un ordre de priorités entre les créanciers. Cet ordre de priorités pourra varier, selon que le débiteur soit assujéti à l'exercice d'une procédure collective des créanciers ou non. La présente discussion n'est pas une qui porte sur les règles précises régissant l'ordonnancement des créanciers dans ces contextes. À cet égard, un exposé comparatif des principales règles en la matière, limité à certains textes, se trouve au chapitre III de cette première partie de notre analyse <sup>168</sup>. Au présent stade, il s'agit plutôt d'une discussion de principes généraux visant à démontrer, d'une part, les liens inextricables qui existent entre les régimes de sûretés et les régimes de procédures collectives et, d'autre part, la nécessité de l'arrimage des règles entre ces deux régimes.

Ainsi, toute sûreté procure des avantages indéniables à son titulaire dans un contexte normal, c'est-à-dire lorsque le débiteur est solvable. Cependant, l'utilité et l'effectivité d'une sûreté, en particulier d'une sûreté conventionnelle, seront mises à l'épreuve lorsque le débiteur est insolvable, principalement lors de l'ouverture d'une procédure collective des créanciers [2.3.1]. Il s'agira, en ces cas, de procéder à la conciliation d'intérêts divers, parfois divergents, qui opposera ceux des créanciers titulaires de sûretés conventionnelles, à ceux d'une foule d'autres créanciers, dont notamment les créanciers chirographaires, les créanciers titulaires de sûretés légales ou de préférences, dont l'État pour les dettes fiscales, les employés pour les salaires impayés, et les créanciers titulaires de sûretés « judiciaires » [2.3.2]. On a suggéré que la conciliation de ces intérêts pourra

---

<sup>168</sup> Voir, ci-dessous, Partie I, sous-section III. B.1.

varier et, surtout, que l'exécution des sûretés conventionnelles pourra être suspendue, selon qu'il s'agisse d'une procédure collective visant la liquidation des biens du débiteur ou le redressement et la restructuration financière de ce même débiteur [2.3.3]. Exercice difficile, s'il en est, qui doit rechercher l'atteinte de l'équilibre entre ces divers intérêts, dont, au premier chef, la préservation de la valeur des sûretés conventionnelles [2.3.4]. Nous terminerons cette discussion en résumant, d'une part, les principes directeurs de l'harmonisation des régimes de sûretés et d'insolvabilité en droit interne [2.3.5], et d'autre part, ceux relatifs à l'harmonisation internationale de l'insolvabilité et au traitement équitable des créanciers dans le contexte des procédures collectives internationales [2.3.6].

### 2.3.1 utilité, effectivité de la sûreté conventionnelle et insolvabilité du débiteur

Il importe de poser la distinction entre l'utilité d'une sûreté conventionnelle dans un contexte d'insolvabilité [a] et son effectivité [b].

#### a) utilité de la sûreté conventionnelle

La sûreté conventionnelle sera utile tant au créancier qu'au débiteur. Elle sera utile au débiteur, car elle lui permettra d'obtenir crédit plus facilement et à faible coût. Elle sera utile au créancier car, comme nous l'avons vu précédemment, il pourra idéalement, en cas de défaut du débiteur et par préférence aux autres créanciers, disposer rapidement du bien grevé et appliquer le produit de disposition en remboursement ou en réduction de la dette. Dans la mesure où le créancier a l'assurance que la sûreté dont il est titulaire produira ses effets lorsque le moment sera venu d'y recourir, il pourra fixer les paramètres du crédit et l'offrir au débiteur à un coût moindre. La sûreté conventionnelle,

œuvre de prévision résultant de la volonté ou de l'autonomie des parties, serait donc une bonne affaire pour tout le monde, en autant qu'elle soit effective.

b) effectivité de la sûreté conventionnelle

L'effectivité se définit comme étant « [...] *la qualité d'un droit propre à produire les effets juridiques escomptés. L'effet est rapporté à la finalité; l'effectivité évalue l'institution par rapport à ses buts* »<sup>169</sup>.

Ainsi, tout régime de sûretés conventionnelles sera effectif dans la mesure où ses effets sont prévisibles. Par l'établissement de règles claires et simples relativement à la constitution, à la publicité, à l'ordre de priorité et aux mesures d'exécution, la finalité d'un tel régime consiste à conférer un droit de préférence aux créanciers qui en bénéficient sur le produit de liquidation du bien grevé<sup>170</sup>.

Partant, une sûreté conventionnelle sera effective en autant que tout régime de procédures collectives lui reconnaisse sa validité et lui confère son rang, en utilisant les critères établis par le régime de sûretés dont elle origine et que les droits d'exécution du titulaire ne soient pas suspendus. Autrement, le régime de sûretés ne sera pas pleinement effectif et le coût du crédit risque d'en être affecté. Cela s'explique par le fait que toute sûreté conventionnelle présentera une véritable utilité lorsque le débiteur est insolvable. Si les critères de validité et l'ordre de priorité sont considérablement modifiés dans le contexte de la procédure collective et que les recours des créanciers garantis sont suspendus ou considérablement limités, ou encore que la valeur économique de la sûreté n'est pas

---

<sup>169</sup> A. EIGENMANN, *op. cit.*, *supra* note 149, n° 171, p. 53, [références omises].

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 53-56.

préservée, le régime de sûretés conventionnelles aura une valeur ou une utilité amoindries et les coûts du crédit augmenteront en conséquence <sup>171</sup>.

C'est pourquoi toute dérogation aux règles établies par le régime de sûretés, dans le contexte d'une procédure collective des créanciers, devra être clairement circonscrite, pour que le créancier garanti puisse en évaluer les effets à l'avance. Une conciliation d'intérêts divers, parfois divergents, devra s'opérer.

### 2.3.2 conciliation d'intérêts divers, parfois divergents

Arrimer les régimes de sûretés aux régimes de procédures collectives soulève plusieurs niveaux de difficultés. Nous en identifions deux principaux. D'une part, notons l'existence fréquente d'une division des compétences législatives entre divers paliers de gouvernements dans le cas des États fédérés [a]. D'autre part, il y a l'arbitrage qui doit s'opérer entre les diverses catégories de créanciers [b] <sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> Voir, notamment, Philip R. WOOD, *Comparative Law of Security and Guarantees*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 3 : « *Secured creditors are super-priority creditors on insolvency. Security must stand up on insolvency which is when it is needed the most. Security which is valid between the parties but not as against the creditors of the debtor is futile. Bankruptcy laws which freeze or delay or weaken or de-prioritise security on insolvency destroy what the law created. Hence the end is more important than the beginning* ». Voir également, en ce sens, A. BOHÉMIER, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 19. Voir, enfin, le *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, Chapitre V, « Priorité d'une sûreté réelle mobilière », p. 5-6, n<sup>os</sup> 15-18.

<sup>172</sup> Hormis les règles des procédures collectives qui présenteront une incidence certaine sur le droit des sûretés, on note que ce droit est au carrefour du droit des obligations, du droit des biens, du droit de la procédure civile et du régime d'exécution des jugements. À l'instar de la réflexion entreprise par la CNUDCI, dans le cadre de ses guides législatifs en matière de sûretés et d'insolvabilité, nous limiterons nos discussions à ces deux domaines et ne mentionnerons qu'occasionnellement les autres domaines du droit dont nous venons de faire état, dont l'importance est certes non négligeable, mais qui rendrait notre discussion impossible si nous devions tout couvrir, le domaine de l'insolvabilité étant celui qui a, au demeurant, la plus grande incidence sur un régime de sûretés.



a) partage de compétences législatives  
entre deux paliers de gouvernements

Dans nombre d'États qui sont constitués en fédérations, s'opère un partage des compétences législatives entre deux paliers de gouvernements. Ainsi, au Canada et aux États-Unis, la compétence législative en matière de faillite et d'insolvabilité est dévolue au législateur fédéral, alors que la compétence législative relative à l'établissement d'un régime de sûretés l'est au législateur provincial ou étatique<sup>173</sup>. Dans plusieurs pays d'Amérique latine, qui sont également des fédérations, s'opère parfois également un partage des compétences entre deux paliers de gouvernement. Cependant, ce partage des compétences confère plutôt la compétence législative en matière de droit commercial au législateur fédéral, alors que la compétence législative en matière de droit de la consommation échoit au législateur étatique ou provincial<sup>174</sup>. Ajoutons, enfin, que l'Union Européenne influence l'harmonisation des droits internes de ses pays membres en droit des sûretés et en matière de procédures collectives, par l'adoption de directives ou de règlements<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> En droit canadien, voir notre discussion, *supra* note 123; en droit américain, voir Steven L. HARRIS et Charles W. MOONEY, Jr., « Revised Article 9 Meets the Bankruptcy Code : Policy and Impact » (2001) 9 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 85.

<sup>174</sup> B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10, p. 48-49.

<sup>175</sup> Voir la Directive relative aux sûretés sur les valeurs mobilières, *supra* note 97 ; En droit des procédures collectives, voir : D. CARRÉ, *op. cit.*, *supra* note 163, p. 20-22, 54-58. De manière générale, sur l'harmonisation du droit privé européen et l'influence du droit communautaire, voir : Jacques MESTRE, « L'idée d'un droit privé européen : regards français », dans *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques : Les Journées Maximilien-Caron 2008*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 115 ; Marcel FONTAINE, « Un regard « pan-européen » », dans *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques : Les Journées Maximilien-Caron 2008*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, p. 153. Le droit communautaire européen s'avère beaucoup plus coordonné et unificateur que ne l'est le droit fédéral canadien. Malgré une certaine unification du droit qui existe au niveau du législateur fédéral dans ses champs de compétences législative, puis entre les provinces de *common law*, le principe de la diversité des droits (fédéral, provinciaux, civiliste et de *common law*, public et privé), demeure l'une des caractéristique fondamentale du droit canadien. À l'inverse, le droit communautaire européen, tout en respectant la diversité d'expression des droits nationaux, impose

En droit canadien et en droit américain, on observe une certaine déférence du législateur fédéral à l'endroit des régimes de sûretés créés par les provinces ou États dans l'édition des lois régissant les procédures collectives. Cependant, cette cohabitation ne se fait pas toujours sans heurts, tant au niveau des principes qu'au niveau de la rédaction d'un texte législatif<sup>176</sup>. À titre d'exemple, en droit canadien, le législateur fédéral doit composer avec des régimes provinciaux qui sont issus de deux systèmes juridiques différents, à savoir la *common law* pour les provinces canadiennes-anglaises et le droit civil pour le Québec<sup>177</sup>. A. Bohémier a cependant bien traduit cette réalité en exprimant le postulat suivant :

[...] La solvabilité étant la situation normale et l'insolvabilité, l'exception, les règles civiles doivent, dans la mesure du possible, être respectées par le droit de la faillite. On ne construit pas un édifice en fonction de la sortie de secours. On ajuste plutôt celle-ci en fonction de la construction principale. En ce sens, l'efficacité et le bon sens exigent que le corps principal – le droit civil [des sûretés] – conserve toujours une certaine primauté.<sup>178</sup>

---

l'atteinte de résultats comparables et homogènes d'un État à l'autre par la voie de directives. Pour une comparaison entre les modes d'harmonisation des droits canadien et européen, voir : Gérald GOLDSTEIN, « L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits », (1998) 32 *R.J.T.* 235. Malgré cela, la situation vers l'harmonisation et l'intégration juridique toujours plus marquée continue de s'accroître au fil des ans, d'un Océan à l'autre, en terre canadienne.

<sup>176</sup> En droit canadien, voir notamment : A.J. ROMAN et M.J. SWEATMAN, « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over », (1992) 71 *R. du B. can.* 77; Jacob S. ZIEGEL, « Personal Property Security and Bankruptcy : There is No War ! », (1993) 72 *R. du B. can.* 44. Pour une perspective québécoise, voir : Roger P. SIMARD et Antoine LEDUC, « Affaire *Château d'Amos* : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral ? », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit administratif (2000)*, vol. 131, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2000, 85. En droit américain, voir notamment : G. Ray WARNER, « The Anti-Bankruptcy Act : Revised Article 9 and Bankruptcy », (2001) 9 *ABI Law Review* 3.

<sup>177</sup> Voir, notamment, Alain VAUCLAIR et Lyne TASSÉ, « Droit civil et common law en équilibre sur la balance de Thémis : l'exemple de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », (2003) 37 *R.J.T.* 5.

<sup>178</sup> Voir : A. BOHÉMIER, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 19. Voir aussi en ce sens, en droit américain : G.R. WARNER, *loc. cit.*, *supra* note 1176, p. 4. Voir enfin, le *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 75-76, n° 81 : « Dans un contexte strictement interne, la loi sur l'insolvabilité ne « crée » pas de droits (personnels ou réels) ni de créances, mais devrait respecter les droits et créances qui ont été acquis contre le débiteur en vertu d'autres dispositions juridiques

[Notre soulignement]

Il faut noter qu'en affirmant ce principe, A. Bohémier le fait dans le cadre d'une discussion sur le partage des compétences législatives entre le législateur fédéral canadien, qui a compétence exclusive en matière de « banqueroute et d'insolvabilité », et les législateurs des provinces qui, eux, ont compétence exclusive en matière de « propriété et de droits civils ». Force est de constater que l'opinion du professeur Bohémier fut progressivement ignorée par les tribunaux canadiens, au premier chef la Cour suprême du Canada, qui développèrent une théorie dite de la primauté du droit fédéral en matière d'insolvabilité (i.e. *doctrine of paramountcy*), imaginée pour éviter la « balkanisation » du droit des procédures collectives au niveau fédéral, le tout au détriment de l'originalité et de la cohérence propres à chaque régime provincial, en particulier du droit civil québécois, mais favorisant graduellement une harmonisation, pour ne pas dire une intégration toujours plus grandes des règles à ce niveau de réglementation fédérale. En ce sens, l'exercice de pouvoirs législatifs en matière d'insolvabilité par une autorité fédérale représente un autre outil d'harmonisation du droit des sûretés, voire d'uniformisation du droit<sup>179</sup>, auquel s'ajoute bien sûr l'effet de procédures transfrontalières d'insolvabilité. Nous reviendrons à ces sujets plus loin<sup>180</sup>.

---

*applicables, à savoir celles du droit civil, commercial ou public. Elle s'emploie à déterminer le rang relatif de chacun de ces droits et créances lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte et, s'il y a lieu, à établir les restrictions et modifications auxquelles ils seront soumis pour que soient atteints les objectifs collectifs de cette procédure* ». **Contra** : Jacob ZIEGEL, « Bill C-55 and Canada's Insolvency Law Reform Process », (2006) 43 *Can. Bus. L.J.* 76, 96.

<sup>179</sup> Voir notre discussion à ce sujet dans R.P. SIMARD et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 176.

<sup>180</sup> Voir nos discussions, ci-dessous, Partie I, sous-section II. A. 2.3.4 (relative à la préservation de la valeur économique des sûretés conventionnelles dans un contexte de redressement), et Partie I, sous-section sous-section II. A. 2.3.6 (relative à l'harmonisation internationale de l'insolvabilité et au traitement équitable des créanciers).

L'existence d'un partage de compétences législatives constitue donc une difficulté additionnelle à l'arrimage des règles entre les régimes de sûretés et ceux de procédures collectives, mais cela ne veut pas dire que la situation soit nécessairement plus facile, en pratique, dans un État unitaire. Les aléas de la politique, le processus législatif et l'interprétation judiciaire peuvent tous avoir une incidence et, jusqu'à un certain point, miner la cohérence d'un régime de sûretés et de procédures collectives que l'on souhaiterait harmonisé. En France, le Doyen Picod déplore l'absence d'arrimage entre les réformes récentes en droit des sûretés et en droit des procédures collectives, en affirmant :

Il n'en demeure pas moins que la confrontation des règles régissant le droit des sûretés et celles relatives aux procédures collectives aboutit à des solutions parfois incertaines. Les premières privilégient en effet le sort de l'entreprise, en particulier celui des salariés, sur le sort des créanciers, dont l'attente légitime repose sur la sûreté.

[...]

Les procédures d'insolvabilité affectent aussi nécessairement le droit des sûretés réelles : soit elles modifient le rang des garanties et privilèges, soit elles instituent à l'intérieur même de ces procédures de nouvelles priorités en créant des privilèges, tels que celui de conciliation.

[...]

Compte tenu du développement du rôle du crédit dans notre société, le droit des sûretés subit de profondes mutations : autrefois relativement statique, son bouillonnement est aujourd'hui son caractère majeur. À la recherche de son équilibre, son évolution est marquée, d'un côté, par l'influence prégnante des organismes de crédit, en quête permanente de la garantie idéale – la plus efficace – et, de l'autre, par l'intervention des pouvoirs publics (à travers le législateur et le juge), protecteurs des faibles et soucieux du sort des entreprises. Aujourd'hui tiraillé par les influences souvent contradictoires du droit de la consommation, du droit bancaire et du droit des procédures collectives, il déborde en permanence ses cadres traditionnels, laissant chaque fois un peu plus de cohérence dans son éparpillement, renonçant en quelque sorte à son unité.<sup>181</sup>

---

<sup>181</sup> Y. PICOD, *op. cit.*, *supra* note 8, n<sup>os</sup> 1 et 10, p. 1, 12 et 13.

Ce qui nous amène à traiter du complexe arbitrage des intérêts de diverses catégories de créanciers.

b) arbitrage des intérêts de diverses catégories de créanciers

Édicter une procédure collective, c'est procéder à l'arbitrage des intérêts de diverses catégories de créanciers. Cet arbitrage opposera les intérêts des titulaires de sûretés conventionnelles, notamment à ceux des créanciers titulaires de sûretés légales ou de préférences, dont l'État pour les dettes fiscales, les employés pour les salaires impayés, ainsi parfois ceux des créanciers titulaires de sûretés « judiciaires » (parce que décrétées par le tribunal <sup>182</sup>) et, enfin, à ceux des créanciers chirographaires <sup>183</sup>.

Afin de préserver l'autonomie de la volonté des parties, on a suggéré que les sûretés conventionnelles devraient subir le moins d'entorses possibles dans un contexte de procédure collective <sup>184</sup>. C'est pourquoi toute préférence qui aurait pour effet de supplanter les sûretés conventionnelles devrait être clairement circonscrite. Par exemple, le caractère occulte de ce genre de préférence devrait être évité. Les préférences légales

---

<sup>182</sup> Nous utilisons l'expression « sûreté judiciaire » pour désigner toute sûreté décrétée par un tribunal, faute de mieux. Cette expression ne réfère pas à la traditionnelle hypothèque judiciaire, qui est celle servant à garantir les créances qui résultent d'un jugement et qui naît par l'effet d'une disposition de la loi. C.c.Q., art. 2724 (4).

<sup>183</sup> Le *Guide législatif sur les opérations garanties*, supra note 45, « Chapitre V. Priorité d'une sûreté réelle mobilière », p. 49, n° 83, préconise : « La loi devrait limiter tant le type que le montant des créances privilégiées naissant par l'effet de la loi qui ont priorité sur les sûretés réelles mobilières et, si de telles créances existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et précise ».

<sup>184</sup> Roy GOODE, *et al.*, loc. cit., supra note 106, n° 27 : « The justification for such priority is to be found in the concepts of bargain, value and notice ».

ou judiciaires devraient donc faire l'objet d'une publicité obligatoire. De même, leur nombre, ainsi que leurs sources, devraient être limités <sup>185</sup>.

Il ne semble pas réaliste ou envisageable d'éliminer complètement les préférences légales. En outre, en certains pays, une protection constitutionnelle est conférée aux droits de certains groupes de personnes, dont les privilèges des salariés <sup>186</sup>. De plus, le bien commun exige parfois que ces intérêts soient préservés. Ces intérêts seraient, en cela, dits « supérieurs » à tous les autres. Dans cette veine, le principe de la souveraineté des États, garant de la sauvegarde de ces intérêts, est un obstacle majeur à la conclusion d'instruments internationaux de l'harmonisation du droit en matière de sûretés et de faillite, qui viendraient établir des règles uniformes en ce domaine. Cependant, on note une évolution dans les discussions qui ont cours à cet égard <sup>187</sup>.

Enfin, les créanciers chirographaires seraient ceux qui écoperaient le plus dans le contexte des procédures collectives <sup>188</sup>. En effet, la procédure de faillite servirait, le plus souvent, de véhicule à la liquidation des biens du débiteur, profitant principalement aux créanciers garantis et aux créanciers privilégiés, les créanciers chirographaires ne recueillant que les miettes, comme le suggère A. Bohémier <sup>189</sup>. Ce résultat est plutôt

---

<sup>185</sup> Voir notre exposé au sujet de la distinction fondamentale entre les sûretés légales et conventionnelles, *infra*, Partie I, sous-section III. A. 1.1.

<sup>186</sup> Voir: Boris KOZOLCHYK, *et al.*, « Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions : Conference Transcript : Day Two : X. Priority Rules », (2001) 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law* 449, 456, où il est fait référence au cas spécifique du Pérou.

<sup>187</sup> Voir: Hannah L. BUXBAUM, « Unification of the Law Governing Secured Transactions : Progress and Prospects for Reform », (2003) *Rev. dr. unif.* 321, 325-326; H.S. BURMAN, *loc. cit.*, *supra* note 38; Ulrich DROBNIG, « Brief Considerations on Co-ordinating Developments in the field of Secured Transactions Law », (2003) *Rev. dr. unif.* 353.

<sup>188</sup> Voir, notamment: J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, *supra* note 154, p. 167, note 82.

<sup>189</sup> A. BOHÉMIER, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 53.

ironique, la procédure collective se voulant d'abord la consécration du principe de l'égalité entre les créanciers dans le recouvrement de leurs créances. Ainsi, pour éviter de vider la procédure collective de son sens (et de ses fonds disponibles à la masse des créanciers), certains soutiennent qu'il faudrait prélever un montant de la valeur des biens constituant l'actif du débiteur correspondant à un certain pourcentage, en vue de le distribuer aux créanciers chirographaires, leur conférant, en quelques sortes, une certaine priorité dans la distribution du produit de liquidation <sup>190</sup>.

L'arbitrage de tous les intérêts en présence est complexe. Comme nous allons maintenant le voir, il pourra varier en fonction de la finalité de la procédure collective.

### 2.3.3 adaptations des règles en fonction de la finalité de la procédure collective

Il y aurait deux types principaux de procédures collectives. Les premières visent la liquidation des biens du débiteur, les secondes le redressement ou le sauvetage de l'entreprise du débiteur <sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Voir, notamment, J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, *supra* note 154, p. 188; G.R. WARNER, *loc. cit.*, *supra* note 176, p. 11. On appelle cette idée « cantonnement » ou « *cushion of free assets* ». Dans certains pays que l'idée d'une sûreté universelle rebute, il semblerait que cette mesure pourrait être nécessaire afin de la faire accepter. Le *Guide législatif sur l'insolvabilité* précise cependant que « [l']adoption de telles exceptions au remboursement prioritaire des créanciers garantis peut toutefois rendre incertain le recouvrement du crédit garanti et, de ce fait, décourager l'octroi de ce type de crédit et en augmenter le coût. Il est très souhaitable que le recours à ces exceptions dans une loi sur l'insolvabilité soit limité ». Voir : *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 294, n° 64.

<sup>191</sup> R. GOODE, *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 106, n° 23. Pour un exposé en droit canadien, voir Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 1-16. Voir, enfin, le *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 11, 23-35. Ce Guide parle aussi de « *négociations volontaires de restructurations* », ce que l'on appelle dans la pratique courante les « restructurations informelles », car se faisant dans un cadre extrajudiciaire librement négocié entre le débiteur et ses créanciers et non pas à travers celui, plus formel et rigide, d'une procédure supervisée par un tribunal. Le Guide suggère l'adoption de critères dans une législation sur l'insolvabilité permettant ce type de restructuration informelle, car en certains pays, cela est proscrit. Nous n'en traiterons pas de façon spécifique dans notre discussion. Voir,

Les procédures visant la liquidation n'ont, en théorie, d'autre objectif que de liquider les biens du débiteur. On souhaitera maximiser la valeur de cette liquidation pour la masse des créanciers, ce pourquoi le dessaisissement s'opérera en faveur d'un administrateur de l'insolvabilité et les droits des divers créanciers, habituellement à l'exclusion de ceux des créanciers garantis, seront suspendus. Cependant, une procédure de liquidation pourra, en certains cas plus exceptionnels, servir de véhicule au transfert d'une entreprise, qu'elle soit acquise par certains de ses dirigeants, actionnaires ou employés ou, encore, qu'elle soit vendue à un tiers qui en continuera l'exploitation. Dans une telle situation, la frontière entre les procédures de liquidation et de redressement s'amincit, les zones grises pouvant être nombreuses lorsqu'une entreprise est insolvable.

En principe, les procédures visant le redressement ou le sauvetage de l'entreprise du débiteur procèdent d'un esprit différent d'une procédure de liquidation. Il s'agit de permettre à l'entreprise de continuer ses opérations, de renégocier et restructurer son endettement et, parfois, de modifier sa structure juridique, administrative et organisationnelle, ainsi que le champ de ses activités<sup>192</sup>. De telles procédures seraient

---

de façon plus spécifique à cet égard, *Guide législatif sur l'insolvabilité*, supra note 43, p. 260-270 (procédure de redressement accélérée).

<sup>192</sup> Au Canada, le redressement de compagnies publiques insolvable emporte souvent leur privatisation. Partant, ces compagnies se redresseront en vertu des dispositions de la *Loi sur les arrangements*, en ce qui a trait à leur endettement et à leurs relations avec les créanciers. Elles feront par ailleurs appel aux dispositions des lois corporatives, dont l'article 192 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, afin de restructurer leur capital-actions et de proposer un plan d'arrangement pour cet aspect au tribunal. Aux procédures collectives de redressement s'ajouteront donc des procédures corporatives. Voir notamment, à ce sujet : David TARDIF-LATOURELLE, « Les enjeux relatifs à la restructuration d'une compagnie publique et courte présentation sur la chambre commerciale », Conférence de l'Association du Barreau canadien, Division Québec, Section Faillite et insolvabilité, Montréal, 13 octobre 2004 [non publié] ; Sandra ABITAN et David TARDIF-LATOURELLE, « Les restructurations effectuées conjointement au terme des lois sur l'insolvabilité et des lois corporatives », Conférence de l'Association du Barreau canadien, Division Québec, Section Faillite et insolvabilité, Montréal, 29 novembre 2005 [non publié]. Voir aussi : *Abitibi-Consolidated inc. (Arrangement relatif à)*, C.S. Montréal, n° 500-11-035851-092, 13 mars 2009, j. Gascon.



plus avantageuses pour l'ensemble des créanciers, lorsque l'entreprise est viable, en ce qu'elles permettent la préservation d'emplois et la poursuite d'une activité économique. Pour cela, une atteinte aux droits des créanciers garantis, titulaires de sûretés conventionnelles, serait justifiée<sup>193</sup>.

Ainsi, l'on suspendrait, durant la période de redressement, l'exercice des recours de tous les créanciers, incluant ceux des créanciers garantis, de même que l'on permettrait au débiteur de continuer d'utiliser les biens grevés, afin qu'il puisse continuer à exploiter son entreprise. Au surplus, de telles mesures s'avèreraient nécessaires lorsque les régimes de sûretés permettent la constitution de sûretés conventionnelles grevant l'universalité des biens présents et futurs d'un débiteur. Il s'agirait en effet d'éviter que les créanciers garantis détiennent un droit de *veto* qui empêcherait une entreprise de se réorganiser<sup>194</sup>. Lorsque l'on affecte ainsi les droits des créanciers garantis, il faudrait néanmoins qu'ils soient impliqués dans le processus et qu'ils aient voix au chapitre<sup>195</sup>. Cependant, cela soulève la problématique suivante : n'est-ce pas là changer diamétralement l'entente initiale entre les créanciers garantis et le débiteur et faire en sorte que les créanciers garantis financent, parfois à leur corps défendant, les

---

<sup>193</sup> *Rapport du Secrétaire général : projet de guide législatif sur les opérations garanties*, Doc. off. CNUDCI NU, Doc. NU A/CN. 9/WG. VI/WP.6/Add. 5, p. 6-8, n<sup>os</sup> 16-22 (26 septembre 2002).

<sup>194</sup> Cependant, aux États-Unis, le *Bankruptcy Code* prévoit une procédure que l'on nomme communément « *cramdown* », qui procure une certaine protection au créancier garanti en cas d'imposition d'un plan d'arrangement sans son consentement, mais cette procédure d'opposition serait rarement utilisée en pratique, parce que trop coûteuse et aléatoire. Voir : James J. WHITE, « Death and Resurrection of Secured Credit », (2004) 12 *ABI Law Review* 139, 164-169. Voir aussi: BANKRUPTCY, 11 U.S.C. § 1129 (b) (2) (A) (2009), en ligne : [http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc\\_sec\\_11\\_00001129----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc_sec_11_00001129----000-.html) (consulté le 3 janvier 2010); Sally McDONALD HENRY, dir., *The Portable Bankruptcy Code & Rules*, American Bar Association, 2008, p. 115-116 [le « *Bankruptcy Code* »].

<sup>195</sup> *Rapport du Secrétaire général : projet de guide législatif sur les opérations garanties*, Doc. off. CNUDCI NU, Doc. NU A/CN. 9/WG. VI/WP.6/Add. 5, n<sup>os</sup> 23-24, p. 8, (26 septembre 2002).

réorganisations dont ils ne voudraient pas ? Une attitude trop libérale favorisant la réorganisation à tout prix des entreprises, cette « culture du sauvetage », n'est-elle pas néfaste pour l'économie, en ce que le maintien artificiel de compagnies non viables présenterait plus d'inconvénients que d'avantages ? <sup>196</sup> Autrement dit, comment séparer le bon grain de l'ivraie ? <sup>197</sup> Comment s'assurer que seules les entreprises insolubles mais encore viables ne bénéficieront d'une procédure de redressement ? Bien difficile d'effectuer le tri dans tous les cas. Pour cette raison, il faudrait faire montre de flexibilité et permettre de passer facilement d'une procédure de redressement à une procédure de liquidation (et vice-versa) lorsque les circonstances l'exigent, quitte à envisager une procédure unitaire pour y parvenir <sup>198</sup>.

Tout cela démontre la tension qui existe entre le régime des sûretés et celui des procédures collectives. Alors que les sûretés ont pour objectif premier de favoriser l'essor du crédit garanti, là n'est pas celui des procédures collectives, qui traitent de questions commerciales et économiques collectives, visant à

préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur au profit collectif des créanciers, et à faciliter une répartition équitable entre les créanciers. On aidera à faire atteindre ces objectifs en empêchant que les créanciers ne se précipitent pour faire valoir leurs droits individuellement à l'encontre d'un débiteur commun, et en

---

<sup>196</sup> J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 194, p. 150-153.

<sup>197</sup> « S'approchant, les serviteurs du propriétaire lui dirent : « Maître, n'est-ce pas du bon grain que tu as semé dans ton champ ? D'où vient donc qu'il s'y trouve de l'ivraie ? » Il leur dit : « C'est quelque ennemi qui a fait cela ». Les serviteurs lui disent : « Veux-tu donc que nous allions la ramasser ? » « Non, dit-il, vous risqueriez, en ramassant l'ivraie, d'arracher en même temps le blé. Laissez l'un et l'autre croître jusqu'à la moisson ; et au moment de la moisson, je dirai aux moissonneurs : Ramassez d'abord l'ivraie et liez-la en bottes que l'on fera brûler ; quant au blé, recueillez-le dans mon grenier ». MATTHIEU, 13, 27-30.

<sup>198</sup> *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 11, 19-20, n<sup>os</sup> 6, 22-25, en particulier au n<sup>o</sup> 25 : « Quelle que soit la façon dont la loi sur l'insolvabilité est structurée en ce qui concerne le redressement et la liquidation, elle devrait garantir qu'un débiteur, une fois dans le système, ne puisse en sortir sans que son avenir ait été déterminé d'une manière ou d'une autre ». C'est pour cela que le Guide législatif recommande d'établir un équilibre entre les deux types de procédures.

facilitant le redressement des entreprises commerciales viables et la liquidation de celles qui ne le sont pas. C'est pourquoi une loi sur l'insolvabilité peut affecter les droits des créanciers garantis de différentes manières lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité.

[...] Un nombre croissant de lois sur l'insolvabilité reconnaissent que, si le fait de limiter la réalisation des sûretés risque d'influer négativement sur le coût du crédit et l'offre de crédit, le fait de ne pas arrêter les actions des créanciers garantis pourrait contrarier les objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité. Cela est particulièrement vrai en cas de redressement, puisqu'il est bien souvent indispensable que le débiteur puisse continuer à utiliser des actifs grevés pour faire fonctionner et, par conséquent, redresser l'entreprise. Tous les effets néfastes que l'arrêt est susceptible d'avoir peuvent être atténués par des mesures visant à protéger la valeur économique des actifs grevés contre toute dépréciation <sup>199</sup>.

Pour ces raisons, dans un contexte de procédure collective, les droits des créanciers garantis ne seront pas absolus. Cependant, toute mesure d'exception ne devrait pas, dans la mesure du possible, porter atteinte à la valeur économique des sûretés conventionnelles.

#### 2.3.4 préservation de la valeur économique des sûretés conventionnelles dans un contexte de redressement

Une procédure collective produira ses effets sur le régime de sûretés. D'une part, la procédure collective pourra porter atteinte aux droits des créanciers garantis en imposant un sursis à leur exercice. D'autre part, les biens affectés de sûretés pourront se déprécier, être utilisés ou vendus pendant le sursis des procédures ou, enfin, être grevés de nouvelles charges, qui viendront déclasser celles des créanciers garantis qui existent au moment de l'ouverture de la procédure collective.

En principe, ces mesures d'exceptions devraient être clairement définies et circonscrites, afin de permettre aux créanciers garantis d'en évaluer le risque au moment de l'octroi du crédit et de la prise de sûretés conventionnelles, car ces mesures présentent un coût qui se

---

<sup>199</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties, supra note 45, « Chapitre XII. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière », p. 1 et 8, n<sup>os</sup> 2-3, 27.*

reflétera dans celui du crédit <sup>200</sup>. Toutefois, afin de préserver l'offre de crédit garanti, des mécanismes de protection doivent être mis en place pour permettre aux créanciers garantis de recouvrer la valeur de leurs sûretés ou l'équivalent.

Parmi ces mécanismes figurent l'aménagement de l'arrêt des poursuites et la protection de la valeur des biens grevés. Dans un contexte de liquidation, il sera souvent plus avantageux pour la masse que le créancier garanti puisse exercer ses droits sans délai, surtout lorsque la valeur de la créance est plus élevée que celle des biens et qu'il n'y a pas possibilité de redressement. D'autre part, la protection de la valeur des biens grevés sera nécessaire dans le cadre d'une procédure de redressement où le sursis des procédures s'imposera et où l'utilisation des biens grevés sera nécessaire. Elle prendra la forme d'un élargissement de l'assiette de la sûreté initialement consentie par l'ajout de biens supplémentaires ou de remplacement en faveur du créancier garanti; ou encore, un versement périodique d'une somme correspondant au montant de la dépréciation, voire le versement d'intérêts, constituent d'autres options. Ces mesures de protection supposent toutefois qu'une évaluation soit faite des éléments d'actif et de leur dépréciation éventuelle afin de pouvoir bien jauger de la situation, ce qui n'est pas sans complexité. Des critères pourront être établis dans la loi, mais le tribunal jouira habituellement d'une large discrétion pour l'apprécier <sup>201</sup>.

La question de la préservation de la valeur économique des sûretés conventionnelles se pose avec beaucoup d'acuité lorsqu'un financement postérieur à l'ouverture de la

---

<sup>200</sup> *Rapport du Secrétaire général : projet de guide législatif sur les opérations garanties*, Doc. off. CNUDCI NU, Doc. NU A/CN. 9/WG. VI/WP.6/Add. 5, p. 3-4, n<sup>os</sup> 6-8 (26 septembre 2002); *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 14, n<sup>o</sup> 13, p. 105-108.

<sup>201</sup> Voir, de façon générale, le *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 105-108.

procédure de redressement est mis en place et que ce financement est assorti d'une priorité de rang, au bénéfice du financier l'ayant octroyé, qui a préséance sur celle des créanciers titulaires de sûretés conventionnelles consenties avant l'ouverture de ladite procédure. Un tel financement sera accordé pour financer la continuation des opérations de l'entreprise durant la période de restructuration et, accessoirement, pour payer les coûts administratifs et les honoraires de l'administrateur de l'insolvabilité en charge de la procédure de redressement. Nous allons successivement discuter des mesures concernant ce type de financement aux États-Unis [a], au Canada [b], puis dans les divers textes internationaux [c]. Nous terminerons cette section en examinant les autres atténuations portées aux régimes de sûretés par les régimes de procédures collectives [d].

- a) financement postérieur à l'ouverture de la procédure aux États-Unis (« *DIP Financing* »)

Le droit américain traite de ce genre de financement de façon très précise dans sa législation. Ce sont les dispositions concernant ce que l'on appelle le « *DIP Financing* », c'est-à-dire « *debtor in possession financing* », que certains traduisent par l'expression « financement débiteur-exploitant »<sup>202</sup> (à laquelle nous préférons « financement postérieur à l'ouverture de la procédure »)<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> Voir : CANADA, SÉNAT, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau. Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature, 4 novembre 2003, p. 115, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-f/bank-f/rep-f/bankruptcy-f.pdf> (consulté le 3 janvier 2010) [le « *Rapport du Comité sénatorial* »]. Cette expression signifie que le débiteur conserve la maîtrise et la possession de ses biens même lorsqu'il se trouve en situation d'insolvabilité, après le commencement d'une procédure collective, aux fins de continuer l'exploitation de son entreprise.

<sup>203</sup> En effet, l'expression « financement débiteur-exploitant » s'avère une traduction littérale malheureuse. Le *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 125, utilise l'expression

L'article 364 du *Bankruptcy Code*<sup>204</sup> prévoit en effet que l'administrateur de l'insolvabilité peut, dans les cas y indiqués où l'entreprise continue ses opérations, demander l'autorisation du tribunal en vue d'obtenir un financement. La présentation de cette demande fera l'objet d'un préavis et d'une enquête et audition. Le financement recherché sera tantôt non garanti; tantôt, il sera garanti. Le financement sera garanti seulement si l'administrateur de l'insolvabilité démontre que, sans l'octroi d'une sûreté en faveur de l'éventuel prêteur, il lui sera impossible d'obtenir les fonds. La sûreté pourra grever les biens de l'entreprise qui ne le sont pas déjà, lorsque cela est possible. La sûreté, dans l'autre situation, pourra affecter des biens de l'entreprise qui le sont déjà, mais sans obtenir de rang prioritaire à ceux des créanciers antérieurs. Enfin, dans le cas le plus extrême, la sûreté portera sur des biens déjà grevés et aura un rang égal, voire prioritaire, à ceux des créanciers antérieurs. Toutefois, dans les cas où une sûreté de rang égal ou prioritaire est autorisée en faveur du nouveau financier, preuve devra être faite qu'une « protection suffisante » (*adequate protection*)<sup>205</sup> des intérêts des créanciers garantis antérieurs a été aménagée, autrement dit que la valeur des sûretés antérieures

---

« financement postérieur à l'ouverture de la procédure », qui nous semble meilleure. Dans la nouvelle terminologie canadienne, l'expression « financement temporaire » (« *interim financing* ») est employée, car le financement est mis à la disposition du débiteur durant la période intérimaire s'écoulant entre l'ouverture de la procédure collective et la présentation d'un arrangement à ses créanciers. Voir : LFI, art. 50.6 (1) ; LACC, art. 11.2 (1).

204 BANKRUPTCY, 11 U.S.C. § 364 (2009), en ligne : [http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc\\_sec\\_11\\_00000364---000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc_sec_11_00000364---000-.html) (consulté le 3 janvier 2010), disposition intitulée « Obtaining credit »; voir aussi : S. McDONALD HENRY, dir., *Bankruptcy Code*, *supra* note 194, p. 115-116.

205 Aux fins du *Bankruptcy Code*, dont celles de l'article 364, cette notion de « protection suffisante » est définie aux termes de l'article 361 du même Code, intitulé « *Adequate protection* ». Voir : BANKRUPTCY, 11 U.S.C. § 361 (2009), en ligne : [http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc\\_sec\\_11\\_00000361---000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc_sec_11_00000361---000-.html) (consulté le 5 janvier 2010). Les mesures suivantes sont envisagées : versements périodiques d'une somme d'argent au créancier par le syndic équivalent à la dépréciation subie par le créancier, élargissement de l'assiette de la sûreté (biens additionnels ou de remplacement) ou, enfin, « *granting such other relief [...] as will result in the realization by such entity of the indubitable equivalent of such entity's interest in such property* » [nos caractères gras].

sera préservée. On noterait cependant une grande discrétion judiciaire dans l'évaluation de ce que constitue une « protection suffisante », lui conférant ainsi un caractère des plus aléatoire <sup>206</sup>.

Par ailleurs, il serait très difficile de satisfaire aux critères du paragraphe 364 (d) du *Bankruptcy Code* afin d'obtenir l'autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure de rang prioritaire aux sûretés des créanciers garantis antérieurs : ce type de financement ferait rarement, en pratique, l'objet de contestation; il serait habituellement négocié entre les parties au préalable et avalisé par les tribunaux ensuite, qui se montrent cléments, en raison d'un « magasinage de juridictions » (*forum shopping*) dont ils font l'objet <sup>207</sup>.

Ainsi, malgré la présence de ces critères législatifs assez stricts, on a initialement soutenu que cette disposition, et d'autres du *Bankruptcy Code* américain, étaient d'inspiration « socialiste », parce qu'elles tendraient à favoriser la continuation des opérations de l'entreprise au détriment des droits des créanciers garantis. Elles auraient été interprétées de façon large et libérale pendant un certain temps, ce qui aurait considérablement amoindri la valeur du régime de sûretés aux États-Unis. Ainsi, les salariés et les syndicats, de gauche, remportaient le plus souvent la « bataille » à l'encontre des institutions financières, de droite. Ce faisant, les créanciers garantis n'avaient d'autre choix, la plupart du temps, que d'involontairement financer la restructuration des entreprises, souvent de longue durée, même lorsqu'ils auraient plutôt préféré se retirer ou

---

<sup>206</sup> Voir, notamment: J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 194, p. 143, 146, 173-175.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 169-170.

bloquer la restructuration pour provoquer une liquidation rapide et récupérer leurs mises, ce que leurs sûretés leur auraient permis de faire en temps ordinaire <sup>208</sup>.

Si cette situation a prévalu dans les années 1980, il semblerait qu'aujourd'hui un équilibre relatif existe entre les divers intérêts en présence. Toutefois, certains vont plus loin en affirmant que, d'un processus de redressement contrôlé par les entreprises, les américains seraient passés à un processus contrôlé par les créanciers, à leur profit <sup>209</sup>. Les plans de redressement sont habituellement négociés à l'avance entre les créanciers garantis, les débiteurs et les nouveaux financiers, avant que des procédures ne soient

---

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 139-148. Pour une opinion contraire, lire : Bruce A. MARKELL, « White's Wheel », (2004) 12 *ABI Law Review* 193, qui soutient que les institutions financières ont pleinement participé à la réforme de 1978 ayant menée à l'adoption du *Bankruptcy Code* américain. Il serait donc faux de prétendre qu'il y ait eu conspiration à leur endroit de la part de « socialistes » désabusés.

<sup>209</sup> Voir : Michelle M. HARNER, « Trends in Distressed Debt Investing : An Empirical Study of Investors' Objectives », (2008) 16 *ABI Law Review* 69. Cette auteure a réalisé une étude empirique (par sondage) auprès d'institutions financières américaines et anglaises se spécialisant dans le financement d'entreprises en difficulté, appelés en anglais « *professional distressed debt investors* ». Peu nombreuses (on en dénombrait environ 170 aux États-Unis), ces institutions ou investisseurs achèteraient à escompte les dettes de l'entreprise en difficulté. Les créanciers, garantis ou non, voire les actionnaires, leur céderaient ainsi leurs intérêts ou participation dans l'entreprise. Ce phénomène est possible en raison de la segmentation et de la spécialisation du crédit, entre autres aux termes de prêts syndiqués ou de financements sur des biens spécifiques. Il se fonde sur les ententes et relations contractuelles existantes, dont les sûretés. Le phénomène change la donne pour l'entreprise, car il ne s'agit plus d'une relation traditionnelle à long terme basée sur la confiance, mais bien d'un marché, où seule la valeur de l'investissement compte. Ces investisseurs, réputés « activistes », tentent de prendre le contrôle de l'entreprise, dont le conseil d'administration ou le comité des créanciers dans la procédure de redressement. Ils tentent aussi d'obtenir la conversion éventuelle de leurs prêts en actions. L'objectif consiste à influencer les décisions de l'entreprise, incluant sa stratégie de redressement, ce qui provoquerait parfois des liquidations plus rapides d'entreprises autrement viables. Ces investisseurs sont perçus comme des « vautours » (i.e. « *vulture funds* ») par certains, car ils dépossèdent les entreprises et leur dictent leur loi; pour d'autres, ils sont des « phénix », seules sources de financement parfois disponibles, permettant aux entreprises en difficulté de se redresser. L'auteure conclut : « *Consequently, either extreme – i.e. a debtor-controlled process or a creditor-controlled process – may promote inefficiency. Striking an appropriate balance between the two extremes may maximize efficiency* ». Pour atteindre cet équilibre, l'auteure suggère de remplacer les comités de créanciers, dans les procédures de redressement, par un officier indépendant nommé par la Cour. Nous ne croyons pas que cet officier soit à l'abri de toute influence, l'expérience canadienne relativement aux contrôleurs de la *Loi sur les arrangements* en attestant. Voir, sur ce point, Janis P. SARRA, « Governance and Control: The Role of Debtor-in-Possession Financing under the CCAA », dans *Annual Review of Insolvency Law, 2004*, Toronto, Carswell, 2005, 119, 133-135.



instituées. De plus, l'on identifie les juridictions et les juges qui seront les plus accommodants pour entériner de tels plans avant d'instituer les procédures appropriées<sup>210</sup>. Il se serait donc développé un « marché du redressement » aux États-Unis, rendu possible par les tribunaux, friands des causes importantes et médiatiques. Le crédit garanti ne s'en porterait pas plus mal, car ce jeu force les créanciers garantis à y participer pleinement et à poser les gestes requis pour préserver leurs intérêts; le droit n'étant pas complètement dénué de sa pertinence dans ce processus négocié, car ce sont ses assises qui permettraient d'équilibrer les forces en présence et d'en arriver à un arrangement négocié<sup>211</sup>, dont le fait qu'un créancier détienne une sûreté valide et

---

<sup>210</sup> J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 194, p. 148, 163, 170, 175-180, 183-184. Cette thèse est corroborée par Lynn M. LoPucki dans son essai très critique à l'endroit des juges américains d'insolvabilité, qu'il accuse de corruption, à tout le moins morale et intellectuelle. Voir: Lynn M. LoPUCKI, *Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2005. À cet égard, il est intéressant de lire la recension qui en est faite par l'ancien juge canadien de la *commercial list* de Toronto, James FARLEY, « Review Essays and Book Reviews. *Courting Failure : How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*, by Lynn M. LoPucki (Ann Arbor, U. Michigan Press, 2005, 322 pages, US \$ 27.95) », (2006) 44 *Can. Bus. L.J.* 306. Les critiques de L.M. LoPucki lui semblent excessives, surtout dans le choix des mots. Parler de la « corruption » des juges qui tenteraient de moduler leurs jugements pour s'attirer les causes intéressantes serait un peu trop fort et irrespectueux du processus judiciaire. Cela étant, « *Courting failure was obviously written for a wider audience than the legal and insolvency practitioner communities; given what LoPucki sees as the political roadblock to reform, the attention-grabbing approach is not unexpected and perhaps necessary. Professor LoPucki has provided us with a very interesting work – stimulating, indeed prickly, but one that posits a situation that demands careful reflection and analysis of the existing regime. I look forward to seeing how it all turns out* ». Venant d'un ancien magistrat qui fut lui-même à la source d'un *forum shopping* au Canada durant son règne qui influença profondément et durablement la pratique canadienne en matière de redressement, le commentaire ne manque pas de piquant.

<sup>211</sup> J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 194, p. 188-189, 192 [références omises]:

[...] what I describe in this paper is the rise of a private market for the reorganization and sale of public companies. I believe that the major effect of the Code on public companies' bankruptcy is its facilitation of that market. The participants in this market are the Bankruptcy Courts, the DIP, the professional DIP lenders, traders in bankruptcy debt, lawyers and investment bankers that specialize in bankruptcy, and bankruptcy managers (CRO's and others). The firm's assets and its non-management employees, are like hogs at auction, what is bargained over. [...]

The judges want big cases and the DIP's and DIP lenders want certainty, favourable law, and, most of all, laissez faire. [...]

opposable <sup>212</sup>. Cette thèse fait l'objet de critiques, car elle simplifierait à outrance une réalité beaucoup plus complexe <sup>213</sup>.

En conclusion, aux États-Unis, la loi a favorisé l'évolution de pratiques commerciales et jurisprudentielles, dont celle du financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Qu'en est-il au Canada ?

b) financement postérieur à l'ouverture de la procédure au Canada

Au Canada, le mouvement procéda à l'inverse mais fut influencé par les pratiques américaines. En effet, nous avons assisté en ce domaine au développement d'une pratique commerciale, avalisée par les tribunaux et consacrée, en 2009, par le législateur. Jusqu'alors, à l'inverse du droit américain, la loi canadienne ne traitait pas du financement postérieur, prioritaire ou non, que ce soit dans la *Loi sur la faillite et*

---

But make no mistake, these plans are not crammed down, they will have the agreement of every class. The parties will have chosen a venue where an outlier is unlikely to get his wish from the court and where the outcome negotiated in the private market and reflecting the economic power of the parties will control. The Code has made this market possible.

<sup>212</sup> Voir: S.L. HARRIS et C.W. MOONEY, Jr., *loc. cit., supra* note 173; Steven Lawrence R. AHERN, III, « "Workouts" Under Revised Article 9: A Review of Changes and Proposal for Study », (2001) 9 *ABI Law Review* 115; Jay Lawrence WESTBROOK, « Bankruptcy Control of the Recovery Process », (2004) 12 *ABI Law Review* 245; de façon plus extrême, voir: G.R. WARNER, *loc. cit., supra* note 176, p. 4: « *The question examined in this piece [...] is whether the changes incorporated in Article 9 revisions are contrary to bankruptcy law and policy. It is the thesis of this article that they are* », parce qu'ils favoriseraient trop le crédit garanti au détriment des objectifs de redistribution d'une loi sur l'insolvabilité.

<sup>213</sup> Voir : Karen GROSS, « A Response to J.J. White's Death and Resurrection of Secured Credit : Finding Some Trees But Missing The Forrest », (2004) 12 *ABI Law Review* 205. Cette auteure n'est pas complètement en désaccord avec cette approche mais y apporte des nuances. Pour un autre auteur, la thèse d'une présumée mort du crédit garanti, suivie de sa résurrection, serait fausse. « *But of course secured credit did not die. It was never admitted to the hospital. Lenders continued to lend, and no one has yet showed that the Code alone caused their profits to disappear, or even lessen* ». Voir: B.A. MARKELL, *loc. cit., supra* note 208, p. 196. Au demeurant, cette culture du sauvetage s'est internationalisée, le modèle américain ayant inspiré bien des réformes à l'international.

*l'insolvabilité* ou dans la *Loi sur les arrangements*. Néanmoins, les tribunaux, dans les provinces de *common law* puis, au Québec, se sont investis, en vertu de leur compétence inhérente, du pouvoir d'autoriser un tel financement et de l'assortir d'une sûreté *sui generis* [i]. Il est intéressant de brièvement retracer cette évolution qui s'est faite jour, en dépit d'une interprétation doctrinale voyant dans cette compétence inhérente un pouvoir plus limité<sup>214</sup>. En effet, cet exercice permet de constater que l'harmonisation du droit prend divers chemins, dont celui des tribunaux et des praticiens, influencés par une certaine forme de droit comparé pour intégrer au droit canadien des concepts qui lui sont étrangers, reflétant une pratique transfrontalière de l'insolvabilité qui s'intensifie au fur et à mesure que les liens économiques du libre-échange le dictent<sup>215</sup>. Voilà donc

<sup>214</sup> Interprétation restrictive qui fut pratiquement ignorée par les tribunaux et par une doctrine plus libérale. Voir, dans les provinces de *common law* : David B. LIGHT, « Involuntary Subordination of Security Interests to Charges for DIP Financing under the Companies' Creditors Arrangement Act », 30 C.B.R. (4th) 245; H. Alexander ZIMMERMAN, « Financing the Debtor in Possession », Tenth Annual Meeting and Conference, Scottsdale, Arizona, Novembre 1999 [non publié]; Andrew KENT, « Comment on Professor Yamauchi's Paper », (2004) 40 *Can. Bus. L. J.* 295. **Contra** : Janis SARRA, « Debtor in Possession Financing : The Jurisdiction of Canadian Courts to Grant Super-Priority Financing in CCAA Applications », (2000) 23 *Dalhousie L.J.* 337; Keith YAMAUCHI, « The Court's Inherent Jurisdiction and the CCAA : a beneficiary or bad doctrine ? », (2004) 40 *Can. Bus. L. J.* 250; Janis SARRA, « Judicial Exercise of Inherent Jurisdiction under the CCAA », (2004) 40 *Can. Bus. L. J.* 280; J.P. SARRA, *loc. cit.*, *supra* note 209. Au Québec, voir : Antoine LEDUC, « Les limites de la "juridiction inhérente" du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 551 [« **Limites** »]; Antoine LEDUC, « Grands pas et faux pas de la compétence inhérente du tribunal en droit canadien de l'insolvabilité : qui fait la loi ? », (2009) 111 *R. du N.* 425 [« **Grands pas et faux pas** »]; Pierre LEPAGE et Jean LEGAULT, « La validité des sûretés créées par le tribunal sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », Cinquième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information Co., Montréal, 14 et 15 septembre 2005 [non publié]. **Contra** : Alain N. TARDIF, « « *Keeping the lights on* » : Une approche pragmatique à la loi », Conférence-débat sur la portée de la compétence inhérente du tribunal, Association du Barreau Canadien, division Québec, Section « Faillite et insolvabilité », Montréal, 15 février 2006 [non publié]; Sandra ABITAN, « Super-priority Lending under the Companies' Creditors Arrangement Act », Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information Co., Montréal, 22 et 23 septembre 2003 [non publié]. Voir aussi : Patrice BENOIT, « Le financement des entreprises insolubles », dans *Association de planification fiscale et financière, Congrès 2003*, 21 :1, p. 21 :20-21 :22.

<sup>215</sup> Sur l'influence des pratiques américaines, voir : Jeffrey B. GOLLOB, « Distressed Debt Lenders and their Impact on Restructurings and Workouts in Canada », *Annual Review of Insolvency Law*, 2004, Toronto, Carswell, 2005, 173; J.P. SARRA, *loc. cit.*, *supra* note 209, p. 160-168.

l'illustration d'une autre ramification de l'harmonisation du droit. Aux termes d'une réforme législative entrée en vigueur le 18 septembre 2009, le législateur canadien confirma cette évolution prétorienne [ii].

i) évolution prétorienne

Initialement, sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*, les tribunaux des provinces de *common law* ont invoqué leur « *inherent jurisdiction* » ou « *equitable jurisdiction* » pour autoriser des financements postérieurs assortis de charges prioritaires, au motif qu'il y avait un « vide législatif » à combler <sup>216</sup>. En effet, l'intention du législateur, en édictant la *Loi sur les arrangements*, consiste à assurer la mise en œuvre de tous les moyens nécessaires au redressement des entreprises en difficulté. Puisque la technique du « *DIP Financing* » existait aux États-Unis, on argua que le législateur canadien avait sûrement fait un oubli dans sa législation en ne mettant pas ce moyen à la disposition des entreprises d'ici. C'est ainsi que fut rendu possible l'obtention, par le débiteur ou par le contrôleur, d'un financement postérieur à l'ouverture des procédures, assorti d'une charge prioritaire, et ce, même dans les cas où les créanciers garantis antérieurs s'y objectaient, lorsque la « prépondérance des inconvénients » ne jouait pas en leur défaveur.

La jurisprudence a graduellement établi les critères (aléatoires) <sup>217</sup> devant guider les tribunaux dans l'octroi de financements postérieurs <sup>218</sup>. Ils ne suivirent pas ceux établis

<sup>216</sup> Pour un exposé détaillé de ces questions, voir : A. LEDUC, *Limites*, *supra* note 214.

<sup>217</sup> J.P. SARRA, *loc. cit.*, *supra* note 209, p. 144-145: « *This speaks to the necessity of the court balancing the prejudice to creditors and the challenge of doing so where the upside potential benefit of the DIP is not clear and cannot be adequately weighed against the costs that are a likely outcome of the process. Hence, the notion of DIP financing to “keep the lights on” has intuitive appeal as a standard by which the court can assess the quantum of the DIP facility requirement* » [notre soulignement – référence omise].

par le *Bankruptcy Code* américain (i.e. « *adequate protection* »), ni davantage ceux développés en matière de charges prioritaires octroyées en faveur d'un séquestre (i.e. « *receiver* ») qui, eux, font preuve d'une déférence plus méthodique aux droits des créanciers garantis <sup>219</sup>. Bien que l'on s'autorisât à s'inspirer de cette législation étrangère pour repérer des « vides législatifs » dans la législation canadienne, l'articulation des principes en assurant la mise en œuvre devait obéir à d'autres considérations, propres aux « réalités canadiennes ». De façon générale, il était considéré plus facile d'obtenir un financement intérimaire prioritaire au Canada qu'aux États-Unis, ce qui a fait dire à certains que la *Loi sur les arrangements* était l'équivalent du Chapitre 11 du *Bankruptcy Code* américain, mais sans règles précises <sup>220</sup>.

Les tribunaux du Québec, invoquant également leur compétence inhérente <sup>221</sup>, ont rapidement emboîté le pas aux tribunaux des provinces voisines, pour ne pas être en reste de dossiers de redressements intéressants et éviter leur exode dans des juridictions plus conciliantes. À titre d'exemple, la restructuration de la compagnie aérienne Air

---

<sup>218</sup> Voir: Lloyd W. HOULDEN, Geoffrey B. MORAWETZ et Janis P. SARRA, *The 2009 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Toronto, Thomson / Carswell, 2008, N§16 (18) et N§16 (19), p. 1145-1148, en particulier à la p. 1147: « [...] *There are five principles currently operating in the court's consideration of DIP financing applications: adequate notice of DIP financing and priming requests, sufficient disclosure, timeliness of request, balancing of the prejudice to creditors and other stakeholders, and the principle of granting priority as an extraordinary remedy* ».

<sup>219</sup> *Kowal Investments Ltd. c. Deeder Electric Ltd.*, (1975) 9 O.R. (2d) 84 (C.A.); (1975) 21 C.B.R. (N.S.) 201 (Ont. C.A.), pp. 207-209, tel que cité par D.B. LIGHT, *loc. cit.*, *supra* note 214, p. 254.

<sup>220</sup> H.A. ZIMMERMAN, *loc. cit.*, *supra* note 214 : « [...] *many Canadian and U.S. counsel have come to refer to the CCAA as the Canadian equivalent of Chapter 11 United States Bankruptcy Code proceeding, but with no "rule book" or detailed statutory provisions* ».

<sup>221</sup> Compétence néanmoins limitée, bien que les tribunaux d'instances inférieures ignorent les enseignements de la Cour suprême du Canada à cet égard. Voir : *Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, n<sup>os</sup> 35-40, 78. Voir cependant : *Shermag (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 537.

Canada <sup>222</sup>, dont le siège social était pourtant à Montréal, se joua néanmoins à Toronto, provoquant l'ire de la communauté juridique d'affaires montréalaise. La Cour supérieure de Montréal, à la demande du Barreau de Montréal, créa une chambre commerciale, en 2001, composée de juges entendant quasi exclusivement des causes de redressement commercial. Dans la même foulée, le Barreau de Montréal a développé, de concert avec les juges de cette chambre commerciale, un modèle d'ordonnance initiale relative aux procédures intentées sous l'empire de la *Loi sur les arrangements* <sup>223</sup>, que les avocats doivent utiliser en indiquant, le cas échéant, les différences entre l'ordonnance modèle et celle qui est présentée devant le juge <sup>224</sup>. D'autres modèles d'ordonnances types ont vu le

---

<sup>222</sup> *Air Canada, Re* (2003), 2003 CarswellOnt 1220 (Ont. S.C.J. [Commercial List]), j. Farley. Le plus important financement prioritaire de l'histoire canadienne y fut accordé : 700 millions \$ US. Les rumeurs qui circulent dans la communauté juridique montréalaise pour expliquer le fait que cette restructuration se soit déroulée à Toronto sont nombreuses. D'une part, la débitrice et son prêteur intérimaire voulaient s'assurer que le juge soit favorable à leur demande d'ordonnance initiale, surtout pour l'octroi d'un financement intérimaire garanti. Le juge Farley le fut et permis même que soient garanties des sommes dépensées avant l'ouverture de la procédure. D'autre part, on craignait les effets possibles de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420 (C.A.), n<sup>os</sup> 44-46, p. 52-53, en vertu duquel l'on a jugé que le pouvoir du contrôleur, avec ou sans l'autorisation du tribunal, de mettre fin à un contrat s'applique difficilement à une convention collective en raison du cadre législatif qui en fait un instrument particulier dépassant le simple contrat bilatéral. Le juge Farley ne s'est pas prononcé sur cette question, invitant les parties à négocier. Le syndicat lui avait toutefois fait parvenir une traduction anglaise de l'arrêt de la Cour d'appel, qui ne fit pas l'objet d'une interprétation contradictoire.

<sup>223</sup> Yves LAVERTU, « Un problème de perception », *Le Journal du Barreau [Montréal]* (1<sup>er</sup> novembre 2004) 3 : « Le bâtonnier de Montréal, Bernard Synnott, estime que ce projet [de modèle d'ordonnance initiale] constitue une réponse efficace au problème [...] de la concurrence faite à la Chambre commerciale de Montréal par les tribunaux de Toronto. Le bâtonnier a d'ailleurs fait de cette question l'une des priorités de son mandat. [...] Quant au « magasinage de juridictions », dit-il, il doit cesser : trop de grandes entreprises canadiennes dont le siège social est à Montréal se rendent en Ontario pour y déposer leurs procédures de C-36. Il n'y a pas qu'Air Canada. Le phénomène est courant, déclare-t-il, et il dure depuis plusieurs années. Au bout du compte, cela nuit aux possibilités de travail des avocats montréalais. [...] ». Voir aussi : Yves LAVERTU, « Chambre commerciale : modèle d'ordonnance », *Le Journal du Barreau [Montréal]* (1<sup>er</sup> novembre 2004) 3 ; Bernard SYNNOTT, « Propos du Bâtonnier de Montréal : Des sujets chauds pour l'année à venir », *Le Journal du Barreau [de Montréal]* (1<sup>er</sup> août 2004).

<sup>224</sup> Disponible sur le site Web du Barreau de Montréal, en ligne : <http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/frm-OrdonnanceInitiale.doc> (consulté le 6 janvier 2010). Ce document est également disponible en anglais.

jour par la suite<sup>225</sup>. De façon générale, de tels modèles d'ordonnances types ont été développés dans la plupart des provinces canadiennes, de concert entre les barreaux locaux et les juges de la Cour supérieure<sup>226</sup>. Les objectifs de ces outils sont nombreux. D'abord, ils consistent à assister les juges dans le traitement de causes de plus en plus complexes, qui exigent une spécialisation certaine et des interventions rapides. Également, ils visent à uniformiser la pratique en matière de redressement. Œuvres de prévision, les parties sont davantage en mesure de savoir ce qui sera accepté ou non. On permet une spécialisation des juges et des praticiens; on évite aussi que des avocats non initiés au domaine ne viennent chambarder les façons de faire. Enfin, on combat le *forum shopping* car ces outils tendent à démontrer, malgré quelques différences, une vision partagée des procédures de redressement d'un océan à l'autre, c'est-à-dire une grande flexibilité judiciaire.

---

<sup>225</sup> Il existe deux autres ordonnances modèles dont le Barreau de Montréal assure la diffusion, d'une part une ordonnance complémentaire à l'ordonnance initiale modèle relative au financement postérieur, en ligne: [http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/frm\\_FinancementDIP.doc](http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/frm_FinancementDIP.doc) (consulté le 6 janvier 2010); d'autre part, une ordonnance concernant le processus de mise en preuve des réclamations et les procédures d'assemblées de créanciers aux termes de la LACC, en ligne: <http://www.barreaudemontreal.qc.ca/loads/frm-ProcedureReclamationsAssemblées.doc> (consulté le 6 janvier 2010).

<sup>226</sup> Voir : Janis SARRA, *RESCUE ! The Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 46.

Nous pouvons sérieusement critiquer ces développements jurisprudentiels et pratiques <sup>227</sup>.

Notons cependant, pour nos fins, qu'ils illustrent au moins deux phénomènes. D'une part, les tribunaux, sous le couvert de leur compétence inhérente, se donnent la latitude de rendre toute décision qu'ils estiment opportune en fonction des circonstances de l'affaire devant eux <sup>228</sup>. Bien que quelques arrêts aient tenté d'apporter des balises à l'exercice de

---

<sup>227</sup> Voir : A. LEDUC, *Grands pas et faux pas*, supra note 214, p. 443, 447-448 : « En effet, ce processus soulève d'épineuses questions. Qu'en est-il de l'indépendance de la magistrature ? De son impartialité ? Une partie peut-elle présumer que la cause est déjà entendue, sur les éléments qui font l'objet d'une ordonnance modèle ? Quid, aussi, de la constitutionnalité de ce processus ? [...] Au-delà des avantages pratiques indéniables associés à la standardisation d'une telle procédure, on peut se demander si un glissement de la réforme législative n'est pas en train de s'opérer au profit de ces réformes ad hoc ponctuelles et de l'usage trop libéral de la compétence inhérente des tribunaux. Ces processus de réformes informels, certes menés par des juristes compétents, agissant de bonne foi et désireux de mieux servir les intérêts de la justice et, partant, des justiciables, représentent-ils toute la mosaïque des intérêts divergents ? Présentent-ils tout le caractère d'imputabilité, de représentativité et de légitimité que l'on associe habituellement au processus législatif ? N'ont-ils qu'un effet au strict plan procédural, ou ne contribuent-ils pas à modifier ou influencer le droit, parfois profondément, sur le fond ? Fond et forme, droit procédural et droit substantif, sont-ils vraiment dissociables et peuvent-ils l'être ? Nous demeurons convaincus que le processus législatif est nécessaire à l'accomplissement de la réforme du droit, afin de préserver l'imputabilité, la représentativité et la légitimité nécessaires au maintien de l'intégrité du système juridique face à l'ensemble des justiciables et le maintien de l'État de droit ». Voir également : Annick DESJARDINS, « Réflexions critiques sur l'arrimage entre le droit du travail et la pratique en regard de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies », Conférence portant sur les développements législatifs et jurisprudentiels en matière de protection des salariés dans le cadre des restructurations : la perspective de l'employeur et des salariés, Association du Barreau Canadien, division Québec, Section « Faillite et insolvabilité », Montréal, 23 septembre 2009 [non publié]. Néanmoins, le juge coordonnateur de la chambre commerciale de la Cour supérieure de Montréal « désire compléter la mise à jour des directives de la Chambre commerciale pour 2010, de même que les ordonnances types pour les affaires touchant la L.A.C.C. Certaines provinces sont déjà fort avancées dans cet exercice. Une certaine coordination des efforts des Barreaux des différentes provinces serait souhaitable à ce niveau. [...] Pour conclure, [le juge Clément Gascon] a invité les avocats en droit des affaires à prendre leur place, à écrire plus de doctrine et à être plus présents dans les événements et les conférences à l'extérieur du Québec, afin qu'ils participent à l'évolution de ce droit et à la crédibilité du Québec en ce domaine ». Voir : Chantal PERREAULT, « Déjeuner-causerie avec l'honorable Clément Gascon », (2010) 15-2 *Point de mire* 5, 7. Enfin, un phénomène similaire existe aux États-Unis, qui est aussi l'objet de vives critiques. Voir : L.M. LoPUCKI, *op. cit.*, supra note 210, p. 17-18, 22-24.

<sup>228</sup> Car le droit du redressement tel qu'il s'est développé au Canada par la pratique judiciaire va beaucoup plus loin que la simple question de l'autorisation de financement postérieur assorti d'une charge prioritaire *sui generis*. D'une part, ce financement fut autorisé non seulement pour permettre à l'entreprise de continuer ses opérations durant la période intérimaire ou payer les frais et honoraires du professionnel de l'insolvabilité, mais aussi dans une foule d'autres circonstances, notamment : charge prioritaire en faveur de fournisseurs de marchandises pour les biens vendus après le dépôt d'une ordonnance initiale; charge prioritaire consentie pour un financement octroyé avant l'ordonnance initiale ; charge prioritaire consentie pour permettre la continuation de travaux



cette compétence inhérente<sup>229</sup>, force est de constater qu'elles ne sont pas suivies de manière cohérente ou constante par ceux qui les énoncent<sup>230</sup>. D'autre part, le second phénomène, découlant du précédent, sans doute le plus important, a trait au processus de réforme et d'uniformisation du droit des procédures de redressement qui, maintenant, est

---

de construction ; charge prioritaire consentie pour prémunir les administrateurs et dirigeants de toute condamnation potentielle en responsabilité ; financement visant à assurer le maintien de la couverture d'assurance durant la période de restructuration, que ce soit l'assurance responsabilité des administrateurs que l'assurance aux biens, ainsi que pour financer les frais de conservation des biens. Voir : S. ABITAN, *loc. cit.*, *supra* note 214, p. 6; P. BENOIT, *loc. cit.*, *supra* note 214, p. 21 :1, 21 :20-21 :22. Un financement prioritaire fut même autorisé dans le cadre d'un avis d'intention de faire une proposition concordataire sous l'empire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* afin de permettre au débiteur de continuer un litige contre son principal créancier garanti. Voir : *Re Bearcat Exploration Ltd.* (27 mai 2004), 2004 CarswellAlta 1183 (Alta Q.B.). D'autre part, les tribunaux autorisent la résiliation des contrats, la vente d'éléments d'actif dans le contexte du redressement avec purge de droits réels, la libération de tiers solvables qui ne sont pas créanciers du débiteur, la libération d'une caution, etc. Voir : A. LEDUC, *Grands pas et faux pas*, *supra* note 214, p. 437-440.

<sup>229</sup> Voir : *Stelco Inc. (Re)* (31 mars 2005, M32289), [2005] O.J. No. 1171 (Ont. C.A.) [« *Stelco Inc.* »]. Les décisions dans les affaires suivantes proposent également une interprétation plus restrictive de la compétence inhérente, en établissant une distinction entre celle-ci et la discrétion judiciaire : *Richtree Inc. (Re)* (26 janvier 2005, 04-CL-5584), [2005] O.J. No. 251 (Ont. S.C.J.) ; *Skeena Cellulose Inc., Re*, (2003) 43 C.B.R. (4th) 187; *Shermag (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 537. La compétence inhérente a trait au pouvoir strictement procédural du tribunal visant à préserver le *statu quo* de la situation de l'entreprise durant la période de redressement. La discrétion judiciaire est possible si, au terme d'une interprétation des principes juridiques applicables à une situation donnée, qui se trouvent dans tout le *corpus* législatif et jurisprudentiel (ne se limitant pas qu'aux seules dispositions de la *Loi sur les arrangements*), le tribunal en vient à la conclusion recherchée par les parties. Cette approche n'est que l'énonciation de principes d'interprétation législative de base et visent à aller au-delà de l'idée reçue d'un « vide législatif » en cas de silence d'une loi particulière, en l'occurrence la *Loi sur les arrangements*.

<sup>230</sup> Le tribunal peut-il avaliser un plan d'arrangement qui prévoit la libération de tiers solvables qui ne sont pas créanciers du débiteur ? La libération d'une caution de la débitrice proposante à l'égard des créanciers ? Les tribunaux ontariens et québécois répondent désormais par l'affirmative à ces questions. On peut alors s'interroger sur la finalité et l'utilité d'une caution, qui ne prend habituellement pas fin de cette manière. Voir : *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp., (Re)*, (2008) 296 D.L.R. (4th) 135, [2008] O.J. No. 3164 (QL) (C.A.), 2008 ONCA 587 (CanLII), j. Blair, permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada, [2008] S.C.C.A. No. 337 (QL), décision rendue dans le cadre du plan d'arrangement déposé dans le contexte de la crise des papiers commerciaux adossés à des actifs (PCAA). Il est intéressant de voir à quel point le juge Blair, qui fut pourtant l'auteur de l'arrêt *Stelco Inc.*, *supra* note 229, relègue aux oubliettes les principes qu'il y énonçait pour revenir à l'approche large et libérale de l'interprétation de la LACC sur cette question, ne recourant pas à la compétence inhérente ou à la discrétion judiciaire, mais bien, dans ce cas, à l'intention du législateur. Pour un commentaire critique, lire : Geoff R. HALL, « Commentaries. Asset Backed Commercial Paper and the "Intention of Parliament" in the Ontario Court of Appeal », (2008) 47 *Can. Bus. L. J.* 54. Cette décision fut suivie au Québec. Voir : *Charles-Auguste Fortier inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 5388, j. Parent. **Contra** : *Michaud c. Steinberg inc.*, [1993] R.J.Q. 1684 (C.A.).

passé des mains du législateur à celles des juges et praticiens de l'insolvabilité. Le législateur aurait trop tardé à s'acquitter de sa tâche au goût de la pratique, car la réforme législative s'est fait attendre longtemps. Bien que la révision de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les arrangements* doive avoir lieu aux cinq ans <sup>231</sup>, plus de douze années se sont écoulées <sup>232</sup> entre la réforme de 1997 et celle qui a culminé en 2009 <sup>233</sup>, dont les innovations législatives consacrent la pratique et la jurisprudence établies.

---

<sup>231</sup> Avant les modifications entrées en vigueur le 18 septembre 2009 : LFI, art. 216 ; LACC, art. 22 ; depuis le 18 septembre 2009 : LFI, art. 285 ; LACC, art. 63.

<sup>232</sup> Pour un historique des chassés-croisés entourant la législation en matière d'insolvabilité et sa réforme, lire les commentaires très critiques de Jacob S. ZIEGEL, « The Travails of Bill C-55 », (2005) 42 *Can. Bus. L. J.* 440 [« *Travails* »] ; J. ZIEGEL, *loc. cit.*, *supra* note 178 ; Jacob ZIEGEL, « Canada bankruptcy law is out of date. Change has been too long in coming », *Financial Post [de Toronto]*, mardi, 10 mars 2009, en ligne : <http://www.financialpost.com/story.html?id=1371584> (consulté le 14 janvier 2010). Dans ces articles, le professeur Ziegel déplore la lenteur et le manque de transparence du processus ayant entouré le plus récent volet de la réforme. Absence de consultations publiques, processus noyauté par divers groupes d'influences, absence de notes explicatives relativement au projet de loi, telles en sont les déficiences. Pour y pallier, le professeur Ziegel a suggéré la mise sur pied d'un institut permanent de réforme de l'insolvabilité, composé de juristes, sociologues et économistes, chargés de l'évaluation continue de la législation et de la formulation de recommandations pour les réformes, qui serait appuyé sur des données sérieuses. Une telle suggestion a été reprise par Jacob ZIEGEL, Anthony L. DUGGAN, Roderick J. WOOD, Stephanie BEN-ISHAI, Tamara BUCKWOLD, Ronald C.C. CUMING et Vaughan BLACK, *Submissions on Bill C-55, 2005 : The Wage Earner Protection Program Act, and Amendments to the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act, presented to the Committee on Industry, Natural Resources, Science and Technology*, 9 novembre 2005, p. 18-19, [non publié], document disponible en version électronique en communiquant avec l'un ou l'autre des auteurs [« *Submissions on Bill C-55* »] ; A. LEDUC, *Grands pas et faux pas*, *supra* note 214, p. 452-454. Voir enfin, au sujet de la réforme, Stephanie BEN-ISHAI et Anthony DUGGAN, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Toronto, Lexis Nexis, 2007 ; Philippe BÉLANGER et Sylvain RIGAUD, *La réforme de la législation en matière d'insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existantes*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2009.

<sup>233</sup> *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n° C-55 (sanctionnée le 25 novembre 2005), 1<sup>ère</sup> session, 38<sup>e</sup> légis. (Can.), L.C. 2005, c. 47, entrée en vigueur le 7 juillet 2008 pour les articles 1, 43, 55, 57, 60 à 62, 67, 88 et 107 (décret), TR/2008-0078 (Gaz. Can. II.), puis le 18 septembre 2009 pour les articles 2 à 42, 44 à 54, 56, 58, 59, 63 à 66, 68 à 87, 89 à 105, 108 à 131 et 136 à 139 (décret), TR/2009-0068 (Gaz. Can. II.) [la « *Loi sur le Programme de protection des salariés* »] ; *Loi modifiant la loi sur la faillite et l'insolvabilité, la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la*

## ii) consécration législative

Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est maintenant autorisé tant en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>234</sup> que de la *Loi sur les arrangements*<sup>235</sup>. Il requiert l'envoi d'un préavis aux autres créanciers avant que le tribunal ne statue sur une demande faite en ce sens. L'ensemble des biens d'un débiteur peuvent être affectés<sup>236</sup>; est « débiteur » tant une entreprise qu'une personne physique qui en exploite une<sup>237</sup>. Une liste non exhaustive des critères à être utilisés par le tribunal est établie<sup>238</sup>. Le tribunal doit tenir compte de la durée anticipée des procédures, de la gestion des affaires financières en l'instance, de la confiance des créanciers dans les dirigeants; le prêt doit favoriser la présentation d'une proposition viable<sup>239</sup>. Le juge prend en considération la

---

*loi sur le programme de protection des salariés et le chapitre 47 des lois du Canada (2005)*, projet de loi n° C-12 (sanctionnée le 14 décembre 2007), 2<sup>e</sup> session, 39<sup>e</sup> légis. (Can.), L.C. 2007, c. 36, entrée en vigueur le 7 juillet 2008 pour les paragraphes 1 (5) à (7) (décret), TR/2008-0078 (Gaz. Can. II.), puis le 18 septembre 2009 pour le paragraphe 1 (1), les articles 3 et 6, le paragraphe 9 (3), les articles 12 et 13, les paragraphes 14 (2) et (3), 15 (2) et (3), 16 (2) et (3) et 17 (2), les articles 19 à 22, 34, 35, 37, 42, 44, 46 à 48 et 50, le paragraphe 51 (1), les articles 55 à 57, le paragraphe 58 (2) et de l'article 67 (décret), TR/2009-0068 (Gaz. Can. II.). Pour le résumé législatif de cette dernière loi, voir : Marcia JONES, *Résumé législatif LS-584F. Projet de loi C-12* (...), Division du droit et du gouvernement, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 14 décembre 2007, en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/LEGISINFO/index.asp?Language=F&query=5298&Session=15&List=ls> (consulté le 14 janvier 2010). Voir enfin : E. Patrick SHEA, « Coming into force of the WEPPA and certain of the amendments to the BIA », (2008) 25-4 *National Insolvency Review* 50; Stephanie BEN-ISHAI, *Bankruptcy Reforms*, Toronto, Thomson Carswell, 2008.

234 LFI, art. 50.6.

235 LACC, art. 11.2.

236 LFI, par.50.6 (1) ; LACC, par. 11.2 (1).

237 LFI, par.50.6 (2).

238 LFI, par.50.6 (5) ; LACC, par. 11.2 (4).

239 Ce critère en a remplacé un plus restrictif qui était initialement prévu au projet de loi C-55, aux termes duquel on devait mettre en preuve que le prêt allait accroître les chances de survie de l'entreprise en cas d'acceptation de la proposition. Des commentateurs favorables à l'assouplissement de ce critère s'expriment comme suit : « À notre avis, cette modification est heureuse et vient confirmer que les dispositions relatives au financement temporaire constituent en fait une codification de la jurisprudence canadienne existante en cette matière. En somme, nous ne croyons pas que cette codification entraîne des changements majeurs quant aux motifs

nature et la valeur des biens du débiteur qui pourront être affectés d'une charge prioritaire et du préjudice sérieux qu'en subiront les autres créanciers. Le rapport du syndic ou du contrôleur sur l'état de l'évolution de l'encaisse devra corroborer le tout. La sûreté ne garantira que les obligations postérieures au dépôt des procédures <sup>240</sup>; la portée de cette sûreté est déterminée par le tribunal <sup>241</sup>. Enfin, les modalités de publicité et d'exercice de cette sûreté ne sont pas précisées dans ces lois <sup>242</sup>.

Les commentateurs et la jurisprudence estiment qu'il s'agit là d'une codification des pratiques antérieures <sup>243</sup>. Ainsi, les tribunaux continueront à jouir d'une large discrétion. Cependant, cette pratique est élargie tous azimuts. En effet, le financement postérieur sera disponible non seulement en contexte de redressement commercial de grandes entreprises sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*, mais à toutes les entreprises

---

*pour lesquels les tribunaux canadiens accordent ou non un financement temporaire. Les tribunaux devront continuer de chercher un équilibre entre les besoins de liquidité de l'entreprise insolvable alors qu'elle tente de se restructurer et le préjudice potentiel aux créanciers garantis dont les sûretés et garanties seront affectées par la charge prioritaire* ». Voir : P. BÉLANGER et S. RIGAUD, *op. cit.*, *supra* note 232, p. 45.

<sup>240</sup> Ce qui évitera que des obligations antérieures au dépôt de la procédure ne soient garanties comme ce fut le cas dans l'arrangement d'Air Canada.

<sup>241</sup> LFI, par.50.6 (1) ; LACC, par. 11.2 (1).

<sup>242</sup> Ce qui démontre le caractère approximatif de cette réforme. Antérieurement, au Québec, la jurisprudence assimilait les charges prioritaires créées aux termes de la LACC à des hypothèques du Code civil et au respect de ses formalités d'exécution. Voir : *Industries aéronautiques Symphony (Syndic de)*, J.E. 2007-1492, AZ-50439588, 2007 QCCS 3066 (C.S.), j. Barakett. Voir aussi : P. BÉLANGER et S. RIGAUD, *op. cit.*, *supra* note 232, p. 48 : « *La Réforme ne précise pas s'il est nécessaire de publier de telles charges et ne prévoit pas le régime de mise à exécution de ces charges. Nous sommes d'avis que les ordonnances créant de telles charges devraient continuer à prévoir, de manière à tout le moins sommaire, un régime de mise à exécution prévoyant l'envoi d'un préavis au syndic (ou au contrôleur), de même qu'aux créanciers garantis, le cas échéant, ou, encore, la nécessité d'obtenir l'autorisation du tribunal qui devrait veiller, notamment à ce que les créanciers garantis intéressés soient avisés d'une telle demande* ». Cela fut confirmé à nouveau dans *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, AZ-50579686 (C.S.), 2009 QCCS 4669, j. Chaput [« **Dessert & Passion** »].

<sup>243</sup> P. BÉLANGER et S. RIGAUD, *op. cit.*, *supra* note 232, p. 45 ; *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, AZ-50579686 (C.S.), 2009 QCCS 4669, j. Chaput, n° 34.

ainsi qu'aux individus qui en exploitent une et qui tentent de faire une proposition à leurs créanciers aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Cela va à l'encontre des vœux exprimés par l'Association des banquiers canadiens, qui aurait préféré que ce type de financement soit limité aux restructurations de grandes entreprises sous l'empire de la *Loi sur les arrangements*, afin de ne pas augmenter les coûts du crédit<sup>244</sup>. En ce sens, il fut suggéré que le seuil d'admissibilité au régime de cette loi, qui permet à toute entreprise ayant un endettement minimal de 5 millions de dollars d'en bénéficier<sup>245</sup>, soit révisé à la hausse, afin d'en réserver l'application aux véritables grandes entreprises<sup>246</sup>. Force est de constater que ces suggestions n'ont pas été jugées recevables par le législateur.

C'est un tribunal du Québec qui rendit la première décision au Canada relativement à l'octroi d'un financement temporaire sous l'article 50.6 LFI<sup>247</sup>. L'affaire *Dessert & Passion* met en scène une moyenne entreprise de fabrication de desserts comptant environ 78 employés. Sa situation financière se détériore en raison d'un incendie de son usine survenu en 2008 et de dépassements de coûts pour la construction de cette usine. Son créancier principal, Banque nationale du Canada, mandate un expert-comptable au printemps 2009 pour vérifier sur place l'information financière de la compagnie. À l'automne 2009, sur la foi de l'analyse de l'expert-comptable, la banque rappelle ses prêts

---

<sup>244</sup> Voir: CANADIAN BANKERS ASSOCIATION, *Examination of the Administration and Operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies Creditors Arrangement Act*, submitted to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, Juin 2003 [non publié], p. 5-6.

<sup>245</sup> LACC, art. 3.

<sup>246</sup> A. LEDUC, *Limites*, supra note 214, p. 592 ; J. ZIEGEL *et al.*, *Submissions on Bill C-55*, supra note 232, n° 24, p. 17.

<sup>247</sup> *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, AZ-50579686 (C.S.), 2009 QCCS 4669, j. Chaput.

et cesse d'avancer des fonds, convaincue qu'aucun redressement de la compagnie n'est possible. La compagnie se place alors en avis d'intention de faire une proposition concordataire à ses créanciers en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et demande au tribunal de consentir à un financement postérieur prioritaire, ainsi qu'à l'établissement d'une charge prioritaire en faveur des administrateurs et dirigeants de la compagnie aux termes de l'article 64.1 LFI <sup>248</sup>.

Le tribunal, malgré la contestation de la Banque, l'accueillit favorablement. D'une part, même si le témoignage du représentant de la banque confirma qu'à son avis, la situation financière de l'entreprise ne s'améliorera pas même avec un financement intérimaire <sup>249</sup>, qu'elle n'avait plus confiance en l'entreprise et qu'elle ne lui ferait plus d'avances, le juge Chaput indiqua cependant « *qu'il n'a pas dit que BNC ne fait plus confiance à M. Vachon comme dirigeant et gestionnaire de D&P* » <sup>250</sup>. D'autre part, le juge Chaput nota que « *la prévisibilité d'une proposition viable paraît bien mince* » <sup>251</sup>, et que « *l'on ne peut exclure que la position de BNC [ne] se détériorera pas au cours des prochaines semaines* »; « *si la charge pour le financement intérimaire est constituée, les sûretés de*

---

<sup>248</sup> Cette dernière demande sera refusée, la débitrice n'ayant démontré, aux termes du paragraphe 64.1 (3) LFI, qu'elle était dans l'impossibilité de souscrire à une assurance responsabilité, en plus du fait qu'elle est administrée par un administrateur unique, qui en contrôle l'actionnariat. Voir : *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, AZ-50579686 (C.S.), 2009 QCCS 4669, j. Chaput, n<sup>os</sup> 85-90. L'objectif de l'article 64.1 LFI est d'assurer que les administrateurs demeurent en poste durant la procédure de mise en place d'une proposition aux créanciers. Cet article ne vise pas le cas d'un administrateur unique, qui est également l'actionnaire de contrôle, car autrement il pourrait se soustraire à ses responsabilités statutaires. Voir : *Industries Show Canada inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 5788, j. Mongeon.

<sup>249</sup> *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, AZ-50579686 (C.S.), 2009 QCCS 4669, j. Chaput, n<sup>o</sup> 26.

<sup>250</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 49. Avis aux créanciers : il faut spécifiquement dire, dans vos témoignages, que vous n'avez plus confiance dans les dirigeants et administrateurs.

<sup>251</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 60.

*BNC rétrograderont d'un rang. C'est un préjudice sérieux* »<sup>252</sup>. Néanmoins, le juge conclut en affirmant que « [d]ans les circonstances, il paraît indiqué pour la survie de l'entreprise et l'intérêt général des créanciers que le financement intérimaire soit autorisé »<sup>253</sup>. À la lecture de ce raisonnement, la conclusion du juge surprend. Il fut probablement influencé par le fait que l'entreprise espérait se renflouer avec les « importantes commandes en vue de la période des Fêtes »<sup>254</sup>.

Des charges prioritaires totalisant 450 000 \$ furent autorisées, alors que l'entreprise est à ce moment-là endettée envers ses créanciers garantis pour une somme de 3 856 000 \$ et qu'elle l'est envers ses créanciers ordinaires pour une somme de 1 607 000 \$<sup>255</sup>. Appelées « sûretés ou hypothèques » par le juge, le dispositif du jugement laisse à la discrétion du prêteur temporaire le loisir de les publier ou non aux registres appropriés<sup>256</sup>. Elles ne pourront toutefois être mises à exécution sans l'envoi de préavis de défaut aux parties intéressées « conformément aux lois applicables »<sup>257</sup>. Ces charges sont de « rang supérieur à celui de tous autres hypothèques, gages, sûretés, priorités, contrats de vente conditionnelle ou de location-acquisition, charges ou garantie de quelque nature que ce soit [...] grevant les biens de Dessert & Passion inc. »<sup>258</sup>.

---

252 *Ibid.*, n° 69.

253 *Ibid.*, n° 72.

254 *Ibid.*, n° 12.

255 *Ibid.*, n<sup>os</sup> 5-6.

256 *Ibid.*, n<sup>os</sup> 101, 103.

257 De quelles lois s'agit-il ? On l'ignore, mais on présume que les dispositions du Code civil sont à l'esprit du juge. Voir : *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, AZ-50579686 (C.S.), 2009 QCCS 4669, j. Chaput, n° 104.

258 *Ibid.*, n<sup>os</sup> 107-108. Comment le juge peut-il créer une charge qui primera des contrats de « location-acquisition » (un crédit-bail) ? Le crédit-bailleur ou le locateur à long terme demeurent

Le marché du financement temporaire n'est pas encore une industrie aussi bien rodée au Canada qu'elle ne l'est aux États-Unis. Les institutions financières traditionnelles ne s'y sont pas encore vraiment intéressées. Il faudra voir comment il se développera et si l'on assistera à une segmentation du crédit similaire à ce qui s'est produit aux États-Unis <sup>259</sup>. Enfin, il sera intéressant de mesurer, à plus long terme, quels en seront les effets sur le crédit garanti, mais on peut d'ores et déjà affirmer que le droit canadien du redressement semble avoir choisi une voie favorisant d'abord l'industrie de la restructuration et les entreprises, plutôt que le marché du crédit garanti.

Voyons maintenant de quelle manière le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est envisagé dans les textes internationaux.

---

propriétaires des biens loués et cela fut reconnu par la jurisprudence. Voir, notamment : *Lefebvre (Syndic de)* ; *Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326; *Transport international Pool inc. c. St-Georges, Hébert inc.*, J.E. 2005-247 (C.A.) ; *Transport Consol (1998) inc. (Syndic de)*, J.E. 2004-1634 (C.S.) ; *Mines Jeffrey inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-76 (C.S.). Pour les ventes à tempérament conclues avant le 1<sup>er</sup> juin 2001, voir *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348.

<sup>259</sup> Voir, entre autres : J.P. SARRA, *op. cit.*, *supra* note 209. Il est à se demander si une telle segmentation est souhaitable. En effet, la cession de prêts, soit à l'avance dans un contexte de titrisation de créances par les banques, soit lorsque l'entreprise veut les céder à escompte pour bénéficier d'un financement rapide, sont à l'origine de la crise financière mondiale qui éclata en 2008. Sachant que le Canada s'en est beaucoup mieux tiré que les États-Unis et que la plupart des pays du G8, on peut penser que cela reposait en partie sur une gestion des crédits moins segmentée.



- c) financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les textes internationaux

Les principaux textes internationaux<sup>260</sup> de l'harmonisation du droit des sûretés et des procédures collectives reconnaissent l'importance d'adopter des mesures spéciales qui favoriseront le redressement d'une entreprise insolvable mais encore viable<sup>261</sup>. Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est reconnu comme l'une de ces mesures. Il est encouragé d'édicter des dispositions qui le rendront possible. Cependant, les droits des créanciers garantis antérieurs ne devront pas être affectés, leur consentement pourra être requis et une protection contre la dévaluation de leur sûreté

<sup>260</sup> À l'exception de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* qui ne se contente que d'énoncer des règles de priorité et un ordre de collocation des créances dans un contexte ordinaire, hors insolvabilité. Voir, à ces égards, *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, *supra* note 10, art. 47-53, 60. Il est étonnant qu'elle ne s'exprime pas à ce sujet, à l'instar des autres textes internationaux. Une version antérieure contenait une disposition prévoyant que toute sûreté mobilière sans dépossession publiée primait notamment le syndic de faillite. Le but de cette disposition, rédigée en termes plutôt ambigus, était d'exprimer l'intention de ses rédacteurs à l'effet que toute sûreté doit être publiée pour être valide et opposable au syndic de faillite. Mais au-delà de cette disposition, pas d'intention plus clairement exprimée quant à l'interaction entre les sûretés conventionnelles de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, les sûretés légales et le droit de l'insolvabilité. Les comptes-rendus des travaux du comité de rédaction indiquent pourtant que la question a été débattue. On a suggéré que la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* devrait s'exprimer clairement à cet égard et suggérer que l'ordre de priorité, ainsi que les conditions de validité et d'opposabilité des sûretés devraient être identiques tant en contexte d'insolvabilité qu'en contexte normal. Force est de constater qu'aucun consensus ne fut atteint et que plusieurs réticences furent exprimées, notamment quant à la portée des diverses sûretés légales existant dans divers pays et de la protection constitutionnelle dont y jouissent certaines catégories de créanciers. Cela explique sans doute la présence de l'article 1 (2) permettant à un État de déroger à la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*. Voir, à ces sujets, B. KOZOLCHYK, *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 186, p. 449-490. Par ailleurs, la *Loi type de la BERD* n'en traite que pour énoncer des principes généraux. La sûreté doit être reconnue en cas d'insolvabilité et être sujette aux mêmes règles d'annulation que toute autre transaction ; son exécution se fait hors des procédures collectives ou, dans le cas contraire, le liquidateur doit lui remettre possession des biens grevés rapidement ; les créanciers qui peuvent primer les créanciers existants après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont l'objet d'une énumération limitative. *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 31. Cela s'explique par la vocation plus limitée de ces instruments types, qui ne ratissent pas aussi large que les guides législatifs ou autres énoncés de principes généraux.

<sup>261</sup> *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 125-132 ; *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre XII. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière », pp. 10, 13, 16, 26, 33 ; *Principes de la Banque Mondiale – 2001*, *supra* note 40, p. 51 et 61, n<sup>os</sup> 131-132, 162-163 (principes 16 et 18) ; *Principes de la Banque Mondiale – 2005*, *supra* note 40, p. 3, 5-11, 21 (principe C-12).

devra leur être accordée. Un financement postérieur pourra faire l'objet soit d'une priorité législative lui conférant un meilleur rang que celui des créanciers ordinaires mais ne déclassant pas les créanciers garantis, soit d'une sûreté réelle. Si la sûreté réelle grève des biens qui ne le sont pas déjà, le consentement des créanciers garantis ne devrait pas être requis, alors qu'il devrait l'être si la sûreté grève des biens qui le sont déjà. Dans les cas où les créanciers garantis consentent à ces mesures, l'approbation du tribunal ne serait pas nécessaire. Comme on le voit, le redressement de l'entreprise en difficulté ne signifie pas qu'il doive être fait entorse aux attentes commerciales légitimes des créanciers antérieurs, une valeur préconisée par les organisations internationales, car la prévisibilité constitue à leurs yeux le fondement des relations commerciales.

Notons que ce type de mesures existe à des degrés variables dans les différentes législations, mais que l'harmonie ne règne pas, certains pays se montrant plus réticents que d'autres à porter atteinte aux droits des créanciers garantis<sup>262</sup>. La culture du sauvetage des entreprises est néanmoins en voie de se généraliser<sup>263</sup>, comme en attestent

---

<sup>262</sup> Une recension complète de ce phénomène dépasse le cadre du présent texte. Toutefois, une étude relève les mesures adoptées dans les pays suivants : Australie, Brésil, Canada, Allemagne, Hong Kong, Inde, Japon, Pays-Bas, Pologne, Afrique du Sud, Royaume-Uni et États-Unis. Voir : INSOL INTERNATIONAL, *Financing in Insolvency Proceedings*, Londres, William Clowes Ltd. Beccles, Suffolk, 2006, en particulier à la p. 120 pour le Royaume-Uni : « [...] *the rights of secured creditors are paramount and there can be no prospect of rescue finance being granted priority ahead of or ranking at an equivalent level to the pre existing fixed charge security without the agreement of the secured creditor* [...] ». Par ailleurs, en France, un *privilege de postériorité* fut adopté en matière de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire, garantissant les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective, conférant un droit de poursuite individuelle sur les biens du débiteur et un véritable droit de prélèvement prioritaire sur l'actif de ce dernier. De même, un *privilege* au bénéfice des créanciers de la procédure de conciliation fut mis en place afin de protéger les créances dites de *new money*, comme le veut l'expression française. Mais ces mesures sont complexes et assorties de plusieurs conditions, dont on remet en question l'efficacité. Voir : Y. PICOD, *op. cit.*, *supra* note 8, n<sup>os</sup> 187-193, p. 261-266.

<sup>263</sup> Pour un commentaire à cet effet en droit français, lire : M. JEANTIN et P. LE CANNU, *op. cit.*, *supra* note 119, n<sup>os</sup> 1-24, p. 1-14.

nombre d'autres atténuations aux régimes de sûretés ou aux ententes contractuelles qui peuvent survenir dans un contexte de redressement.

d) autres atténuations aux régimes de sûretés

Le financement postérieur ne représente que l'une des nombreuses atténuations possibles au régime de sûretés suite à l'ouverture de la procédure. Les mesures de protection des droits des salariés<sup>264</sup>, les sûretés relatives aux honoraires professionnels<sup>265</sup>, à la protection des administrateurs et dirigeants<sup>266</sup>, aux fournisseurs essentiels<sup>267</sup>, sont du nombre, sans oublier les droits et priorités du Trésor public. Il faut aussi considérer la question de la résiliation et de l'annulation des contrats<sup>268</sup> et, enfin, les mécanismes

---

<sup>264</sup> Au Canada, une sûreté prioritaire relative aux salaires impayés grevant les « actifs à court terme » de la personne insolvable est créée, jusqu'à concurrence de deux mille dollars, LFI, art. 81.3 et 81.4. Cette sûreté déclassera celle des créanciers garantis antérieurs grevant les inventaires et les créances. Le programme de protection des salariés est une autre mesure qui s'ajoute à cette sûreté prioritaire. Ce programme, administré par le ministre du Travail, prévoit le versement de salaire aux personnes physiques jusqu'à concurrence de trois mille dollars pour la période de six mois précédant la faillite ou la mise sous séquestre de l'employeur. Ces créances salariales, qui peuvent être prélevées sur le Trésor, sont administrées par le syndic de faillite, dont les honoraires pour ce faire sont payables à même les biens du failli. Enfin, la Couronne peut être subrogée dans la sûreté prioritaire sur paiement des prestations prévues au programme. Voir : *Loi sur le Programme de protection des salariés*, préc., supra note 235; *Règlement sur le Programme de protection des salariés*, DORS/2008-222 (Gaz. Can. II). La loi confère une priorité pour la perte qu'en subiront les créanciers garantis. Voir : LFI, sous-paragraphe 136 (1) d.01. Par ailleurs, une sûreté universelle visant à assurer le paiement des versements aux régimes de pension prescrits qui auraient dû l'être mais ne l'ont pas été, est créée aux termes des articles 81.5, 81.6 LFI, toute proposition ou arrangement devant respecter ces dispositions, aux termes des paragraphes 60 (1.5) LFI et 6 (6) et 6 (7) LACC. Encore ici, la loi confère une priorité pour la perte qu'en subiront les créanciers garantis. Voir : LFI, sous-paragraphe 136 (1) d.02. Enfin, les conventions collectives font l'objet d'une protection spéciale. Voir : LFI, art. 65.12 ; LACC, art. 33.

<sup>265</sup> LFI, art. 47.2, 64.2, paragraphe 243 (6); LACC, art. 11.52.

<sup>266</sup> LFI, art. 64.1; LACC, art. 11.51.

<sup>267</sup> LACC, art. 11.4. Ce pouvoir n'est pas prévu à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

<sup>268</sup> LFI, art. 65.11 ; LACC, art. 32. La possibilité de permettre à une entreprise en difficulté de résilier un contrat a pour objectif de favoriser la présentation d'une proposition ou d'un arrangement viable à ses créanciers. Le régime canadien prévoit cependant des exceptions à cette faculté de résilier : n'y sont pas assujettis les contrats financiers admissibles, les baux visés par le paragraphe 65.2 (1) LFI, les conventions collectives, les accords de financement au titre desquels le débiteur est l'emprunteur et les baux d'immeubles ou de biens réels au titre desquels le débiteur

particuliers aux procédures collectives de mise en vente des biens d'un débiteur<sup>269</sup>. Au Canada, toutes ces mesures furent graduellement intégrées à la législation, avec pouvoir ultime conféré au juge de rendre « *toute ordonnance qu'il estime indiquée* » dans le cadre d'une procédure intentée en vertu de la *Loi sur les arrangements*<sup>270</sup>, le pouvoir inhérent demeurant par ailleurs à lui seul gage de flexibilité dans le contexte de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>271</sup>. D'aucuns n'y virent une déperdition du crédit garanti<sup>272</sup>.

---

est le locateur. Voir : LFI, paragraphe 65.11 (10) ; LACC, paragraphe 32 (9). La loi prévoit aussi, désormais, la possibilité pour un débiteur de céder des contrats. LFI, art. 66 (1.1), 84.1 ; LACC, art. 11.3. Hormis les contrats financiers admissibles et les conventions collectives, ces dispositions entourant la cession de contrat n'excluent pas expressément les « *accords de financement au titre desquels le débiteur est l'emprunteur* » comme dans le cas de celles traitant de la résiliation, mentionnant toutefois à titre d'exception à ce régime « *les droits et obligations qui, de par leur nature, ne peuvent être cédés* ». Un contrat de prêt tombera-t-il sous cette exception ? On peut le croire, mais la porte est ouverte à l'interprétation.

<sup>269</sup> LFI, art. 65.13 ; LACC, art. 36. Le tribunal a désormais le pouvoir d'autoriser une vente hors du cours normal des affaires des biens de l'entreprise en difficulté « *sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'acquiescement des actionnaires, et ce malgré toute exigence à cet effet, notamment en vertu d'une règle de droit fédérale ou provinciale* ». Bien sûr, une telle vente purge les droits réels existants, sur autorisation du tribunal. LFI, paragraphe 65.13 (7) ; LACC, paragraphe 36 (6). Le produit de disposition est affecté d'une charge en faveur des créanciers touchés. Mentionnons toutefois que cette possibilité contourne l'exercice des droits réels aux termes du régime de sûretés, dont l'utilisation pourra s'avérer moins avantageuse, notamment en ce qui a trait aux délais et préavis exigés. Enfin, la nomination par un créancier garanti d'un séquestre aux termes de l'article 243 LFI semble permettre la vente des biens d'une entreprise aux conditions que le tribunal estime indiquées.

<sup>270</sup> LACC, art. 11. Nous avons critiqué cette disposition car elle représente à notre avis une abdication par le législateur de ses pouvoirs au profit des tribunaux. Voir : A. LEDUC, *Grands pas et faux pas*, supra note 214, p. 443-450. Certains se sont inquiétés de ce que les pratiques jurisprudentielles soient désormais codifiées, car cela pourrait limiter les tribunaux dans leurs pouvoirs créatifs, par exemple pour l'octroi d'une charge prioritaire visant à retenir les employés clés dans le cadre d'un redressement (i.e. *key employee retention program*), qui n'est pas prévue aux termes des modifications. Nous ne croyons pas que ces inquiétudes soient fondées. À preuve, un tribunal a déjà autorisé l'octroi d'une pareille charge. Voir : *In Re Canwest Global Communications*, O.S.C. (Commercial List), n° CV-09-8396-00CL, 6 octobre 2009, par. 62-64. Un pouvoir similaire est conféré aux juges américains. BANKRUPTCY, 11 U.S.C. § 105 (2009), en ligne : [http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc\\_sec\\_11\\_00000105\\_---000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc_sec_11_00000105_---000-.html) (consulté le 17 janvier 2010).

<sup>271</sup> Il n'y a pas de disposition équivalente à celle de l'article 11 LACC dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

<sup>272</sup> Voir : David R.M. JACKSON, « Is There Anything Left for the Secured Lenders ? The Current State of Statutory Super Priorities and the Impact of Bill C-55 », (2006) 23 *National Insolvency*

En somme, ces mesures participent de l'arsenal mis à la disposition des entreprises, de leurs conseillers et des tribunaux afin de faciliter le redressement de celles qui peuvent s'en sortir<sup>273</sup>. En Amérique du Nord, le droit du sauvetage de l'entreprise et des procédures collectives est un droit de plus en plus négocié, dont les paramètres sont progressivement établis dans un contexte judiciaire, la loi et le droit des contrats devant s'ajuster devant l'impératif du redressement. On pourrait croire que le droit des sûretés ou du crédit garanti n'en soit devenu qu'un maillon, mais son importance économique continue quand même, malgré les soubresauts dont il fait l'objet, d'exercer une certaine influence, du moins en doctrine et dans les textes internationaux<sup>274</sup>. C'est pourquoi il importe de considérer les principes directeurs de l'harmonisation ou de l'arrimage des régimes de sûretés et d'insolvabilité en droit interne.

---

*Review 1*; J.S. ZIEGEL, *Travails*, *supra* note 232, p. 446; P. BÉLANGER et S. RIGAUD, *op. cit.*, *supra* note 232, p. 57-59.

<sup>273</sup> Des mesures analogues à celles que nous venons de décrire en droit canadien existent en droit américain. Elles servent de sources d'inspiration au législateur canadien. Voir notamment : BANKRUPTCY, 11 U.S.C. § 363 (Use, sale or lease of property), 365 (Executory contracts and unexpired leases), 1113 (Rejection of collective bargaining agreements) (2009).

<sup>274</sup> Cependant, le *Guide législatif sur l'insolvabilité* va dans la même direction que les solutions préconisées en Amérique du Nord, tout en indiquant que les droits des créanciers garantis doivent être préservés, ce qui peut sembler contradictoire. Voir : *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, p. 122-125 (recommandations sur la disposition des biens hors du cours normal des affaires), 146-149 (recommandations sur le traitement des contrats), 169-171 (recommandations sur l'annulation des contrats), 172 (recommandations sur les droits à compensation (*set-off*)), 175-176 (recommandations sur les contrats financiers et la compensation globale (*netting*)). Voir aussi, dans le même sens : *Principes de la Banque Mondiale – 2001*, *supra* note 40, p. 45-51, n<sup>os</sup> 116-130 (principes 14) (Traitement des obligations contractuelles), (principe 15) (Opérations frauduleuses et préférentielles); *Principes de la Banque Mondiale – 2005*, *supra* note 40, p. 20-21 (principe C-10) (Traitement des obligations contractuelles), (principe C-11) (Transactions annulables).

### 2.3.5 principes directeurs de l'harmonisation des régimes de sûretés et d'insolvabilité en droit interne

Afin de conclure au sujet de la nécessité d'arrimer les régimes de sûretés et ceux d'insolvabilité, il est utile de résumer les principes qui se dégagent des textes internationaux, considérant que ces efforts sont en voie de devenir des sources du droit des sûretés pour tout législateur <sup>275</sup>.

Ainsi, la sûreté doit demeurer valide en situation d'insolvabilité du débiteur.

Les règles permettant d'invalider une sûreté consentie lors d'une période suspecte avant la faillite du débiteur doivent être identiques, que l'on soit en situation d'insolvabilité ou non.

Le créancier garanti doit être en mesure de réaliser sa sûreté en tout temps, qu'une procédure collective ait été instituée ou non, bien que certaines limites à ses droits soient permises lorsque le redressement de l'entreprise est possible; dans le cas contraire, l'administrateur de l'insolvabilité est tenu de rapidement évaluer les biens grevés, de les liquider et de remettre le produit de disposition au créancier garanti.

Enfin, les règles de priorités doivent être limitées et celles qui déclassent les sûretés conventionnelles peu nombreuses et clairement circonscrites; elles doivent demeurer identiques, que l'on soit en situation d'insolvabilité ou non <sup>276</sup>. Toute dérogation à ce principe doit prévoir une façon de protéger la valeur des intérêts des créanciers garantis, titulaires de sûretés conventionnelles. Essentiellement, il faut trouver des moyens de

---

<sup>275</sup> A.M. GARRO, *loc. cit.*, *supra* note 39, p. 363.

<sup>276</sup> *Principes de la Banque mondiale – 2001*, *supra* note 40, n° 58, p. 24 et 27 (Principe 3).

protéger les intérêts des créanciers autres que conventionnels différends de l'octroi de privilèges ou autres formes de sûretés légales <sup>277</sup>.

Enfin, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure doit être possible, mais sujet à une sauvegarde appropriée des droits et intérêts des créanciers garantis antérieurs. Le critère de la protection suffisante (*adequate protection*) est celui proposé; il peut évidemment prendre plusieurs formes, l'essentiel étant de maintenir le *statu quo* pour les créanciers garantis et de prévenir l'érosion de la valeur de leurs sûretés. Cette protection doit aussi être accordée lorsque l'exercice des droits des créanciers garantis est suspendu <sup>278</sup>.

Ces principes devront être respectés, sinon un régime de sûretés ne produira pas ses effets <sup>279</sup>. Réformer le droit des sûretés sera de peu d'utilité si des réformes équivalentes ne sont pas mises en place en matière de droit de l'insolvabilité et qu'aucune mesure n'est prise pour s'assurer de la complémentarité des deux régimes. Cette complémentarité sera aussi nécessaire dans un contexte international ou transfrontalier.

---

<sup>277</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 58, 131-152 (Principes 3 et 16).

<sup>278</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 139, 162-163 (Principes 16 et 18). Voir, en particulier, le n<sup>o</sup> 139 : « [...] *La protection des créanciers peut revêtir des formes multiples, mais il s'agit, en substance, de maintenir en l'état la sûreté que détient un créancier garanti sur un bien par des mesures qui permettront soit d'empêcher la valeur du nantissement de décliner, soit de dédommager le créancier garanti de cette perte de valeur. Les formes de protection envisageables consisteront à faire des paiements en espèces périodiques pendant la durée de la procédure, à accorder au créancier garanti concerné une sûreté réelle supplémentaire sur d'autres actifs non garantis, à conférer au créancier garanti un rang prioritaire lors des remboursements sur les autres actifs non grevés, etc.* ».

<sup>279</sup> De façon générale, voir : *Guide législatif sur les opérations garanties*, supra note 45, « Chapitre XII. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté mobilière » ; *Loi type de la BERD*, supra note 51, art. 31.

### 2.3.6 harmonisation internationale de l'insolvabilité et traitement équitable des créanciers

L'internationalisation des marchés n'est pas qu'une vue de l'esprit. De plus en plus, les entreprises se mondialisent. Elles ont des places d'affaires dans plus d'un pays et même sur plusieurs continents. Leurs biens se trouvent donc dans plusieurs juridictions, ainsi que leurs créanciers et leurs débiteurs. L'impact de ces situations se fait sentir tant dans un contexte de financement transfrontalier, relativement à la prise de sûretés, que dans le cadre de procédures d'insolvabilité, tant locales qu'internationales.

L'État où s'ouvre une procédure collective applique habituellement son droit interne tant pour la procédure proprement dite que pour ses effets (*lex fori concursus*). Le tribunal de l'État du for établit la validité et l'opposabilité des sûretés en fonction de ses propres règles de conflits de lois (à l'exception des droits portant sur des immeubles et des biens meubles qui s'y unissent par accession, qui peuvent alors être assujettis à la loi du *situs*). Ces règles vont référer au droit applicable, qui ne sera pas celui de l'insolvabilité, mais d'autres lois ou sources de droit, locales ou étrangères. En revanche, le droit processuel de l'insolvabilité viendra préciser les effets des sûretés dans le contexte de la procédure collective. La reconnaissance de sûretés étrangères, leur rang et la possibilité pour le créancier d'exercer ses droits sont autant de facettes qui en dépendront<sup>280</sup>. Voilà donc un premier niveau d'harmonisation possible, qui concerne le droit matériel ou substantif de l'insolvabilité en lien avec les sûretés. Les guides législatifs de la CNUDCI, les lois types de la BERD et de l'OÉA, les Principes de la Banque Mondiale et du FMI, sont autant d'instruments de l'harmonisation qui tentent d'apporter des solutions aux

---

<sup>280</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, supra note 45, « Chapitre XII. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté mobilière », p. 4-5, 20 ; *Guide législatif sur l'insolvabilité*, supra note 43, p. 75-82.



problématiques qu'il soulève. Les différents droits internes ont avantage à adopter des règles de conflits de lois similaires et à harmoniser leurs règles relatives à la constitution, à la validité et à la publicité des sûretés, afin qu'elles soient reconnues d'un État à l'autre et qu'elles procurent aux créanciers les effets recherchés, et ce, tant localement qu'à l'étranger, *a fortiori* dans un contexte d'insolvabilité <sup>281</sup>.

Le second niveau est complémentaire mais se situe ailleurs. Il concerne plutôt le droit procédural de l'insolvabilité. Qu'advient-il lorsqu'un débiteur a des biens, des créanciers ou des débiteurs situés dans plusieurs juridictions ? Quelle est la juridiction compétente pour organiser la faillite ? Quelle est la loi applicable ? Dans quels États une faillite va produire ses effets ? Qu'advient-il lorsqu'une entreprise multinationale fait faillite dans un État, voire dans plusieurs en même temps ? Comment résoudre les conflits de faillite ? Comment assurer un traitement équitable entre les créanciers, tant locaux qu'étrangers ? En doctrine, deux théories s'opposèrent longtemps, soient celle de l'universalité (ou de l'unité) et celle de la pluralité (ou de la territorialité).

La théorie de l'universalité prône un facteur de rattachement objectif et unique pour décider du lieu de l'ouverture d'une procédure de faillite, soit l'État du domicile du débiteur. Selon cette doctrine, seul le tribunal de cet État serait compétent pour être saisi d'une procédure d'insolvabilité, qui s'étendrait aussi à l'étranger, permettant de créer une seule masse de créanciers, d'assurer leur traitement équitable et d'éviter les faillites concurrentes. Cette théorie a ses limites, dont la souveraineté des États et la crainte que peuvent avoir les créanciers étrangers de n'être pas bien protégés dans une procédure qui

---

<sup>281</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section III. B. 2.1, traitant des règles de conflits de lois en matière de constitution et de publicité des sûretés mobilières conventionnelles.

est, justement, étrangère. Cette crainte est renforcée par l'absence d'harmonisation complète dans le domaine des sûretés :

Enfin, la règle de compétence exclusive du tribunal du domicile a pour conséquence de léser certains créanciers garantis d'une sûreté sur l'universalité des biens du débiteur, si ces derniers sont situés dans différentes juridictions qui ne reconnaissent pas toutes le même effet à ce type de sûreté en cas de faillite. En effet, ainsi que le soutient Albert Bohémier, le lien intime entre le droit privé et le droit de la faillite sur le plan interne fera obstacle au système de l'unité tant et aussi longtemps que le droit privé lui-même (surtout en ce qui concerne les sûretés) ne sera pas unifié.<sup>282</sup>

À l'inverse, la théorie de la territorialité, dont l'un des objectifs premiers consiste à protéger les créanciers nationaux, pose le principe que la faillite ne peut entraîner d'effets en dehors des frontières de l'État où elle est prononcée. Cette approche coupe court à l'internationalisation des procédures et favorise leur pluralité. En pratique, c'est plutôt ce système qui a prévalu, souveraineté des États oblige. Mais une application extrême de ce principe ne permet pas de traiter adéquatement les cas d'insolvabilité transfrontaliers ni d'assurer l'égalité de traitement des créanciers. Si des mesures ne sont pas mises en œuvre pour assurer une coopération entre les États, est à craindre la fraude par le divertissement des biens d'un débiteur ayant plusieurs places d'affaires, ce qui nuirait à la sécurité des investissements dans un contexte mondialisé. L'absence d'harmonie en matière d'insolvabilité internationale ferait obstacle au commerce international<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> D. CARRÉ, *op. cit.*, *supra* note 163, p. 12 [références omises].

<sup>283</sup> L'adoption de la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, *supra* note 44, est proposée aux termes du *Guide législatif sur l'insolvabilité*, qui lui est postérieur, mais dont l'un des objectifs principaux consiste à établir un cadre pour l'insolvabilité internationale. Le *Guide législatif sur l'insolvabilité* reproduit la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* en annexe, ainsi que le *Guide* pour l'incorporation de cette loi. Ce dernier *Guide* constitue en quelque sorte un commentaire explicitant les origines et les dispositions de la loi type. Voir le *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, Annexe III, « Deuxième partie. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale », p. 347, n° 32.

Pour ces raisons, il serait de mise aujourd'hui de parler d'une troisième voie, mitoyenne, que l'on qualifie de *territorialisme modéré* ou d'*universalisme assoupli* <sup>284</sup>. Son porte-étendard est la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, datant de 1997, dont les objectifs consistent à harmoniser le domaine de la faillite internationale en instaurant une coopération entre les tribunaux d'un pays à l'autre, afin d'assurer un traitement équitable des créanciers, du débiteur, de favoriser la stabilité économique et d'encourager le redressement des entreprises en difficulté <sup>285</sup>.

Le régime proposé aux termes de la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* ne concerne que la procédure et non le droit substantif. Il consiste à établir des critères de distinction entre des procédures multiples. Il distingue la « procédure étrangère principale » de la « procédure étrangère non principale », la principale étant celle qui a lieu dans l'État où le débiteur a le « centre de ses intérêts principaux » <sup>286</sup>. Il établit des mécanismes pour favoriser la reconnaissance des procédures étrangères <sup>287</sup> et étendre les droits du représentant étranger de l'insolvabilité sur son territoire lorsque cela s'avère souhaitable. Le régime permet à plusieurs procédures de coexister, protégeant dès lors les créanciers nationaux, mais établit une certaine hiérarchie entre elles <sup>288</sup>. Des règles incitant à la coopération entre les tribunaux sont suggérées, ainsi que des règles pour régir les procédures concurrentes. Enfin, pour assurer le traitement équitable des créanciers et éviter l'enrichissement sans cause, la loi type propose d'interdire à un

---

<sup>284</sup> Sur toutes ces questions, lire : D. CARRÉ, *op. cit.*, *supra* note 163, en particulier aux p. 6, 7-25.

<sup>285</sup> *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, *supra* note 44, Préambule.

<sup>286</sup> *Ibid.*, paragraphes 2 (b) et 2(c).

<sup>287</sup> *Ibid.*, Chapitre III.

<sup>288</sup> *Ibid.*, Chapitres IV et V.

créancier de cumuler les réclamations d'une faillite à l'autre sans qu'il ne soit tenu compte de ce qu'il a reçu dans une autre procédure <sup>289</sup>. Plusieurs pays ont adopté, avec certaines adaptations <sup>290</sup>, le texte de la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, dont les États-Unis d'Amérique en 2005 <sup>291</sup> et le Canada en 2009 <sup>292</sup>. L'Union Européenne, de son côté, adopta un règlement <sup>293</sup> aux objectifs comparables mais qui se limite à des procédures se déroulant sur son territoire. Son champ d'application est plus limité, ce pourquoi l'on souhaite l'adoption de la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* par ses États membres <sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> *Ibid.*, art. 32.

<sup>290</sup> « Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ont été adoptés en Australie (2008), en Afrique du Sud (2000), en Colombie (2006), en Érythrée (1998), aux États-Unis d'Amérique (2005), en Grande-Bretagne (2006), aux Îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2003), au Japon (2000), en Maurice (2009), au Mexique (2000), au Monténégro (2002), en Nouvelle-Zélande (2006), en Pologne (2003), en République de Corée (2006), en Roumanie (2003), en Serbie (2004) et en Slovénie (2007) », peut-on lire sur le site Web de la CNUDCI, à la page concernant l'état des ratifications des textes de la CNUDCI en insolvabilité, en ligne : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html) (consulté le 23 janvier 2010).

<sup>291</sup> BANKRUPTCY, 11 U.S.C., Chapter 15, Ancillary and Other Cross-Border Cases, en ligne : [http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc\\_sup\\_01\\_11\\_10\\_15.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode11/usc_sup_01_11_10_15.html) (consulté le 23 janvier 2010); S. McDONALD HENRY, dir., *Bankruptcy Code*, *supra* note 194, p. 1501 et ss. [le « **Bankruptcy Code** »]. Au sujet de l'adoption de cette loi-type aux États-Unis et pour une discussion sur ses applications jurisprudentielles récentes dans des affaires transfrontalières avec le Canada, lire : Guy MARTEL et David TOURNIER, « Coopération judiciaire et insolvabilité transfrontalière : un nouveau cadre législatif », (2009) 68 *R. du B.* 185. Dans certaines affaires transfrontalières, le financement intérimaire prioritaire octroyé aux États-Unis ou au Canada fut reconnu dans la juridiction voisine.

<sup>292</sup> LFI, art. 267-284 ; LACC, art. 44-61.

<sup>293</sup> UNION EUROPÉENNE, *Règlement 1346/2000*, 29 mai 2000.

<sup>294</sup> D. CARRÉ, *op. cit.*, *supra* note 163, p. 25, 39-46 ; *Guide législatif sur l'insolvabilité*, *supra* note 43, Annexe III, « Deuxième partie. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale », p. 343-344, n<sup>os</sup> 18-19.

Enfin, dans cette même foulée, la CNUDCI adopta, le 1<sup>er</sup> juillet 2009, le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*<sup>295</sup>, qui fait la somme d'expériences pratiques illustrant la coopération entre les tribunaux dans le cadre de procédures transfrontalières, se voulant un autre outil d'information qui vise l'harmonisation du droit de l'insolvabilité<sup>296</sup>.

Bien qu'il soit trop tôt pour parler d'une harmonisation complète du droit de l'insolvabilité aux deux niveaux que nous avons identifiés, les outils proposés en ce sens par les organisations internationales sont autant de pas en cette direction. Ces efforts s'ajoutent à l'influence bien réelle des pratiques judiciaires, que nous avons décrites précédemment, qui débordent du strict cadre des procédures d'insolvabilité pour toucher significativement aux régimes de sûretés, dont nous allons maintenant aborder les caractéristiques principales.

### 3. Les principales caractéristiques d'un régime de sûretés mobilières

Nous retracerons, dans un premier temps et de façon générale, l'historique et l'évolution des sûretés mobilières [3.1], ce qui nous permettra d'entrevoir, dans un deuxième temps, la nécessité d'adopter des règles simples, efficaces et uniformisées en cette matière [3.2].

#### 3.1 historique et évolution des sûretés mobilières : de leur naissance à leur prolifération incontrôlée et incohérente

Le Québec, lorsque le *Code civil du Bas Canada* était encore en vigueur, les provinces du Canada anglais, avant l'avènement des *Personal Property Security Acts*, les différents

<sup>295</sup> *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*, en ligne : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html) (consulté le 23 janvier 2010).

<sup>296</sup> Voir : Jenny CLIFT, « UNCITRAL Practical Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation », (2009) Fourth Quarter *Insol World* 15.

États des États-Unis d'Amérique, avant l'adoption du Titre 9 du *Uniform Commercial Code*, nombre de pays de l'Europe continentale d'aujourd'hui, dont la France, la Belgique et la Suisse, le Royaume-Uni, la majorité des pays de l'Amérique latine <sup>297</sup> et le Mexique d'avant la nouvelle *Loi sur les sûretés réelles mobilières* du 23 mai 2000 <sup>298</sup>, ont tous connu des systèmes de sûretés réelles mobilières déficients, voire même, dans le cas des pays de tradition civiliste, pratiquement inexistantes. Si, d'un point de vue systémique, on constate des différences marquées et peut-être inextricables entre le droit civil et la *common law*, notamment au chapitre du droit des biens <sup>299</sup>, on peut néanmoins constater certaines similitudes factuelles qui menèrent, dans les deux cas, à la constatation de la nécessité de réformer ce domaine du droit pour tenir compte de nouvelles réalités commerciales.

Dans les pays de droit civil d'influence française, l'adage « *Res mobilis, res vilis* » <sup>300</sup>, a grandement influencé le travail des légistes, au point d'ériger au niveau du dogme la règle

---

<sup>297</sup> Pour un exposé traitant de la situation historique et actuelle dans les pays de l'Amérique latine, voir : B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10, p. 35-39.

<sup>298</sup> *Secured Transactions Law*, *Diario Oficial de la Federación*, 23 mai 2000, citée par J.M. WILSON, « Mexico : New Secured Transactions and Commercial Registry Laws », (2000) 7 *Inter-American Trade Report* 1815. Voir également : J.A. GARCIA et L.A. UNIKEL, « Mexico Upgrades Laws on Security Interests », (2000) 7 *Inter-American Trade Report* 1815, 1819-1821. Ces deux articles sont disponibles sur le site Web du *National Law Center for Inter-American Free Trade*, en format pdf (bulletin bi-mensuel du 3 juillet 2000, numéro 13), en ligne : <http://www.natlaw.com/bulletin/2000/0007/tr03jul00.pdf> (consulté le 24 janvier 2010). Il faut noter, au passage, certains faits qui nous semblent contradictoires, à propos de ce processus de réforme mexicain : d'une part, leur Cour suprême réprovoque l'exercice extra-judiciaire de recours hypothécaires comme constituant une violation des garanties de justice fondamentale; d'autre part, la nouvelle loi mexicaine sur les sûretés réelles mobilières édicte, d'après les commentaires des auteurs susmentionnés, des sanctions contre le débiteur en défaut allant jusqu'à l'emprisonnement pour dettes.

<sup>299</sup> Voir notre analyse, ci-dessous, Partie I, sous-section III.A.2, portant sur les sûretés mobilières conventionnelles dans leur objet et dans leur cause.

<sup>300</sup> Voir, notamment, Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 53.

voulant que « les biens meubles n'ont pas de suite par hypothèque »<sup>301</sup>. Ainsi, en dehors du gage avec dépossession et de certaines variantes de ce concept sous forme de nantissement, principalement en matière commerciale et agricole, les sûretés mobilières furent *a priori* limitées en nombre et en genre. Au demeurant, ce sont surtout les sûretés de type possessoires qui eurent cours en matière mobilière dans la tradition civiliste. Cela s'explique alors surtout par l'absence d'un système de publicité approprié, qui rendait de ce fait plus difficile la constitution et, en premier lieu, l'opposabilité de toute sûreté conventionnelle sans dépossession sur un bien meuble<sup>302</sup>.

Les mêmes réticences sont présentes dans la tradition de *common law*. Les sûretés mobilières sont d'abord limitées au « pledge » et les sûretés sans dépossession sont proscrites, car il n'existe aucun mode de publicité permettant d'en déceler l'existence. Partant, toute sûreté sans dépossession est vue comme étant frauduleuse. Puis, au dix-neuvième siècle, la législation sur les *Bills of Sale* et les lois sur les compagnies

---

<sup>301</sup> Ce qui est toujours le cas en droit français. Voir : C. civ., art. 2398 (anciennement C. civ., art. 2119). Déjà, pour M. Cabrillac et C. Mouly, cet article et l'adage auquel il réfère sont périmés, car la « [...] législation [française] a fait place à des hypothèques mobilières, officiellement reconnues comme telles (hypothèque maritime, fluviale et aérienne), outre celles qui, selon beaucoup dont nous sommes, sont dissimulées sous le manteau du gage [références omises] ». Voir : M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 511, p. 418. Voir aussi Emmanuel PUTMAN, « Sur l'origine de la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » », [1994] *Rev. trim. dr. civ.* 543. Voir, sur la nouvelle disposition du Code civil français, Y. PICOD, *op. cit.*, *supra* note 8, n° 301, p. 357-358. Enfin, voir l'article 2022 du *Code civil du Bas Canada*, pour la reprise de cette règle dans le droit civil québécois antérieur à la réforme de 1994.

<sup>302</sup> Yves Caron avait déjà l'occasion de s'exprimer comme suit, dès 1969 : « *Il n'est pas erroné de dire que sans les difficultés résultant de l'identification des biens meubles et celles d'en suivre les déplacements ou ceux de leurs possesseurs, l'hypothèque mobilière aurait déjà été définitivement acquise il y a bien longtemps. [...] [La] difficulté majeure est [donc] celle de l'identité des biens meubles et de la publicité des contrats qui les affectent. C'est là la justification historique de la prohibition des hypothèques mobilières. [...] Le système de publicité et d'enregistrement est [par conséquent] la clef de voûte d'une loi sur les garanties réelles, et en particulier sur les garanties réelles mobilières* ». Voir : Yves CARON, « L'Article 9 du Code uniforme de commerce peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois », dans Jacob S. ZIEGEL et William F. FOSTER, dir., *Aspects of Comparative Commercial Law : Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions*, Montréal, Eugène Doucet, 1969, 374, p. 381 et 390.

édicteurent l'exigence de publier tout transfert où cession faite à titre de sûreté, d'où l'émergence de sûretés mobilières sans dépossession<sup>303</sup>. Le « chattel mortgage » et le « charge » existent depuis ce temps, auxquels s'ajoute le « consensual lien »<sup>304</sup>. Un régime équivalent aux sûretés-propriétés du droit civil, qualifié de « quasi-sûretés », existe en parallèle, comprenant les « *conditional sales, financial leasing and hire-purchase agreements* », qui n'ont pas à être publiées. En résumé, il s'agit toujours là du régime en vigueur en Angleterre<sup>305</sup>.

La nécessité de réformer le droit des sûretés, dans son ensemble, et plus particulièrement en matière mobilière, est né d'un ensemble de circonstances comparables, tant pour les pays de tradition civiliste que pour ceux de *common law*. Comme l'affirme J.-F. Riffard, le « bilan pathologique » est, dans les deux cas, très similaire et comparable<sup>306</sup>. Si l'on considéra un temps, du moins dans les pays civilistes, que seuls les biens immeubles présentaient des caractéristiques pouvant satisfaire l'insécurité chronique des créanciers, en raison, notamment, de leur inamovibilité et de leur plus grande valeur, ce raisonnement a, depuis, perdu de son acuité, particulièrement depuis la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, en raison de l'importance économique désormais conférée aux biens meubles de toutes sortes.

---

<sup>303</sup> J. DE LACY, *loc. cit.*, *supra* note 28, p. 8-37, 77-82, en particulier à la p. 81: « *It was only by virtue of the introduction of registration systems under the Bills of Sale Acts (in relation to individuals) and Companies Acts that this problem [i.e. certainty in security interests] began to be managed. However, these registers never really developed to meet the changing commercial environment. Essentially, English law in relation to personal property security interest has remained regulated by eighteenth- and nineteenth-century common law principles with Victorian legislation superimposing a registration system* ». Les efforts de réformes semblent être au point mort en droit anglais.

<sup>304</sup> Voir, notamment, M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 633-637.

<sup>305</sup> H. BEALE *et al.*, *The Law of Personal Property Security*, *supra* note 28, p. 8-11, 13.

<sup>306</sup> Voir : J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, p. 23. Voir aussi, en droit suisse, A. EIGENMANN, *op. cit.*, *supra* note 149, p. 29.



À côté de ces considérations purement économiques sont apparues, au fil des ans, des considérations relevant de la technique juridique qui, bien évidemment, présentèrent néanmoins leur impact économique. Prolifération des sûretés dont on retrouve la source dans des textes législatifs aussi divers que nombreux, voire même dans le sacro-saint principe de la liberté contractuelle qui permettrait l'élargissement de la nomenclature pratiquement à l'infini, formalités de constitutions complexes et onéreuses, procédures d'exercice des recours multiples et différentes, parfois même divergentes, qui s'avèrent au demeurant longues, complexes et onéreuses. À tout cela, il faut ajouter la gourmandise du législateur et celle de certains groupes d'intérêts, qui se traduit par la création de privilèges légiférés (ou « statutaires »<sup>307</sup>), conférant une priorité de rang à ceux qui en sont bénéficiaires<sup>308</sup>.

Ainsi, des motifs d'ordre économique et juridique démontrent la nécessité d'adopter des règles simples, efficaces et uniformisées, afin de régir les sûretés réelles mobilières.

### 3.2 de la nécessité d'adopter des règles simples, efficaces et uniformisées

Des observateurs issus des principales traditions juridiques occidentales s'accordent pour identifier les qualités dont doit faire preuve un régime de sûretés réformé. Simplicité des modalités de constitution et efficacité de la sûreté, uniformité intrinsèque du système et nombre limité de sûretés (ou règle ayant un tel effet), exécution rapide et non-coûteuse, système de recours uniformisé, système de publicité uniforme, règles de priorité simples

---

<sup>307</sup> Voir : Paul-André CRÉPEAU, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Editions Yvon Blais, 1991, p. 214, s.v. « droit statutaire ».

<sup>308</sup> Voir, notamment, en droit civil québécois, Pierre CIOTOLA, « Commentaires sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 *R.J.T.* 569, 570.

et claires permettant au créancier de savoir exactement quelle est sa position dans l'ordre de collocation sur les biens du débiteur par rapport aux autres créanciers et de connaître l'endettement réel du débiteur, tels sont les principaux critères qui doivent inspirer le législateur<sup>309</sup>. On indique également que la sûreté idéale devrait être en mesure d'évoluer en même temps que la créance du débiteur et ne représenter qu'une atteinte parcimonieuse au crédit du constituant<sup>310</sup>. En corollaire, la sûreté devrait pouvoir grever tout type de biens, être consentie par toute espèce de constituant en faveur de tout type de créancier, afin de garantir tout type d'obligation licite, présente ou future, déterminée ou déterminable<sup>311</sup>.

Essayons maintenant d'identifier et de comparer diverses méthodes connues et utilisées à ce jour qui tentent de parvenir à l'atteinte de ces résultats.

## **B. De l'uniformisation intrinsèque des régimes de sûretés mobilières**

Les objectifs généralement poursuivis, par toute réforme de quelque domaine du droit, consistent à faire œuvre de « modernisation » et de « rationalisation »<sup>312</sup>, afin de répondre, dans le cas précis des sûretés mobilières, aux exigences de simplicité et d'efficacité, que nous avons précédemment étudiées. À cet égard, nous analyserons les principales techniques juridiques utilisées pour l'atteinte de l'uniformisation intrinsèque des systèmes de sûretés mobilières [1]. Nous exposerons ensuite diverses solutions

---

<sup>309</sup> Voir, entre autres, Jacques AUGER, « Problèmes actuels de sûretés réelles », (1997) 31 *R.J.T.* 619, 632-633; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, *supra* note 151, p. 15; J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 37, P. 65-69; Ulrich DROBNIG, « Basic issues of European rules on security in movables », dans John DE LACY, dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010, 444.

<sup>310</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 7, p. 7.

<sup>311</sup> R. GOODE, *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 106, n° 15.

<sup>312</sup> Voir, notamment, R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 35, p. 427.

préconisées à travers l'analyse des principaux systèmes de sûretés mobilières occidentaux réformés [2].

Observons que si, de façon générale, il y a convergence de vues quant aux objectifs poursuivis, il demeure cependant une certaine tension quant au choix de la route pour y parvenir. En outre, l'enjeu fondamental consiste à concilier le principe de l'autonomie de la volonté à l'idéal d'un régime de sûretés mobilières qui soit moderne, unique et uniforme, en ce qui a trait aux modalités de constitution, de publicité et de réalisation<sup>313</sup>. Laisser libre cours à la liberté contractuelle des parties ne permet certes pas la création d'un tel régime de sûretés mobilières qui soit uniforme, en ce que les exceptions échappant à la réglementation en place risquent alors de se multiplier et de devenir légion. À l'inverse, une négation de cette liberté contractuelle des parties, si elle permet l'édification d'un régime uniforme, cohérent et parfaitement prévisible, empêcherait la naturelle et souhaitable évolution des pratiques de ce domaine du droit commercial et de l'appareil législatif conçu et mis en place pour les soutenir<sup>314</sup>. Il ne faut pas perdre de vue que cette uniformisation du domaine des sûretés permettra la création d'un ordre de priorité et la mise en place de mécanismes de réalisation qui soient, on l'espère, cohérents, ce qui est sans doute l'objectif cardinal poursuivi.

---

<sup>313</sup> Voir : J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, où ce dernier précise, à la p. 207, ce que l'on entend par cela : « Adopter un système unique et uniforme de sûreté mobilière entraîne deux séries d'implications intrinsèquement liées. Unique, il a vocation de régir toutes conventions constitutives de sûreté. Uniforme, il entend les soumettre toutes au même régime ».

<sup>314</sup> P. Ciotola rappelle à juste titre que la liberté contractuelle a permis l'évolution des pratiques en matière de crédit. Ainsi, les techniques de la vente « conditionnelle », de la vente à réméré, de la vente avec clause résolutoire, celles des transports de créances, les clauses de dation en paiement, les clauses de déchéance du terme et les clauses de cession de loyers et d'indemnités d'assurance, figurent au nombre de ces innovations, en droit civil québécois. 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*, vol. 3, Sainte-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1993, 303, 314, n° 17.

## 1. Les principales techniques juridiques permettant l'atteinte de l'uniformité intrinsèque

La doctrine identifie généralement quatre (4) grandes techniques possibles afin d'accomplir ces objectifs de modernisation et de rationalisation du droit des sûretés réelles mobilières<sup>315</sup>. Il y aurait, d'abord, l'approche dite « fonctionnelle » et unitaire, telle que proposée aux termes du Titre 9 du *Uniform Commercial Code* et des autres législations qui s'en inspirent [1.1]. On note, ensuite, le principe de l'énumération limitative des sûretés, émanant du droit civil français [1.2]. Puis, le concept de la « présomption d'hypothèque », proposé par l'Office de révision du Code civil du Québec en 1978 [1.3]. Enfin, le principe dit de l'« essence de l'opération », tel que formulé par R.A. Macdonald [1.4]. Notons que la principale pierre d'achoppement de l'atteinte de l'uniformité réside dans le traitement qui sera fait des sûretés-propriété et de l'aliénation fiduciaire<sup>316</sup>.

### 1.1 l'approche fonctionnelle et unitaire du Titre 9 du *Uniform Commercial Code*

Il importe d'explicitier, en premier lieu, cette distinction posée entre les approches dites « formaliste » et « fonctionnelle » (ou téléologique) [1.1.1]. Nous retracerons ensuite brièvement la genèse, l'historique et l'évolution de l'approche fonctionnelle en droit américain [1.1.2], pour ensuite en examiner les buts [1.1.3]. Enfin, nous terminerons cette esquisse en examinant les principales critiques qui sont formulées à l'encontre de cette approche [1.1.4].

---

<sup>315</sup> Voir, de façon générale, R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27.

<sup>316</sup> Voir, notamment, les commentaires de S.V. BAZINAS, *loc. cit.*, *supra* note 46, p. 74, 85-86.

### 1.1.1 distinctions fondamentales entre les approches dites « formaliste » et « fonctionnelle »

L'approche dite « formaliste » relève essentiellement du principe de la liberté contractuelle, et réfère donc à la forme juridique de la transaction. On pourrait dire, jusqu'à un certain point, qu'elle n'est pas tant une approche, à proprement parler, qu'une situation de faits, caractérisée par un certain laisser-faire, du moins lorsque l'on considère l'état du domaine des sûretés mobilières aux États-Unis d'avant l'avènement du Titre 9 du *Uniform Commercial Code*. Ainsi, grâce à l'ingéniosité des praticiens du droit, on a progressivement vu se développer autant de sûretés conventionnelles que l'imagination le permettait, dans le but de contourner les règles contraignantes parfois imposées, par les tribunaux ou par le législateur, à l'encontre des intérêts des créanciers. Ces sûretés conventionnelles obéissaient donc toutes à des critères variés et différents, en ce qui a trait à leurs formalités de constitution, de publicité, d'opposabilité et de réalisation. S'en suivirent de longs et coûteux litiges, où le nœud principal du débat consistait, la plupart du temps, à qualifier juridiquement la transaction, afin de savoir si cela conférait une sûreté valide et opposable en faveur du créancier, qui respectait les critères particuliers à la forme juridique de la transaction envisagée.

L'approche dite « fonctionnelle » ou « fonctionnaliste », se présenta comme étant l'alternative à cette approche ou situation de faits dite « formaliste », et ce, au terme d'une relativement lente évolution doctrinale et législative, aux États-Unis. On voulait éviter de voir se multiplier des sûretés conventionnelles aux formes juridiques particulières, et ainsi créer un régime unitaire, en ce qui concerne tant les formalités de constitution, de publicité que de réalisation, et ce, sans égard à la qualification juridique

donnée par les parties à la transaction. Ce faisant, on crut faire œuvre de modernisation et de rationalisation.

L'objectif principal poursuivi par cette approche est sans doute de vouloir porter une solution définitive au problème de l'identification des droits des parties ou de tout tiers sur un bien meuble, sans égard à la personne qui en a la possession, c'est-à-dire la détention ou la garde physique, notamment par l'établissement de règles de publicité uniformes. La doctrine anglo-saxonne, dans le domaine, parle du « *ostensible ownership problem* », qui se pose généralement dans le cas des sûretés mobilières sans dépossession, ou dans le cas des réserves de propriété sur un bien meuble, autrement qualifiées de « propriété-sûretés » ou de « quasi-sûretés », voire même dans le cas des baux de financement, des dépôts et des prêts à usage<sup>317</sup>. Ainsi donc, en faisant obéir toute transaction ayant pour but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation à un seul et même régime juridique, on permet l'édification d'un système de publicité des droits sur les biens meubles et d'un ordre de collocation temporel (c'est-à-dire qui soit fonction de la date et de l'heure de l'inscription de la sûreté au registre approprié).

La consécration législative ultime de l'approche fonctionnelle américaine fut initialement codifiée à la section U.C.C. § 9-102 (1995), qui se lit comme suit :

**§ 9-102. Policy and Subject Matter of Article.**

(1) Except as otherwise provided in Section 9-104 on excluded transactions,  
this Article Applies

---

<sup>317</sup> Voir: Grant GILMORE, *Security Interests in Personal Property*, vol. 1, Boston, Little, Brown and Company, 1965, p. 24-25. Cette problématique vient du fait que pendant longtemps, possession et propriété furent indissociables, et qu'une préférence accordée à un créancier sans qu'elle ne fasse l'objet d'une publicité quelconque, en l'absence de dépossession du débiteur, présentait un air de fraude. Les origines de ce concept remonte au « *Twyne's Case* » de l'an 1601, fréquemment cité.

(a) to any transaction (regardless of its form) which is intended to create a security interest in personal property or fixtures including goods, documents, instruments, general intangibles, chattel paper or accounts; and also

(b) to any sale of accounts or chattel paper.

(2) This Article applies to security interests created by contract including pledge, assignment, chattel mortgage, chattel trust, trust deed, factor's lien, equipment trust, conditional sale, trust receipt, other lien or title retention contract and lease or consignment intended as security. This Article does not apply to statutory liens except as provided in Section 9-310.

(3) The application of this Article to a security interest in a secured obligation is not affected by the fact that the obligation is itself secured by a transaction or interest to which this Article does not apply.<sup>318</sup>

[Notre soulignement]

Ainsi, tel que nous l'évoquons, cette approche dite « fonctionnelle » ou « téléologique », doit être comprise en opposition à l'approche ou situation dite « formaliste ». La disposition de la section U.C.C. § 9-102 (1995)<sup>319</sup> indique clairement que le Titre 9 du UCC, pris dans son ensemble, vise à régir toute transaction conventionnelle, à l'exclusion des privilèges légiférés, dont le but ultime est de conférer un *security interest* à son titulaire, c'est-à-dire toute transaction ayant pour but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation. Cela signifie donc que l'on procède à la « [...] *qualification des opérations de garantie d'après l'intention des parties plutôt que d'après la forme*

---

<sup>318</sup> Voir: UNIFORM COMMERCIAL CODE, *Article 9, Secured Transactions; Sales of Account and Chattel Paper*, 1995 Text, Current Version, dans *Uniform Commercial Code, Official Text – 2000*, The American Law Institute, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2000, p. 779-780 [le « *Uniform Commercial Code – Official Text – 2000* »].

<sup>319</sup> Au même effet, depuis la récente révision, voir U.C.C. § 9-109 (2010), qui est cependant beaucoup moins limpide que son ancienne version. Voir aussi: E.E. SMITH, « An Introduction to Revised UCC Article 9 (1999) » dans C. COOPER, dir., *The New Article 9 Uniform Commercial Code*, 2<sup>e</sup> éd., American Bar Association, 2000, 17, p. 18-21. Il faut toutefois noter l'élargissement de l'application du Titre 9 du UCC (2000) à de nouvelles catégories de transactions qui étaient autrefois exclues de sa sphère d'application. Par exemple, les privilèges agricoles (*agricultural liens*), sont désormais visés par la sous-section U.C.C. § 9-109 (a) (2) (2010). Voir enfin : OPPSA, art. 2.

*utilisée [...] »*<sup>320</sup>, ce qui n'est pas sans générer ses sources d'incertitudes, comme nous le verrons plus loin.

### 1.1.2 genèse, historique et évolution de l'approche « fonctionnelle »

Cette consécration de l'approche fonctionnelle et unitaire est le fruit d'une évolution législative et doctrinale qui s'étend sur plusieurs années. On remarque, aux États-Unis, certains efforts en ce qui a trait à la « fusion statutaire » des instruments de financement que sont les ventes conditionnelles et les *chattel mortgages*, dans les années 1910<sup>321</sup>. On tenta en effet, dans certains États américains, de fondre les régimes juridiques applicables à ces instruments en un seul et même régime uniforme, en raison de l'apparente identité des objectifs poursuivis par les créanciers aux termes de ces transactions<sup>322</sup>. Puis, quelques décennies plus tard, les rédacteurs du projet de Titre 9 du UCC voulaient remédier à la situation qui prévalait jusqu'alors et que l'on identifiait comme étant le « *system of independent security devices* », c'est-à-dire cette situation de laisser-faire caractérisée par la prépondérance du principe de la liberté contractuelle en matière de sûretés mobilières et par une réglementation législative et jurisprudentielle éparse.

L'approche fonctionnelle devait servir de guide pour opérer les distinctions entre les divers types de sûretés, en lieu et place de la situation « formaliste » antérieure. On estimait cependant qu'il existait alors cinq (5) grandes catégories de financement, à savoir : (i) le financement de l'inventaire et des comptes à recevoir; (ii) celui des dettes

---

<sup>320</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27, p. 532.

<sup>321</sup> Ces efforts s'attirèrent déjà bien des critiques, tel que le rapporte G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 289 (en particulier à la note 2).

<sup>322</sup> *Ibid.*



contractuelles incorporelles à long terme; (iii) celui de l'équipement industriel; (iv) le crédit agricole; (v) le crédit aux consommateurs<sup>323</sup>. Chacune de ces catégories devait initialement faire l'objet d'un titre distinct au *Uniform Commercial Code*. Les rédacteurs arrivèrent toutefois à la conclusion, lors du processus de rédaction, que les différences entre ces catégories n'étaient pas si importantes qu'on l'avait initialement cru. C'est ainsi que la fusion ultime des quatre (4) premières catégories susmentionnées s'opéra à l'intérieur d'un seul et même Titre, c'est-à-dire le neuvième du UCC, le crédit aux consommateurs étant alors laissé sur la touche pour diverses raisons politiques<sup>324</sup>.

### 1.1.3 buts poursuivis par l'approche « fonctionnelle »

Cette approche se voudrait exhaustive et tendrait ainsi à couvrir toute transaction susceptible de créer une sûreté mobilière conventionnelle. On éviterait ainsi la création de nouveaux instruments juridiques créés par l'ingéniosité des juristes et, partant, le morcellement du régime unitaire applicable à toute sûreté pour en assurer la validité et l'opposabilité, ainsi que la préservation de l'uniformité des mécanismes d'exécution et de réalisation<sup>325</sup>.

Il est également important de préciser que les rédacteurs de l'Article 9 UCC ne désiraient toutefois pas totalement rompre avec le droit jusqu'alors en vigueur<sup>326</sup>, notamment en ce qui a trait à l'exercice d'une certaine liberté contractuelle par les parties. Bien sûr, ils en restreignirent néanmoins l'exercice, non pas en ce qui concerne le choix de la forme de la

---

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 290-291.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 292-294.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 295-297, en particulier à la p. 296.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. vii, 297-301.

transaction par les parties, mais en ce qui a trait aux modalités de publicité, à l'ordonnancement des priorités et aux mécanismes de réalisation <sup>327</sup>.

#### 1.1.4 principales critiques formulées à l'encontre de l'approche « fonctionnelle »

Les critiques portées à l'endroit de cette approche fonctionnelle sont nombreuses <sup>328</sup>. On pourrait en résumer les principaux arguments comme suit.

Tout d'abord, l'approche fonctionnelle poserait une sérieuse limite au principe de la liberté contractuelle des parties. Là-même où l'on veut créer un régime présentant des qualités intrinsèques de clarté et de certitude, on instaurerait plutôt un régime qui, à sa face même, peut être générateur d'ambiguïté et d'incertitudes, tant pour les parties que pour les tiers. Ainsi, le problème de la qualification des transactions, que l'approche fonctionnelle vise à contourner, peut-il exister dans toute sa splendeur et avec une complexité accrue, en sachant qu'il faut découvrir l'intention des parties de conférer au créancier une garantie de paiement ou d'exécution d'une obligation, aux termes de la transaction à l'étude, peu importe la qualification juridique qui lui est donnée par les

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 297. Un auteur français n'a pas manqué de relever une certaine ironie à la chose : « *Après s'être défendus de porter atteinte à la liberté contractuelle des parties en précisant que celles-ci pourraient continuer à avoir recours aux anciennes formes de sûretés, les rédacteurs du Livre IX énoncèrent que toutes ces sûretés devaient désormais se conformer aux dispositions du régime uniforme, tant au niveau des conditions de constitution, d'opposabilité, ou de réalisation. Toute sûreté, quelle que soit sa forme, devient de facto un security interest. Pour plagier la formule célèbre de H. Ford, les parties sont libres de créer une nouvelle sûreté pourvu que ce soit un security interest !* ». Voir : J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, p. 217. À notre avis, il faut nuancer les propos de cet auteur, qui a en partie raison, dans son observation de la situation. S'il est vrai que le Titre 9 du UCC impose des formalités de constitution, de publicité et de réalisation, il permet aux parties de convenir de nombre de stipulations qui dépassent ce strict cadre, par exemple la tête sur laquelle repose le titre de propriété de l'objet grevé, ce qui peut présenter une incidence particulière, notamment en matière de faillite ou en matière fiscale. Voir, à ce sujet, les dispositions des sections U.C.C. § 9-201 et § 9-202 (2010).

<sup>328</sup> Voir, de façon générale, M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24; Martin BOODMAN et Roderick A. MACDONALD, « How Far Is Article 9 of the Uniform Commercial Code Exportable? A Return to Sources? », (1996) 27 *Can. Bus. L.J.* 249; R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 35, 436; I. DAVIES, *loc. cit.*, *supra* note 28.

parties <sup>329</sup>. S'agit-il, en l'occurrence, d'un critère d'appréciation subjectif (ou *in concreto*) ou objectif (ou *in abstracto*) ? <sup>330</sup>

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que l'approche fonctionnelle semble *a priori* faire fi de toute considération relevant du droit de propriété des parties ou de tout intérêt leur étant attribué conventionnellement ou légalement, en créant ce concept unique et englobant de sûreté qu'est le « *security interest* », lequel couvre tant les sûretés avec ou sans dépossession, que les propriété-sûretés, l'aliénation fiduciaire, la vente ou la cession de créance et les baux de financement. De l'avis de certains, cette désincarnation du concept de « *security interest* » des fondements de l'analyse classique du droit des biens ne serait que partielle et, jusqu'à un certain point, illusoire, puisqu'un « *security interest* » est un droit de sûreté ou de garantie conféré au créancier dans un « bien personnel » (i.e. « *personal property* »), c'est-à-dire, en adaptant, tant que faire se peut ces concepts de la *common law* à la terminologie civiliste, un droit réel dans un bien meuble. Ainsi, la qualification d'un *security interest*, en tant que telle, n'échappe pas à la nécessité de déceler un vocabulaire utilisé par les parties, évocateur de ces réalités propres à l'analyse classique du droit des biens <sup>331</sup>. De plus, cette inclusion tous azimuts, sous un concept unique, des sûretés avec ou sans dépossession, des propriété-sûretés, de l'aliénation fiduciaire, de la vente ou de la cession de créances et des baux de financement, imposerait une re-conceptualisation de ces diverses transactions, créant, de ce fait, une certaine

---

<sup>329</sup> M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 574 et 590.

<sup>330</sup> Par exemple, la législation américaine fournit certains critères de distinctions entre les « *true leases* » et les « *security leases* », les formalités de constitution et de publicité n'étant pas les mêmes selon le cas. On propose que ces critères de distinction soient objectifs. Voir, entre autres, G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 338-340.

<sup>331</sup> M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 23, p. 574.

artificialité et générant un nouveau type de « formalisme », ce que l'on visait pourtant à éviter<sup>332</sup>.

D'autre part, le droit de l'insolvabilité prévoit la distribution à la masse des créanciers des biens du débiteur. Ainsi, en cette matière, les distinctions propres au droit des biens conservent toute leur pertinence, ainsi qu'aux termes de diverses lois fiscales, en vertu desquelles les législateurs tant fédéral que provinciaux se confèrent des privilèges ou des priorités, en faisant appel à des concepts classiques du droit des biens<sup>333</sup>.

Enfin, les exclusions permises à l'étendue de l'application du Titre 9 du UCC sont relativement nombreuses<sup>334</sup>, ce qui crée une disparité entre les divers États américains, sans compter la limitation inhérente du Titre 9 du UCC aux seules sûretés conventionnelles, les privilèges légiférés étant virtuellement aussi variés que nombreux, selon les compétences des législateurs des États américains ou fédéral<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 619. Pour R.A. MacDonald, cette approche fonctionnelle est désincarnée et empêche une réflexion législative antérieure sur la nature et l'essence des transactions qui sont visées par la notion de *security interest*, laissant le soin aux juges d'en préciser les contours, ce qui est l'une des limites de cette approche mais qui s'explique par l'histoire de la common law et l'évolution des sûretés, un droit essentiellement prétorien qui ne se fonde pas sur un concept articulé, contrairement à l'hypothèque du droit civil. Voir : Roderick A. MACDONALD, « Article 9 Norm Entrepreneurship », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 240, 275-278, 282-283. Sur la nécessité de bien articuler un concept, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un emprunt au droit étranger, et ce, afin que la greffe prenne, lire les commentaires de George L. GRETTON, « Reception Without Integration? Floating Charges and Mixed Systems », (2003) 78 *Tulane Law Review* 307, au sujet de la non intégration conceptuelle en droit civil écossais du « Floating Charge » du droit anglais.

<sup>333</sup> M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 23, p. 576, 617-618.

<sup>334</sup> Voir, notamment, E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 21 : « *Of course, as it is the case under current Article 9, even though a type of property may be excluded from Revised Article 9, it is often possible for a secured party to obtain a security interest in that type of property using other federal or state statutes, or common law* ».

<sup>335</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 306-308. Gilmore précise que cette uniformisation des règles en matière de privilèges « statutaires » serait certes souhaitable, mais qu'il s'agit d'une tâche difficile et complexe, en raison, notamment, des sphères de compétence législatives en action. D'autre part, les rédacteurs du Titre 9 du UCC ont considéré que bon nombre de ces dits privilèges s'éloignaient de l'économie générale du régime de sûretés mobilières, envisagé aux

Ces critiques sont toutes d'intérêt. Le problème du manque de clarté et de certitude en regard de l'approche fonctionnelle, en ce qui a trait au processus de qualification des transactions, nous semble réelle. Nous croyons cependant que la plus pertinente de ces critiques, surtout dans un contexte d'harmonisation du droit des sûretés mobilières, aux échelles nationales et internationales, soit celle concernant l'existence de cette dichotomie entre les lois sur les sûretés mobilières, d'une part, le droit de la faillite et de l'insolvabilité, les diverses lois fiscales et les autres privilèges, priorités ou sûretés légales, d'autre part. En effet, le droit des sûretés, de façon générale, mais surtout dans un tel contexte d'harmonisation, devrait être davantage analysé, compris et considéré dans sa relation avec le droit de la faillite et de l'insolvabilité, ce qui n'était pas, jusqu'à récemment, une attitude répandue et développée, tant par la doctrine que par les législateurs, mais qui tend à changer, comme nous l'avons évoqué précédemment<sup>336</sup>.

En terminant au sujet de ce bref survol de l'approche fonctionnelle, une considération nous semble inéluctable, peu importe l'approche choisie. On a relevé que les rédacteurs du Titre 9 du UCC et certains commentateurs ont considéré comme interchangeables les notions de propriété et de sûreté<sup>337</sup>. Cela s'expliquerait en raison de la nécessité d'établir un système de publicité des droits permettant aux parties et aux tiers de connaître avec

---

termes du *Uniform Commercial Code*, qui vise à régir le domaine du crédit commercial et non celui du crédit consommériste.

<sup>336</sup> Voir nos remarques à ce sujet, *supra*, note 106. Voir aussi: Jacob S. ZIEGEL, « Canadian Perspectives on “How Far Is Article 9 Exportable” », (1996) 27 *Can. Bus. L.J.* 226, 244, où cet auteur affirme ce qui suit : « *What does, I think, emerge clearly from this variegated canvas is that it would be a serious mistake to read the provincial PPS legislation in isolation from the many countermovements diluting or trumping the priorities established by the Acts* ».

<sup>337</sup> Voir, notamment: I. DAVIES, *loc. cit.*, *supra* note 28, p. 301, 303, 321.

exactitude et précision l'étendue de leurs droits sur les biens grevés, ainsi que leur rang. Il s'agirait cependant d'une lecture imparfaite de la situation :

[...] [A]t the level of perfection and priority, the distinction between security and ownership is indeed irrelevant. The significant question is not whether the interest should be characterized as one of ownership or security, but whether it raises the sort of problems that a publicity regime applicable to non-possessory security interests is best geared to address. In other words, the drafters did not necessarily view the location of title as irrelevant to the concept of security, but rather to the kinds of problems that a perfection and priority regime is designed to redress.

While the perfection and priority policies regulating security interests can be logically extended to other non-possessory property rights, we question the wisdom of effecting that extension by deeming them to be security interests.

[...]

The need to resort to formal techniques to accomplish the security characterization in these exceptional cases [*e.g.* conditional sales, leases and consignments] illustrates two points: (i) that security interests and other non-possessory property interests share a common problem – the need for publicity – and not a common character, and (ii) that functional analysis alone is inadequate to resolve this common problem.

[...]

The policy issue in question is whether or not ownership is intrinsically deserving of a higher level of protection at the priority level than the interest of a secured creditor.<sup>338</sup>

[Nos soulignements]

Voilà qui résume fort bien la question entourant l'essence de la publicité des droits. On pourrait penser, à cet égard, qu'en raison des progrès remarquables de la technologie, qu'il n'y ait plus d'arguments qui tiennent à l'encontre de la publication obligatoire de tout intérêt ou droit dans un bien meuble, quel qu'il soit, pour en assurer la validité et l'opposabilité aux tiers, sauf peut-être en certains cas limités en droit consommériste. Les arguments de coûts et de complication accrue des transactions ne tiennent plus la route. Il ne s'agit donc pas de savoir, en l'espèce, si cela est source d'injustice ou d'incertitude à l'égard des personnes titulaires de tout droit de propriété, en raison d'une requalification

---

<sup>338</sup> M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 585 et 614.

de leur transaction à titre de *security interest*, laissant croire que ces personnes acquièrent un droit moindre que le droit de propriété convoité. Il s'agit plutôt du rôle de la publicité, qui assure l'opposabilité des droits et l'édification d'un ordre de priorité. D'ailleurs, on remarquait avec justesse que ces exigences de publicité sont toutes présentes en matière immobilière <sup>339</sup>.

Toutefois, au-delà de ces questions, demeurent celles ayant trait à l'uniformisation entre les sûretés et les propriété-sûretés quant aux recours et à leur exercice. On dénaturerait le droit de propriété en empêchant son titulaire de récupérer son bien, de le vendre et de conserver tout surplus provenant de cette vente, de même que de la possibilité de se prévaloir d'une clause pénale aux termes d'un contrat de quasi-sûreté, par exemple un bail, en cas de défaut du débiteur <sup>340</sup>. En cela, la quasi-sûreté n'équivaut pas à la sûreté et les préceptes du droit des biens demeurent importants dans les effets qu'ils produisent. Cette objection nous semble plus sérieuse. Cependant, comme nous le verrons plus loin <sup>341</sup>, les propriété-sûretés empêchent la création d'un ordre de priorité entre les créanciers, puisque toute réservation du titre de propriété équivaut à l'exclusion pure et simple du concours entre les créanciers.

---

<sup>339</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27, p. 555-556, 580-581. Nous verrons cependant que cette vision, bien qu'à l'origine des mouvements de réformes en droit des sûretés, fut graduellement délaissée ces dernières années et qu'un retour à l'occultisme s'opère, notamment en raison de la constitution et publication d'une sûreté par dépossession fictive, s'opérant par la maîtrise ou le « control » du bien grevé. Voir, à ce sujet, notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-sections III. A. 1.3 (les sûretés mobilières conventionnelles avec ou sans dépossession) et III. B. 2.3. (De la renaissance de la publicité par dépossession).

<sup>340</sup> I. DAVIES, *loc. cit.*, *supra* note 28, p. 306-307.

<sup>341</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section III. B.1, relativement à l'ordre de priorité entre les créanciers.

Le principe de l'énumération limitative des sûretés émanant du droit civil français propose une autre solution à l'édification d'un régime de sûretés uniformes et cohérent.

## 1.2 le principe de l'énumération limitative des sûretés du droit français

Existe-t-il un *numerus clausus* des sûretés réelles, en droit civil français ? La jurisprudence française du XIX<sup>ième</sup> siècle et la doctrine classique répondirent par l'affirmative<sup>342</sup>. Ainsi, seules les causes légitimes de préférences que sont, aux termes de l'article 2323 C. civ.<sup>343</sup>, les privilèges et les hypothèques, seraient reconnues comme sûretés réelles, les sûretés nommées par le législateur constituant une liste exhaustive. Cette approche s'est cependant effritée depuis. En France, c'est désormais le triomphe de la liberté contractuelle, qui s'ajoute à la consécration de nouvelles sûretés par le législateur lui-même<sup>344</sup>.

Il faut voir que, dans sa formulation la plus stricte, c'est-à-dire par l'inclusion d'une disposition législative présentant un caractère d'ordre public, énonçant que « *toute convention par laquelle les parties cherchent à créer une garantie réelle est nulle si elle n'est pas autorisée explicitement par la loi* »<sup>345</sup>, ce principe serait beaucoup plus rigide que ses autres versions possibles. En effet, l'approche fonctionnelle constituerait, en elle-même, comme d'ailleurs toutes les autres techniques visant à uniformiser et à unifier les

<sup>342</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 505, p. 411.

<sup>343</sup> Anciennement, art. 2094 C. civ.

<sup>344</sup> Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004, n° 5, p. 9-10 ; Y. PICOD, *op. cit.*, *supra* note 8, n° 172, p. 240. Par ailleurs, il y aurait une énumération limitative des sûretés en droit anglais. Voir : J. DE LACY, *loc. cit.*, *supra* note 28, p. 7 (note 17) ; H. BEALE, *et al.*, *The Law of Personal Property Security*, *op. cit.*, *supra* note 8, p. 8. Il faut cependant y ajouter la flexibilité découlant de l'*Equity* qui permet de palier à nombre de situations imprévues.

<sup>345</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27, p. 566.



formalités de constitution, de publicité, ainsi que les mécanismes de réalisation, l'une des multiples variantes de cette idée de l'énumération limitative des sûretés, selon l'angle envisagé <sup>346</sup>.

Analysons maintenant la version de ce principe de l'énumération limitative des sûretés telle que proposée par l'Office de révision du Code civil du Québec, aux termes de la notion de la « présomption d'hypothèque ».

### 1.3 le concept de la « présomption d'hypothèque » tel que proposé par l'*Office de révision du Code civil du Québec*

Le concept de la « présomption d'hypothèque » fut une version québécoise de l'approche fonctionnelle, adoptée aux termes du Titre 9 du UCC. Notre intention n'est pas de reprendre, ici, les multiples analyses qui ont déjà fait état de cette question <sup>347</sup>. Nous allons nous contenter de rappeler les lignes de forces de cette proposition de l'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC (« **ORCC** »), que le législateur québécois n'a pas retenue aux termes de sa réforme, lors de l'adoption et de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

Les articles 281 à 285 du Livre quatrième du *Projet de Code civil* portant sur les biens, énonçaient les règles de ce régime <sup>348</sup>. Cette notion de la présomption d'hypothèque était, en fait, beaucoup plus restrictive que ne l'est celle de « *security interest* » et toute l'approche fonctionnelle du UCC. En effet, non seulement y vit-on l'apparition d'un

---

<sup>346</sup> J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, p. 211.

<sup>347</sup> Pour une étude détaillée de la question et une référence aux autres études en traitant, voir : R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27.

<sup>348</sup> QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Éditeur officiel du Québec, 1978; QUÉBEC, QUÉBEC CIVIL CODE REVISION OFFICE, *Report on the Civil Code*, vol. I., Éditeur officiel du Québec, 1978 [le « **Projet de Code civil de l'ORCC** »].

concept de sûreté unique, générateur et fédérateur, regroupant sous le vocable de l'hypothèque toute transaction conférant un droit sur un bien visant à assurer le paiement d'une obligation, et ce, quelque soit le nombre, le nom ou la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés par les parties. On y vit, en plus, l'apparition d'une opération de requalification systématique de toute transaction par laquelle le créancier se réservait la propriété du bien à des fins de garantie. C'est ainsi que toutes formes de propriété-sûretés devinrent virtuellement proscrites, se métamorphosant automatiquement en transfert de propriété (le titre passant donc à l'acheteur/débiteur), conférant cependant une réserve d'hypothèque ou une hypothèque en faveur du vendeur/créancier. L'article 282 du *Projet de Code civil, in fine*, énonçait ce qui suit :

Ainsi, l'aliénation ou la location d'un bien ou une autre convention qui tombe sous le coup de l'article précédent emporte, quelles qu'en soient les modalités, transfert de propriété avec réserve d'hypothèque en faveur du créancier, ou, selon le cas, ne lui confère qu'une hypothèque, et la faculté ou l'obligation d'achat dont elle peut être assortie est alors sans effet.

Thus, regardless of the conditions, any alienation or lease of property or any other agreement which comes under the preceding article entails transfer of ownership subject to a hypothec in favour of the creditor or, as the case may be, merely confers a hypothec upon him, and any option or obligation to purchase which it may entail is then without effect.

[Notre soulignement]

De même, en pareil contexte, on crut bon d'interdire la résolution, par le vendeur/créancier, de toute vente ayant pour finalité de lui conférer une garantie, en raison de la survenance d'un défaut de l'acheteur/débiteur <sup>349</sup>.

Les avantages de cette approche sont essentiellement les mêmes que ceux précédemment énoncés en regard de l'approche fonctionnelle du Titre 9 du UCC. Simplicité et cohérence du régime, uniformisation des formalités de constitution, de publicité et de

---

<sup>349</sup> Voir l'article 284 du Livre quatrième du *Projet de Code civil de l'ORCC*, *supra* note 348.

réalisation, empêchement de contourner ces règles d'intérêt commun par le recours à des techniques peu ou pas réglementées, en particulier en matière de réserves de propriété. Enfin, l'objectif informationnel visé par l'édification d'un système de publicité assurant un ordonnancement clair des priorités entre les créanciers est alors pleinement atteint.

Les inconvénients de cette approche peuvent toutefois sembler plus sérieux que ceux précédemment énoncés en regard de l'approche fonctionnelle et unitaire américaine. Les arguments selon lesquels l'approche proposée par le système de la présomption d'hypothèque soit lourd et inefficace, notamment en matière de publicité, et les prétendues origines de *common law* qu'on lui impute comme étant un grave péché originel, ne retiendront pas notre attention à ce stade-ci<sup>350</sup>. On notera cependant l'affront plus important fait au principe de la liberté contractuelle<sup>351</sup>. En effet, cette requalification législative et impérative de toute forme de propriété-sûreté en hypothèque, avec transfert du titre de propriété par l'effet de la loi, allait beaucoup plus loin que l'approche du Titre 9 du UCC<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> Voir cependant R.A. MACDONALD, *loc. cit., supra* note 27, p. 536-543, qui rappelle, avec justesse selon nous, que cette approche téléologique ou fonctionnelle caractérise la philosophie générale du droit civil codifié en matière d'interprétation des lois et des contrats. Il va même plus loin, à la p. 543, affirmant que « [...] tous les droits occidentaux admettent la nécessité d'une approche téléologique aux questions de qualification dans le domaine des sûretés réelles ». Mentionnons, au demeurant, que le Titre 9 du UCC n'est certes pas une construction législative qui s'inspire de la *common law*. Voir entre autres, à ce sujet, Charles W. MOONEY, Jr., « Relationship between the prospective Unidroit International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and national civil aviation registries », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 335, 343.

<sup>351</sup> Cependant, cet affront au principe de la liberté contractuelle était un choix tout à fait conscient que posait l'ORCC. Voir, à ce sujet, QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaires*, t. 1, vol. 2, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 433; QUÉBEC, CIVIL CODE REVISION OFFICE, *Report on the Civil Code : Commentaries*, t. 1, vol. 2, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 429. Voir les commentaires de L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *loc. cit., supra* note 78, n<sup>os</sup> 151-157, p. 62-67.

<sup>352</sup> On retiendra cependant que certains auteurs soutiennent que le *Uniform Commercial Code* américain procède, lui aussi, à une certaine requalification des transactions en « *security*

Dès lors, on comprendra mieux l'enjeu fondamental : comment concilier le principe de l'autonomie de la volonté à la mise en œuvre d'un régime des sûretés mobilières qui soit moderne, uniforme et exhaustif, en ce qui a trait aux modalités de constitution, de publicité et de réalisation ?

C'est à cette problématique que le professeur R.A. Macdonald tenta d'apporter une solution en formulant le principe dit « de l'essence de l'opération », pour les systèmes civilistes, que nous allons maintenant étudier.

#### 1.4 le principe de l'« essence de l'opération » tel que formulé par R.A. Macdonald

R.A. Macdonald s'est inspiré des articles 1040a-1040e C.c.B.C. pour formuler sa proposition de l'adoption, par le législateur québécois, de dispositions au *Code civil du Québec* édictant le principe de l'essence de l'opération, en vue d'assurer l'uniformité et la cohérence du régime des sûretés réelles mobilières<sup>353</sup>. Ce principe permettrait l'exercice de la liberté contractuelle des parties, qui conserveraient le loisir de choisir la forme de la convention qui leur sied le mieux, sans risque que le législateur ne procède par la suite à une requalification modifiant les droits en découlant, notamment en ce qui a trait au

---

*interests* », détachant ainsi, par conséquent, l'analyse des conventions de sûretés des racines du droit des biens de la tradition de *common law*. Voir notre discussion, *supra*, note 332.

<sup>353</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27, p. 566 : « *Quels sont la nature et l'effet d'un tel principe, et comment y arriver en pratique ? Commençons par la dernière question. L'énonciation du principe se fait en deux étapes. Elle exige, premièrement, une disposition législative prévoyant la publicité et des mécanismes de réalisation obligatoires pour toute sûreté de droit commun, en l'occurrence, le régime hypothécaire. Ensuite, il est nécessaire d'ajouter des dispositions prévoyant que toutes les autres opérations juridiques ayant pour objet ou effet de créer un droit dans ou sur un bien à fin de garantir l'exécution d'une obligation seront également soumises aux régimes de publicité et de réalisation gouvernant les hypothèques* ». On note donc que les formalités de constitution peuvent différer de celles du régime hypothécaire dans le cas de nouvelles transactions ou de transactions autrement réglementées par le Code civil, seuls les régimes de publicité et de réalisation étant dès lors unifiés et uniformisés. R.A. Macdonald formule ensuite sa proposition en projet d'articles, à la p. 567 de son texte précité.

transfert du droit de propriété. Il aurait cependant pour effet d'assujettir, au régime général des hypothèques, toute transaction conférant un droit sur un bien afin de garantir l'exécution d'une obligation, pour ce qui est de la publicité et des mécanismes de réalisation.

Ce principe de l'essence de l'opération s'inspire certes de l'approche fonctionnelle du Titre 9 du UCC. Il en diffère cependant, de même qu'il diffère de la présomption d'hypothèque, à des degrés importants. Ainsi, aucune requalification des opérations de garantie, autres que celles découlant du régime général de l'hypothèque, n'est imposée<sup>354</sup>. On se rappellera que, dans le cas du Titre 9 du UCC, toutes les transactions conférant un intérêt dans un bien personnel afin de garantir l'exécution ou le paiement d'une obligation deviennent des « *security interests* », subissant dès lors, par conséquent, une requalification, dont certains, comme nous l'avons déjà souligné, s'interrogent quant aux effets.

Dans un contexte de droit civil codifié, l'adoption d'un principe de l'essence de l'opération constitue néanmoins une « fausse alternative »<sup>355</sup>. En effet, ce principe permet certes l'établissement de règles de publicité et de réalisation communes à tous les types de garanties. En revanche, il faillit à la tâche en ce qui a trait à l'édification d'un

---

<sup>354</sup> On peut cependant objecter que cette approche impose une requalification partielle, notamment au chapitre des mécanismes de réalisation, qui sont uniformisés, dénaturant par conséquent la nature de la transaction. C'est ce qu'a soutenu J.-F. RIFFARD, *op. cit., supra* note 21, p. 215-218. Voir la réponse de R.A. Macdonald à ce genre d'objection : R.A. MACDONALD, *loc. cit., supra* note 27, p. 570-572, qui estime que le droit de propriété n'est pas absolu, contrairement à l'approche civiliste classique qui le conçoit ainsi. Ce qui compte, c'est qu'au moment de la transaction, le titre reste sur la tête du propriétaire. Si ce droit de propriété est tronqué par un régime de recours uniformisé qui permet au débiteur ou à tout tiers intéressé de remédier au défaut et de conserver la jouissance du bien, cette troncature du droit de propriété n'est pas une objection suffisante à l'encontre du principe de l'essence de l'opération. Notons que le régime québécois du *Code civil du Québec* n'a pas suivi cette approche.

<sup>355</sup> J.-F. RIFFARD, *op. cit., supra* note 21, n<sup>os</sup> 617-618, p. 217-218.

ordre de priorité cohérent, se fondant sur le principe de l'ordre du temps<sup>356</sup>. Il permet donc, jusqu'à un certain point, la constitution de régimes de sûretés multiples et parallèles. Il sape l'efficacité d'un régime hypothécaire unifié. En effet, l'hypothèque ne conférant qu'un droit de préférence au créancier qui en est titulaire dans l'organisation de la loi du concours, il sera plus avantageux de choisir l'exclusion pure et simple de ce concours, en recourant aux mécanismes des réserves de propriété, de l'aliénation fiduciaire ou des baux de financement<sup>357</sup>. Ce faisant, le créancier échappe à l'ordre du temps en matière de collocation.

Il faut donc faire un choix, qui pourra être différent, selon qu'il s'agisse d'un régime de sûretés opérant dans un système de droit civil ou de *common law*<sup>358</sup>.

En droit civil, le droit des biens distingue les droits réels principaux des droits réels accessoires. La technique de l'hypothèque confère à son titulaire un droit réel accessoire sur le bien grevé. Dès lors que son assiette s'étende aux universalités de biens meubles corporels et incorporels, présents et à venir, et qu'il soit possible de garantir l'exécution d'une universalité d'obligations présentes et futures identifiées, le recours à d'autres

---

<sup>356</sup> Voir notre discussion à ce sujet, ci-dessous, Partie I, à la sous-section III.B.1, relative à l'ordre de priorités entre les créanciers.

<sup>357</sup> P. CROCQ, *loc. cit.*, *supra* note 124, p. 317-334, an particulier à la p. 319 : « *La recherche de nouvelles garanties résulte donc de la volonté d'échapper, d'une part, au caractère accessoire et, d'autre part, au risque de préférence. Face au caractère accessoire, les créanciers recherchent leur salut dans des garanties indépendantes. Face au risque de préférence, ils essayent de bénéficier de situations d'exclusivité* ».

<sup>358</sup> Pour une discussion plus élaborée des différences systémiques fondamentales entre le droit civil et la *common law* en matière de droit des biens, voir ci-dessous, Partie I, sous-section III.A.2, relativement aux sûretés mobilières conventionnelles dans leur objet et dans leur cause. Ainsi, l'atteinte d'un même objectif se fera donc par l'entremise de voies différentes, selon le système juridique médiateur d'intérêts divergents. Voilà tout le défi posé par la méthode comparative, tel que nous le rappellent René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1992, p. 12 : « *L'équilibre entre intérêts opposés et la réglementation de justice que le droit cherche à réaliser peuvent, dans des droits variés, être obtenus par des voies diverses* ».

techniques de garanties, impliquant la manipulation des droits réels, ne peut qu'être problématique, tant d'un point de vue pratique qu'au plan conceptuel. S'il s'agit de favoriser des principes d'uniformisation des règles, fondés sur des exigences de simplicité et d'efficacité, et sur la nécessité d'établir une certaine cohérence des règles de priorités, le choix qui s'impose est la création d'un régime hypothécaire universel d'ordre public. Le recours au principe de l'énumération limitative des sûretés évitera que l'on procède à une requalification des transactions telle que la notion de la présomption d'hypothèque le faisait. Ce choix est catégorique : on ne manquera pas d'objecter qu'il constituera un frein à l'évolution des techniques de crédit. On peut toutefois s'interroger sur leur possible évolution lorsque toutes les barrières à la constitution d'une sûreté sans dépossession efficace sont ainsi levées. Comme le remarque J.-F. Riffard, « *c'est à ce prix que l'on pourra maintenir une véritable uniformité, garante d'une certaine égalité entre les créanciers* »<sup>359</sup>.

En *common law*, le droit des biens ne s'articule pas de la même manière qu'en droit civil, en particulier en ce qui a trait au concept du droit de propriété. L'approche fonctionnelle et unitaire du *security interest* peut ainsi englober plus facilement toutes les formes de transactions de sûretés, le maniement des *legal title* et *equitable title* permettant une plus grande souplesse. Bien qu'il existe une requalification des transactions qui se muent en *security interest* dès lors que la finalité de l'opération est de garantir l'exécution d'une obligation, la notion même de *security interest* n'interfère pas au niveau de l'articulation des *legal title* et *equitable title* entre le créancier et le débiteur. Elle permet l'atteinte des mêmes objectifs que l'approche du droit civil préconisant la création d'un régime

---

<sup>359</sup> J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, n° 618, p. 218.

hypothécaire unique, utilisant le principe de l'énumération limitative. On constate donc que le maniement des droits réels exige probablement plus de précisions. Le sort des réserves de propriété ne peut se comprendre de la même manière en droit civil et en *common law*. C'est pour cela que leur traitement différera selon le système de droit <sup>360</sup>.

En pratique, cependant, nous verrons que cette conception ne demeure qu'une visée intellectuelle, les différents projets d'harmonisation favorisant, en lieu et place d'une véritable approche unitaire qu'ils n'épousent que du bout des lèvres, une segmentation et une spécialisation du crédit par types de biens, tel que le *Uniform Commercial Code* l'établit, du reste.

---

<sup>360</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27, n° 25 (note 96), p. 571. De manière assez intéressante, il s'agit d'ailleurs là d'arguments qui sont invoqués par les Écossais à l'encontre de l'adoption possible, pour tout le Royaume-Uni incluant l'Écosse, d'un régime unitaire fondé sur l'approche téléologique à l'image du Titre 9 du UCC, le droit privé écossais étant de tradition civiliste et adoptant le régime de droit des biens romaniste. Voir, à ce sujet : George GRETTON, « Security over moveables in Scots law », dans John DE LACY, dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010, 270, en particulier aux p. 279-280: « *In a civilian system of property law, ownership is an unambiguous and primary conception. Common lawyers deconstruct ownership as a 'bundle of rights' and it may well be that in the common law systems that is correct but, in the civil law, ownership is not a bundle of rights. [...] 'Security interest' turns out to be (from a civilian perspective) elusive. The policy of the UCC is this: 'In title finance, the title is functionally a security interest. So the law should characterise it as such'. That could be done either by converting it into a limited real right, or by keeping it as ownership but strictly as security ownership. When one put the text of the UCC under magnifying glass, it is unclear which of these is happening. However, that criticism is perhaps itself a culture-bound criticism. In a system where ownership is conceptualised as a bundle of rights, the sorts of issues being canvassed above perhaps do not matter and perhaps do not even make sense. Civil lawyers are, it might be said, obsessed by the question of who has which real rights at each moment. Anglo-american lawyers are not so obsessed. Having established that the philosophy of the UCC is functionalism, for the Anglo-American lawyer the story is ended. The civil lawyer may be prepared to accept the functionalism, but wishes to make it run on a different operating system. It is unfortunate that scepticism about UCC Article 9 has often been misconstrued as a distrust of functionalism. That may come into it, but a functionalist philosophy, however enthusiastically embraced, still needs technical implementation.* »



Nous allons maintenant nous attarder à l'étude de diverses solutions qui furent retenues ou qui sont préconisées par les systèmes en place ou par les principaux projets de réforme actuellement en cours dans le domaine des sûretés réelles mobilières.

## 2. De diverses solutions retenues ou proposées

Nous ne reviendrons pas sur la solution adoptée par les législateurs des États américains et ceux des provinces canadiennes-anglaises, qui ont choisi, pour la majorité, l'adoption de l'approche fonctionnelle et unitaire du « *security interest* ». Nous examinerons cependant les solutions adoptées ou préconisées par UNIDROIT, aux termes de la *Convention du Cap (2001)* [2.1], par le législateur québécois aux termes du *Code civil du Québec* [2.2], par l'OÉA aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* [2.3], par la BERD aux termes de la *Loi type de la BERD* [2.4] puis, enfin, par la CNUDCI aux termes du *Guide législatif sur les opérations garanties* [2.5].

### 2.1 aux termes de la *Convention du Cap (2001)*

Dans notre étude comparée des projets de réforme des sûretés réelles mobilières, il s'impose de commencer par celle d'un projet international qui est susceptible d'avoir une influence sur chacun des droits étatiques nationaux, dans la mesure où la *Convention du Cap (2001)* sera ratifiée par un nombre important de pays.

Nous évoquerons tout d'abord, dans un premier temps, les objectifs poursuivis par la *Convention du Cap (2001)*, et retracerons brièvement l'historique des travaux effectués à ce sujet [2.1.1]. Nous exposerons ensuite brièvement la mécanique juridique mise en place pour atteindre ces objectifs [2.1.2], et considérerons, enfin, l'impact du choix de

n'avoir pas retenu l'approche fonctionnelle et unitaire du Titre 9 du UCC, sur les autres projets de réformes ou sur les autres systèmes déjà en place [2.1.3].

### 2.1.1 historique de la *Convention du Cap (2001)* et objectifs poursuivis

On rapporte que c'est le juriste canadien T.B. Smith, alors membre du conseil de direction d'UNIDROIT, qui proposa l'entreprise de la rédaction de la *Convention du Cap (2001)*. Un autre juriste canadien, R.C.C. Cuming, supervisa les travaux d'un groupe de travail exploratoire restreint établissant le besoin et la faisabilité d'un tel projet <sup>361</sup>.

R. Goode en précise les objectifs poursuivis :

L'objectif [principal] de cette convention est d'établir un régime juridique international pour les sûretés et droits apparentés portant sur des matériels d'équipement qui se déplacent habituellement d'un État à un autre dans le cours normal des affaires – comme les avions et le matériel roulant ferroviaire –, et sur les satellites ou autres objets spatiaux qui, bien entendu, ne sont pas localisés sur Terre.

[...]

Le projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles vise quatre objectifs essentiels : offrir une protection internationale aux sûretés portant sur des matériels d'équipement mobiles de grande valeur, et susceptibles d'une individualisation; offrir aux titulaires de ces garanties une gamme simple de recours pour inexécution pouvant être exercés promptement; prévoir un régime en vertu duquel ces garanties peuvent être parfaites [sic] par l'inscription afin que les tiers puissent connaître leur existence; établir des règles de reconnaissance et de priorité de ces garanties, applicables y compris en cas de faillite du débiteur <sup>362</sup>.

Comme on peut le constater, on a délibérément limité la sphère d'application de la Convention à des biens très spécifiques, de très grande valeur et susceptibles d'individualisation, qui réfèrent à des situations authentiquement internationales, dans le but « *d'éviter tout risque d'interférence quelconque avec les règles du droit national,*

<sup>361</sup> R.M. GOODE, *loc. cit.*, *supra* note 67, p. 53.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 53 et 57. Voir aussi : R.M. GOODE, *Convention du Cap*, *supra* note 64, p. 4-5.

*sauf dans la mesure nécessaire pour conférer une priorité aux titulaires de garanties internationales inscrites* »<sup>363</sup>. Ces biens de grandes valeur peuvent notamment comprendre les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion, les conteneurs, les hélicoptères, les plates-formes de forage pétrolier, le matériel ferroviaire roulant, les navires et bateaux immatriculés et le matériel d'équipement spatial<sup>364</sup>. Ce faisant, il s'agit d'établir un régime spécial de sûretés qui se superposera aux régimes existants.

La rédaction d'un tel projet de texte législatif comporte son lot de difficultés. Nous verrons maintenant les voies que son comité de rédaction a choisi d'emprunter pour lui assurer une plus grande souplesse d'adaptation et une ratification rapide.

#### 2.1.2 mécanique juridique mise en place par la *Convention du Cap (2001)*

Le Conseil de direction d'UNIDROIT, le comité d'étude et le comité de rédaction de la *Convention du Cap (2001)*, ont travaillé en étroite collaboration, tout au long de l'élaboration de ce projet, avec les différents gouvernements, leurs experts, ainsi qu'avec les représentants des différentes industries concernées. Dès l'abord, l'industrie aéronautique a manifesté un intérêt marqué pour le projet. Il s'est avéré, au fil des travaux, qu'il était impossible de concevoir des règles identiques et également appropriées à tous les types de matériels<sup>365</sup>. Les différents groupes de travail concernant

---

<sup>363</sup> Martin J. STANFORD, « A broader or a narrower band of beneficiaries for the proposed new international regimen?: Some reflections on the merits of the Convention/Protocol structure in facilitating the former / Élargir ou restreindre l'éventail des biens d'équipement qui seront soumis au nouveau régime international proposé?: quelques considérations sur le bien-fondé de la structure Convention/Protocole pour faciliter une plus large application de la Convention », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 242, 243.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>365</sup> Roy GOODE, « The preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: the next stage », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 265 (n.s.), 269. R. Goode indique qu'il n'est

chacune des industries visées par le projet n'étaient pas tous rendus au même état d'avancement dans leurs réflexions. Afin de ne pas priver les gens de l'industrie aéronautique d'un instrument législatif important à court terme, dont les travaux progressait plus rapidement, et aussi afin de ne pas devoir réinventer la roue pour chacune des différentes composantes de la *Convention du Cap (2001)* <sup>366</sup>, on a formulé la solution prévoyant que « *pour chaque type de matériel d'équipement mobile, la convention sera modifiée par un protocole contenant des dispositions spécifiques à cette catégorie, qui compléteront ou modifieront les dispositions générales de la Convention* » <sup>367</sup>.

Ces données démontrent bien la nature très spécifique de ce projet et peuvent sans doute permettre d'expliquer, dans une certaine mesure, le rejet de l'approche fonctionnelle et unitaire du « *security interest* » par son Comité de rédaction.

### 2.1.3 impact du choix de n'avoir pas retenu l'approche fonctionnelle et unitaire

L'approche fonctionnelle et unitaire du *security interest*, bien que présentant d'indéniables avantages, n'en est pas pour autant une panacée, ce que les rédacteurs du Titre 9 du UCC n'ont jamais affirmé, au demeurant.

Ainsi, le comité de rédaction de la *Convention du Cap (2001)* a choisi de ne pas retenir l'approche fonctionnelle et unitaire telle que préconisée aux termes du Titre 9 du UCC.

Voici ce qu'écrit R. Goode à ce sujet :

---

pas aisé, au demeurant, de bien définir les divers biens qui sont couverts par la Convention, afin de s'assurer d'un véritable critère d'individualisation, permettant également de générer des solutions précises et adaptées à chacun des secteurs visés de l'industrie.

<sup>366</sup> M.J. STANFORD, *loc. cit.*, *supra* note 363, p. 245.

<sup>367</sup> R. GOODE, *loc. cit.*, *supra* note 67, p. 59 et 61.

Les dispositions relatives au champ d'application du projet de convention ne peuvent être parfaitement comprises sans une connaissance de l'évolution de la réflexion dont elles résultent. On s'est proposé à l'origine de suivre le modèle de l'article 9 du Code Commercial Uniforme des États-Unis d'Amérique en adoptant une conception fonctionnelle de la sûreté afin d'y intégrer les contrats de vente avec réserve de propriété et les contrats de bail constitués à fin de garantie, et en prévoyant un système d'inscription par débiteur permettant la perfection [sic] des sûretés sur les biens futurs et les produits. Il est cependant rapidement apparu que cette démarche soulèverait de sérieuses difficultés. Tout d'abord, seuls les États-Unis d'Amérique du Nord assimilent la réserve de propriété à une garantie. Ailleurs, tant dans le monde de la *Common Law* que du droit civil, une nette distinction est faite entre d'une part, l'octroi d'une garantie par un débiteur portant sur un bien qu'il détient, et d'autre part, un contrat entre le vendeur et l'acheteur prévoyant que la propriété ne sera transférée à l'acheteur que lors du paiement total. Les sûretés sont en général soumises à l'inscription mais non pas la réserve de propriété, et il existe d'autres différences fondamentales de traitement. Si l'article 9 suscitait l'admiration, il impliquait à l'évidence des reclassifications qui ont été considérées trop radicales pour être acceptées par les États ne connaissant pas un tel système. D'aucuns se sont inquiétés, notamment dans les milieux professionnels du crédit-bail, que l'assimilation de la vente conditionnelle et des contrats de bail à des sûretés pourrait avoir une incidence sur le régime fiscal de ces opérations et peut-être des effets négatifs. De plus, les milieux professionnels du crédit-bail se sont opposés même à ce que les contrats de bail soient qualifiés de contrats de réserve de propriété. Il a finalement été décidé de créer trois catégories : les contrats constitutifs de sûreté, les contrats de vente conditionnelle, et les contrats de bail.<sup>368</sup>

La *Convention du Cap (2001)* s'appliquera aux garanties conventionnelles se retrouvant dans les trois catégories que sont les contrats constitutifs de sûretés, les contrats de vente conditionnelle et les baux<sup>369</sup>. De plus, l'application de la convention est limitée aux seuls biens mobiles susceptibles d'individualisation et de grande valeur, de même qu'aux seuls biens présents lors de la constitution de la garantie conventionnelle<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 61 et 63.

<sup>369</sup> *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64, art. 2.

<sup>370</sup> *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64, art. 7. Cet article prévoit les conditions de formes requises à la création d'une garantie internationale. Le contrat doit être conclu par écrit, porter sur un bien dont le constituant, le vendeur conditionnel ou le bailleur a le pouvoir de disposer, et rendre possible l'identification du bien conformément au Protocole. Ainsi, le bien doit pouvoir être identifié lors de la constitution de la garantie. Voir : *Protocole aéronautique (2001)*, *supra* note 65, art. VII – Description des biens aéronautiques : « Une description d'un bien aéronautique, qui comporte le numéro de série assigné par le constructeur, le nom du constructeur et la désignation du modèle, est nécessaire et suffit à identifier le bien aux fins du paragraphe c) de l'article 7 de la Convention et de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article V du présent Protocole ». Voir cependant : *Protocole ferroviaire (2007)*, *supra* note 66, art. V – Identification du matériel ferroviaire roulant dans le contrat. Cette disposition prévoit que le contrat de garantie peut identifier du matériel ferroviaire présent et futur, mais précise à l'égard du

Ainsi, ce système de garanties internationales n'a pas la même vocation que tout système de droit interne, qui consiste à régir un ensemble plus vaste de sûretés et de transactions. D'autre part, on prévoit un système de publicité constitué par l'inscription du bien, en supposant leur individualisation. Enfin, ces biens d'équipement mobiles présentent une grande valeur et ne passent pas inaperçus dans le patrimoine de quiconque. Cette grande valeur qui leur est attribuée fait ressortir le fait que les joueurs impliqués dans toute transaction impliquant de tels biens sont rompus aux usages du commerce international. On a donc voulu laisser la plus grande latitude possible à l'autonomie de la volonté des parties.

Pour ces raisons, il est possible que ce choix de n'avoir pas adopté une approche fonctionnelle et unitaire ne présente pas d'impact significatif, et ce, tant sur les diverses législations nationales régissant les sûretés mobilières que sur les autres projets d'harmonisation. En cela, rappelons l'objectif du comité de rédaction de la *Convention du Cap (2001)* de ne pas interférer avec les différentes législations nationales et d'ainsi créer un régime spécial<sup>371</sup>. Néanmoins, il reflète bien l'inconfort de plusieurs juristes, issus tant de la *common law* que du droit civil, à l'égard de cette idée.

Nous allons maintenant étudier la solution adoptée par le législateur québécois aux termes du *Code civil du Québec*.

---

matériel futur que la garantie est constituée « dès le moment où le constituant, le vendeur conditionnel ou le bailleur peut disposer du matériel roulant ferroviaire, sans nécessité d'un nouvel acte de transfert ». Autrement dit, la garantie internationale est créée lorsque le bien entre dans le patrimoine du titulaire. La publicité de garanties internationales futures est permise mais à titre de préinscription. Voir : *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64, par. 18 (3).

<sup>371</sup> Sur le caractère spécial de ce régime supra-national, voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section I. B. 2.1, relative aux instruments de l'harmonisation visant les biens mobiles.

## 2.2 l'exemple du *Code civil du Québec* : les priorités, les hypothèques et les sûretés-propriété partiellement réglementées

Comme nous l'avons évoqué lors du survol que nous avons précédemment fait du mécanisme de la présomption d'hypothèque, le législateur québécois a choisi de ne pas retenir cette solution lors de la dernière réforme du régime des sûretés. Il n'en a pas moins procédé à une réforme d'importance, qui constituait, de l'avis de plusieurs commentateurs, l'un des traits saillants à souligner à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*. Ainsi, on note un effort important de rationalisation et d'uniformisation de ce domaine du droit <sup>372</sup>.

En matière de sûretés légales, il faut souligner la disparition des privilèges et leur remplacement par un régime bicéphale de priorités et d'hypothèques légales. En matière de sûretés conventionnelles, il faut noter l'apparition d'une sûreté unique, à savoir l'hypothèque. On a donc prévu un régime hypothécaire unique, tant en matière immobilière que mobilière. La nouveauté sans doute la plus importante est la consécration de l'hypothèque mobilière sans dépossession. Enfin, on note un effort d'uniformisation des modes de publicités et des mécanismes de réalisation. Malgré ses imperfections, le régime de sûretés du *Code civil du Québec* est considéré le premier et le plus moderne des régimes civilistes, dont les résultats pratiques sont comparables à ceux du *Uniform Commercial Code* américain, allant même plus loin que ce dernier du point

---

<sup>372</sup> L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, p. 1-3, 61-76.

de vue de l'articulation d'un régime complet et intégré de toutes les sûretés, mobilière, immobilières, légales et conventionnelles <sup>373</sup>.

Le législateur québécois n'a toutefois pas retenu l'approche fonctionnelle, pas plus qu'il n'a adopté de principe de l'essence de l'opération, ni de principe de l'énumération limitative des sûretés. Il a cependant réglementé, de façon partielle, voire parcellaire, certains mécanismes de propriété-sûretés traditionnellement reconnus en droit civil <sup>374</sup>.

C'est ainsi que la fiducie constituée à des fins de garantie et la vente à tempérament, obéissent à la logique propre à chacun de leurs régimes constitutifs, sauf en matière de publicité et de réalisation, ces transactions étant alors assujetties aux règles du régime hypothécaire <sup>375</sup>.

De même, en matière de publicité, le crédit-bail et les baux d'une durée de plus d'un an, doivent désormais être publiés <sup>376</sup>. On note toutefois que ces transactions ne sont pas assujetties au régime hypothécaire en ce qui a trait à l'exercice des recours <sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> Voir, entre autres: R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 332, p. 241 et 288. Cette opinion est partagée par des civilistes de l'étranger, dont notamment l'écossais G.L. GRETTON, *loc. cit.*, *supra* note 332, p. 329 (note 104).

<sup>374</sup> Ce choix fut critiqué par Marc BOUDREAULT et Pierre CIOTOLA, « Présentation et critique des dispositions du Projet de loi 125 portant sur les sûretés réelles », (1991) 22 *R.G.D.* 697, 707-708. Ces auteurs soulignent que le *Code civil du Québec* « prévoit une voie de compromis qui combine à la fois les avantages de la liberté contractuelle et les inconvénients de conflits potentiels ». Voir notre discussion, Partie I, à la sous-section III.B.1.2.5, ci-dessous, intitulée « Comparaisons entre le PMSI et les mécanismes mis en place par le *Code civil du Québec* visant l'atteinte d'objectifs analogues ».

<sup>375</sup> C.c.Q., art. 1263, 1745 et 1749. En matière de publicité, dans le cas de la vente à tempérament, seuls les contrats portant sur des véhicules routiers, des biens meubles déterminés par règlement ainsi que sur des biens meubles acquis pour l'exploitation d'une entreprise sont assujettis à cette exigence.

<sup>376</sup> Dans le cas des baux de plus d'un an dits « à long terme », cette exigence est toutefois limitée aux véhicules routiers, aux biens meubles déterminés par règlement, ainsi qu'aux biens meubles requis pour l'exploitation d'une entreprise. Voir : C.c.Q., art. 1852.



Quant à la vente avec faculté de rachat, elle doit également être publiée <sup>378</sup>. La faculté de rachat ne peut être exercée qu'après l'envoi d'un avis, qui doit être publié lui aussi <sup>379</sup>. Toutefois, s'il appert que cette transaction a pour objet de garantir un prêt, elle sera pratiquement requalifiée à titre d'hypothèque et l'exercice de la faculté de rachat obéira alors aux règles d'exercice des droits hypothécaires <sup>380</sup>.

D'autre part, devant cette réglementation incomplète du régime hypothécaire dans une perspective unitaire, on pourrait soutenir que les ventes sous condition suspensive ou résolutoires <sup>381</sup>, les ventes de biens meubles, l'échange, les promesses de vente avec option d'achat <sup>382</sup>, tout autre contrat nommé pouvant servir à des fins de sûreté, par exemple le prêt à usage et le dépôt <sup>383</sup>, ainsi que tout autre contrat innommé, échappent à ces règles de publicité et de réalisation. Puisque cette réforme est incomplète du point de vue de la création d'un régime unitaire, est-ce à dire que l'on risque de voir se développer de nouvelles transactions de crédit qui contourneraient les règles propres au régime hypothécaire, en matière de publicité et d'exercice des droits ?

---

<sup>377</sup> C.c.Q., art. 1847 et 1852.

<sup>378</sup> C.c.Q., art. 1750.

<sup>379</sup> C.c.Q., art. 1751.

<sup>380</sup> C.c.Q., art. 1756.

<sup>381</sup> En matière immobilière, les ventes sous condition résolutoires sont réglementées. Voir : C.c.Q., art. 1742, 1743 et 2938. L'exercice de la clause résolutoire doit respecter les règles de la prise en paiement.

<sup>382</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27, p. 577-581.

<sup>383</sup> À titre d'exemple, on remarque, en pratique, que le contrat de dépôt, le contrat de mandat, le contrat de prêt à usage, et le contrat de fiducie sont utilisés dans les étapes qui précèdent la constitution d'un crédit-bail, soit à l'étape de la construction et de l'assemblage des pièces composant l'équipement loué. Dans un tel cas, le crédit-bailleur donne ordre au tiers fournisseur d'installer et d'assembler les parties de l'équipement loué à l'usine du crédit-preneur qui, durant cette période, détiendrait les biens soit à titre de dépositaire, de mandataire, d'emprunteur ou de fiduciaire, pour le compte du crédit-preneur, le contrat de crédit-bail ne prenant naissance que lors de la livraison de la pièce d'équipement assemblée et ne devant être publié qu'à ce moment. Des problèmes relatifs à l'accession mobilière peuvent toutefois survenir dans ces situations.

On s'est interrogé sur la possibilité de déceler, à partir des articles 1801, 1842 et 2748 C.c.Q., l'existence d'une règle s'apparentant à celle du principe de l'essence de l'opération<sup>384</sup>. La disposition la plus marquante dans cette piste d'analyse est certes celle de l'article 1801 C.c.Q., qui se lit comme suit :

**1801.** Est réputée non écrite toute clause selon laquelle, pour garantir l'exécution de l'obligation de son débiteur, le créancier se réserve le droit de devenir propriétaire irrévocable du bien ou d'en disposer.

**1801.** Any clause by which a creditor, with a view to securing the performance of the obligation of his debtor, reserves the right to become the irrevocable owner of the property or to dispose of it is deemed not written.

Voudrait-ce dire que toute clause traitant du droit de propriété, non directement réglementée et autorisée aux termes du Code civil serait interdite, dans la mesure où l'on peut la qualifier de stipulation ayant pour objet de garantir l'exécution d'une obligation ? En doctrine, un courant minoritaire émet des doutes quant à la possibilité d'interpréter cette disposition de si large façon. Bien que l'économie générale des garanties puisse servir de justification à cette fin, on rappelle que l'article 1801 C.c.Q. s'inscrit d'abord dans le contexte plus étroit de la réglementation des pactes commissaires. D'autre part, on pourrait assimiler cette interprétation à une énonciation rigide du principe de l'énumération limitative des sûretés, qui présenterait alors un frein à l'exercice de la liberté contractuelle des parties et à l'évolution des pratiques commerciales<sup>385</sup>. Cette interprétation n'est pas partagée par tous; la majorité des auteurs<sup>386</sup> et la jurisprudence<sup>387</sup>

<sup>384</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27, p.589-591.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 589-591. Voir aussi : M. BOODMAN et R. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 328, p. 263.

<sup>386</sup> Voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 3.80 (notes 329 et 330), p. 289-292; Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2001, n<sup>os</sup> 163-188, 1868-1869, p. 64-73 et 811; Michel DESCHAMPS, « La fiducie pour fins de garantie », dans *Conférences MEREDITH Lectures 1997 : Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain / Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*, Faculté de droit, Université McGill, 1997, 134, 143 (note 26).

voyant dans la disposition de l'article 1801 C.c.Q. une limite claire à la création de sûretés qui échapperaient à la réglementation des sûretés dont le Code civil traite explicitement.

Ainsi, l'article 1801 C.c.Q., conjugué à l'article 134 LARCC<sup>388</sup>, aurait une fonction similaire à celle du principe de l'essence de l'opération, dans son interprétation actuelle. Cette approche est toutefois source d'insatisfaction en ce qui a trait à l'établissement d'un ordre de priorité cohérent, se fondant sur le principe de l'ordre du temps.

Cette approche est également source d'insatisfaction en ce qu'elle énonce plusieurs règles incohérentes et incompatibles, entourant les modalités de constitution, de publicité et d'exécution, comme si l'on avait renoncé à l'édiction d'une politique législative d'ensemble. Nous aurons l'occasion d'y revenir plus loin.

Enfin, bien que le législateur québécois ait choisi de ne pas adopter le principe de la présomption d'hypothèque, l'on assisterait, présentement, à un curieux retour du balancier. D'abord, le législateur fédéral, dans le cadre de son programme de bijuridisme législatif, a modifié la définition du terme « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, mais ne fit rien de celle de la *Loi sur les arrangements*<sup>389</sup>. Aux termes de

---

<sup>387</sup> Par exemple, la cession de créance à titre de garantie n'est plus permise mais bien l'hypothèque. Voir : *Boisclair (Syndic de)* [2001] R.J.Q. 2815 (C.A.), n° 19, p. 2818, J.E. 2001-1995 (C.A.), REJB 2001-26424 (C.A.); *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simco D.P. inc.* (23 mai 2000), Montréal 500-09-006618-987, J.E. 2000-1156 (C.A.); [2000] J.Q. n° 1691 (C.A.).

<sup>388</sup> *Supra*, note 143.

<sup>389</sup> Voir : *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4 [la « *Loi d'harmonisation n°1* »], art. 25. Pour le droit transitoire, voir l'article 177 de la *Loi d'harmonisation n°1*, la nouvelle définition du terme créancier garanti, que l'on retrouve à l'article 2 (1) LFI, ne s'appliquant qu'aux procédures instituées après le 1<sup>er</sup> juin 2001. Il est intéressant de noter que le terme « créancier garanti », dont on trouve une autre définition à l'article 2 LACC, n'a pas encore été modifié dans le même sens que celle de la LFI, même suite à la plus récente réforme ayant culminée le 18 septembre 2009. Il y a donc disparité des définitions

la nouvelle définition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, sont créanciers garantis les personnes titulaires : d'une hypothèque, d'un gage, d'une charge ou d'un privilège sur ou contre les biens du débiteur; la personne qui détient une réclamation fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier; la personne titulaire, selon le *Code civil du Québec* ou les autres lois de la province de Québec, d'un droit de rétention ou d'une priorité constitutive de droit réel sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de ses biens; et finalement, lorsque l'exercice de ses droits est assujéti aux règles prévues pour l'exercice des droits hypothécaires au livre sixième du *Code civil du Québec*, la personne qui vend un bien au débiteur, sous condition ou à tempérament, la personne qui achète un bien au débiteur avec faculté de rachat en faveur de celui-ci, et le fiduciaire d'une fiducie constituée par le débiteur afin de garantir l'exécution de l'obligation.

Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cette nouvelle définition du terme créancier garanti <sup>390</sup>. À notre avis, le législateur aurait simplement dû référer directement au droit provincial et adopter une définition téléologique. Une telle définition aurait permis une harmonisation parfaite et continue de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* aux régimes de sûretés mis en place dans les provinces canadiennes. Le même raisonnement vaut pour la *Loi sur les arrangements*.

Telle ne fut pas l'approche choisie. En matière de sûretés conventionnelles, la nouvelle définition du terme créancier garanti édicte, jusqu'à un certain point, une présomption d'hypothèque dans le contexte du droit de la faillite, les bailleurs à long terme et les

---

de ce terme dans les lois fédérales canadiennes, sans compter celle du paragraphe 224 (1.3) LIR, *supra* note 146.

<sup>390</sup> R.P. SIMARD et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 176, p. 134-140. De façon plus générale au sujet de la définition du terme « créancier garanti » dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, voir J. DESLAURIERS, *op. cit.*, *supra* note 193, p. 405-421.

crédit-bailleurs n'y étant cependant pas expressément visés<sup>391</sup>. En termes concrets, cela signifie que les ventes à tempérament ou conditionnelles, les ventes avec faculté de rachat et la fiducie-sûreté ne sont plus des transactions analysées sous l'angle du droit de propriété dans un contexte de faillite. C'est leur caractère accessoire de sûreté qui domine et qui est maintenant reconnu. On a en effet estimé, sur la foi de la doctrine qui confère aux différents mécanismes de réserves de propriété réglementés par le Code civil le caractère premier d'une sûreté, qu'il fallait refléter cette caractéristique propre à ces transactions dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>392</sup>. On se souviendra qu'autrefois, les créanciers titulaires de réserve de propriété n'avaient qu'à produire, pour récupérer le bien, une preuve de réclamation de biens (à titre de propriétaire) auprès du syndic de faillite<sup>393</sup>. Cette situation est désormais modifiée pour faire en sorte que ces mêmes créanciers soient tenus d'exercer les recours hypothécaires auxquels ils sont assujettis. Les créanciers qui se prévaudront d'une telle sûreté auront la possibilité de se la faire racheter par le syndic de faillite<sup>394</sup>.

De même, le fiduciaire d'une fiducie constituée à des fins de garantie aux termes de l'article 1263 C.c.Q., devra produire une réclamation à ce titre au syndic de faillite, même si les biens qui furent transférés par le débiteur failli dans la fiducie ne lui appartiennent

---

<sup>391</sup> Ces créanciers ne sont pas visés par la définition, puisqu'ils ne sont pas assujettis, dans l'exercice de leurs recours, aux règles d'exercice des droits hypothécaires, le crédit-bailleur ou le locateur à long terme demeurant propriétaires des biens loués. Voir la jurisprudence citée plus tôt à ce sujet, *supra*, note 258.

<sup>392</sup> Alain VAUCLAIR et Martin-François PARENT, « L'harmonisation de la législation fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité avec le droit civil de la province de Québec : quelques problématiques » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 8a, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 1, p. 7-10, en ligne : <http://Canada.justice.gc.ca/fr/min/pub/hfl/fascicule8a.pdf> (consulté le 21 octobre 2001).

<sup>393</sup> LFI, art. 81.

<sup>394</sup> LFI, art. 128-134.

pas, pas plus qu'ils n'appartiennent à quiconque, la fiducie étant un patrimoine d'affectation (art. 1261 C.c.Q.). Cette mesure fut jugée nécessaire afin que le syndic puisse évaluer la validité d'un tel transfert. D'une part, il peut s'agir de déterminer si la fiducie-sûreté a été constituée en fraude des droits des autres créanciers. La fiducie-sûreté est nécessairement un contrat à titre onéreux, tel que l'exige l'article 1263 C.c.Q; toutefois, le syndic pourra se prévaloir des dispositions relatives aux traitements préférentiels et opérations sous-évaluées de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>395</sup>, ainsi que des dispositions relatives à l'action en inopposabilité du Code civil<sup>396</sup>. De plus, il faut mentionner la disposition de l'article 1292 C.c.Q., qui donne une autre ouverture au syndic de faillite afin d'examiner la validité de la fiducie-sûreté. Par ailleurs, même si la fiducie-sûreté est valablement constituée, le syndic a néanmoins intérêt à être informé de la réclamation de ce créancier garanti. En effet, par l'effet de la disposition de l'article 1297 C.c.Q., on peut concevoir que le syndic de faillite puisse avoir droit au surplus résultant de la réalisation des actifs placés en fiducie par le débiteur failli en faveur d'un créancier garanti<sup>397</sup>. Ajoutons à cela que l'utilité de cette mesure est de permettre au syndic de faillite, comme pour les ventes à tempéraments et autres réserves de propriété mentionnées dans la définition, de racheter la garantie.

Tous les effets de cette modification n'ont pas encore été pleinement appréciés. En effet, on peut se demander si les autorités fiscales considéreront désormais les ventes à tempérament, les ventes avec faculté de rachat et la fiducie-sûreté comme autant de mécanismes qui sont subordonnés aux super-priorités qu'elles détiennent, notamment aux

---

<sup>395</sup> LFI, art. 95-96.

<sup>396</sup> C.c.Q., art. 1631-1636.

<sup>397</sup> L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 386, n° 1892, p. 823-824.

fiducies présumées des lois fiscales<sup>398</sup>. Si tel était le cas, on ne voit pas quelle utilité conserveraient ces mécanismes pour les créanciers : la réservation du droit de propriété est entre autres utilisée afin d'éviter l'application des priorités de la Couronne<sup>399</sup>.

Enfin, mentionnons que la Cour d'appel du Québec en était presque rendue à la consécration d'une approche fonctionnelle judiciaire, s'il fallait en croire les termes du juge Baudouin :

[35] En réalité, la location à long terme avec réserve de propriété, la vente à tempérament et le crédit-bail sont trois formules d'accueil pour une même réalité : la création d'une sûreté mobilière. Seule donc la structure juridique apparente est différente. Si la mesure de publicité imposée dans un cas produit comme effet l'opposabilité aux tiers, pourquoi ce serait différent dans les autres ?

[36] Dans les deux hypothèses, en effet, l'attribution du droit de propriété jusqu'au paiement final tant au vendeur à tempérament qu'au locateur n'est qu'une sorte de fiction permettant d'assurer l'efficacité d'un mécanisme de crédit pour l'achat d'un bien.<sup>400</sup>

De là à conclure à l'adoption d'un principe jurisprudentiel équivalent à la présomption d'hypothèque, il n'y avait qu'un pas. Cependant, la Cour suprême du Canada est venue nuancer la question. Tout en reconnaissant que le législateur fédéral consacre désormais le caractère de sûretés des ventes à tempérament, ventes avec faculté de rachat et fiducies-sûretés, la Cour suprême fait néanmoins primer le droit de propriété des locateurs et crédits-bailleurs face à un syndic de faillite, sa publication n'étant pas nécessaire pour le rendre opposable au syndic puisqu'il n'est pas visé par la définition du

---

<sup>398</sup> Voir la définition du terme « créancier garanti » figurant au paragraphe 224 (1.3) LIR, *supra* note 146.

<sup>399</sup> Philippe H. BÉLANGER, « Droits, priorités et super-priorités des ministères du Revenu », (2001) 35 *R.J.T.* 83, 133-145.

<sup>400</sup> *Massouris (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.), j. Baudouin, p. 906.

terme « créancier garanti », et ce, malgré les impératifs des articles 1847 et 1852 C.c.Q. en matière de publicité <sup>401</sup>.

La cohérence intrinsèque n'est pas l'apanage du régime québécois actuel. D'une part, le législateur québécois opta pour un moyen terme entre les approches téléologique et formaliste, par l'intégration des régimes hypothécaires mobiliers et immobiliers, mais assura la survie des sûretés-propiétés et la reconnaissance du droit de propriété en certaines transactions mobilières. D'autre part, le législateur fédéral, avec son programme d'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois, vient en quelque sorte partiellement défaire l'équilibre établi entre ces deux approches par le législateur québécois <sup>402</sup>. Et l'interprétation jurisprudentielle navigue à travers ces ornières, sans compter l'effet des modifications à l'ordre de priorité du droit civil québécois dans les régimes de procédures collectives <sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Voir : *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348, n° 15 ; *Lefebvre (Syndic de)* ; *Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326. Voir aussi la décision subséquente de la Cour d'appel du Québec dans : *Transport international Pool inc. c. St-Georges, Hébert inc.*, J.E. 2005-247 (C.A.). Ces décisions ont été vigoureusement critiquées par Aline GRENON, « La problématique entourant les sûretés-propiétés au Québec : *Lefebvre (Syndic de)* ; *Tremblay (Syndic de)* et *Ouellet (Syndic de)* », (2005) 35 *R.G.D.* 285. Nous sommes d'accord avec son analyse, sauf quant à sa conclusion. En effet, A. Grenon soutient qu'à défaut d'une modification législative par le législateur québécois qui viendrait préciser que la publicité par inscription est nécessaire pour rendre opposable toute sûreté-propiété à un tiers, incluant un syndic de faillite, c'est au législateur fédéral de prendre la balle au bond et de le préciser dans la législation sur l'insolvabilité, notamment pour assurer une uniformité avec le droit applicable en la matière dans les provinces de *common law*, entre autres suite à l'arrêt *Re Giffen*, [1998] 1 R.C.S. 91. Avec déférence, voilà une interprétation qui ne respecte pas les compétences législatives en présence, en plus de présenter un relent de colonialisme.

<sup>402</sup> Pour une critique à cet égard, lire : R.A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, *loc. cit.*, *supra* note 20, p. 328-330.

<sup>403</sup> Voir notre discussion à ce sujet, *supra*, Partie I, sous-section II. A. 2.3.4, relativement à la préservation de la valeur économique des sûretés conventionnelles dans un contexte de redressement.



Pour ces raisons, et dans un souci de cohérence, il y aurait lieu de réformer à nouveau le droit civil québécois des sûretés et de l'harmoniser véritablement à tous les niveaux, incluant celui de la législation fédérale.

Nous tenterons maintenant de cerner l'approche préconisée aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*.

### 2.3 aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*

Nous aborderons d'abord l'historique de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et ses objectifs poursuivis [2.3.1], pour ensuite soulever certaines problématiques d'ordre conceptuel [2.3.2], et d'autres d'ordre terminologique [2.3.3].

#### 2.3.1 historique de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et objectifs poursuivis

Les régimes de sûretés, en particulier les régimes de sûretés mobilières, sont pratiquement inexistantes dans la majorité des pays de l'Amérique latine. Lorsqu'ils existent, ils sont à ce point vétustes qu'ils ne remplissent pas leurs fonctions. Cela présente un impact direct sur les coûts du crédit. Nombre d'études démontrent maintenant que l'incertitude reliée au paiement ou au recouvrement des prêts expliquerait les forts taux d'intérêts exigés par les institutions financières auprès des emprunteurs, qui oscillent parfois même autour de 40 %<sup>404</sup>. Les sûretés existantes sont nombreuses, n'obéissent pas à des règles uniformes. En matière mobilière, il n'y a pas de registre de publicité centralisé et informatisé, mis à part certains registres informels mis en place par

---

<sup>404</sup> Voir B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10, p. 35-39. L'on y réfère entre autres à une étude de la Banque centrale du Brésil datant de 1999, ainsi qu'à certaines études de la Banque mondiale.

l'industrie bancaire dans certains pays. En matière immobilière, des registres existent, mais les frais d'enregistrement des actes sont prohibitifs, correspondant parfois à un pourcentage de la transaction dont on veut procéder à l'inscription<sup>405</sup>. Les procédures de d'exécution et de recouvrement sont longues, complexes et coûteuses, en plus d'être desservies par un système judiciaire archaïque et souvent corrompu<sup>406</sup>.

Dans ce contexte, et afin de permettre à ces pays de se doter des outils économiques qui leur permettront d'établir un système de crédit compétitif et abordable, on a identifié l'édification d'un régime de sûretés moderne parmi les éléments fondamentaux.

Au niveau juridique, l'OÉA comporte un Comité juridique interaméricain, lequel est composé de onze (11) juristes ressortissants des États membres et qui fait office d'organe consultatif auprès de l'OÉA<sup>407</sup>. Le Comité recommande la convocation de conférences juridiques spécialisées, parmi lesquelles figure la *Conférence inter-américaine spécialisée en droit international privé*, mieux connue sous l'acronyme « CIDIP »<sup>408</sup>, qui se tient approximativement tous les quatre (4) ans, et dont l'objet consiste à débattre des

---

<sup>405</sup> Alejandro M. GARRO, « Exportability of North American Chattel Security Regimes : The Inter-American Model Law on Secured Transactions », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 200, 206-207.

<sup>406</sup> Guillermo A. MOGLIA CLAPS et Julian B. McDONNELL, « Secured Credit and Insolvency Law in Argentina and the U.S. : Gaining Insight From a Comparative Perspective », (2002) 30 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 393.

<sup>407</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, Activités et priorités du ministère de la Justice en droit international privé – Rapport à la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, août 1998, p. 6.

<sup>408</sup> Acronyme provenant de l'Espagnol, signifiant « Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado ». Voir : Enrique LAGOS, « The Coexistence of Legal Systems in the Americas from an OAS perspective », dans Louis PERRET, Alain-François BISSON et Nicola MARIANI, *Évolution des systèmes juridiques, bijuralisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 139, 148 (note 30).

questions techniques et de la poursuite de la coopération dans le domaine du droit international privé.

Le *National Law Center for Inter-American Free Trade* (le « **National Law Center** ») de l'Université d'Arizona, à Tucson, dirigé par le professeur Boris Kozolchyk, fort d'une entente de coopération le liant à l'OÉA, fut l'hôte des négociations ayant mené à la conclusion de la *Convention inter-américaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*, lors de la CIDIP-V, en 1994. Par la suite, l'OÉA demanda au *National Law Center* de lui formuler des suggestions de sujets de recherche dignes d'intérêt pour la tenue éventuelle de la CIDIP-VI. Lors de la première réunion des experts préparatoire à la CIDIP-VI, le *National Law Center* proposa à l'OÉA de considérer la possibilité d'élaborer un traité ou une loi type concernant les sûretés réelles mobilières. Cette suggestion fut bien reçue des autres délégations, en particulier des pays d'Amérique latine, qui y virent une occasion de réformer leur droit en la matière, sur la base des travaux déjà entrepris dans cette direction par le *National Law Center* avec le gouvernement du Mexique. De plus, un intérêt général visant la création d'un registre unique de la publicité des droits à l'échelle des Amériques fut manifesté par l'ensemble des experts présents.

Les travaux ayant mené à la tenue de la CIDIP-VI ainsi qu'à l'adoption de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* s'échelonnent de 1997 à 2002<sup>409</sup>. Ayant au préalable analysé les principales pistes de solutions existantes en ce qui a trait à la rationalisation et à la modernisation d'un régime de sûretés mobilières, nous tenterons

---

<sup>409</sup> Pour un résumé, voir B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10, p. 39-42.

maintenant de voir dans quelle mesure la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* parvient à concilier les impératifs d'un régime uniformisé et unitaire avec les exigences que présente un certain maintien du principe de la liberté contractuelle des parties, pour permettre l'évolution des pratiques commerciales.

Les sources disponibles pour l'étude de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* comprennent également, en plus de la loi type même, le *Projet préliminaire OÉA* <sup>410</sup>, une énonciation des principes prépondérants qu'une telle loi devrait couvrir (les « *Principes* ») <sup>411</sup>, en plus du compte-rendu des réunions préparatoires des experts qui sont chargés de la rédaction de ce projet <sup>412</sup>. Les transcriptions des notes prises lors de

<sup>410</sup> OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *International Loan Contracts of a Private Nature, in Particular the Uniformity and Harmonization of Secured Transactions Law*, (Working Document of a Model Inter-American Law on Secured Transactions submitted by the National Law Center for Inter-American Free Trade), Doc. off. OEA/Ser.K/XXI/RE/CIDIP-VI/doc.4/98 (1998), article 95; *Ibid.*, *Los Contratos De Préstamos Internacionales De Naturaleza Privada Y, En Particular, La Uniformidad Y Amonización De Los Sistemas De Garantía Comerciales Y Financieras*, (Proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias presentado por el Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano), Doc. off. OEA/Ser.K/XXI/RE/CIDIP-VI/doc. 4/98 (1998), artículo 95 [le « *Projet préliminaire OÉA* »].

<sup>411</sup> OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Principios Jurídicos De Un Sistema De Garantías Mobiliarias*, (Documento presentado por la Delegación de los Estados Unidos), Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/INF. 3/00 (2000) [les « *Principes américains, version originale espagnole* »]; *Ibid.*, *Legal Principles Governing a System of Secured Transactions*, (Document submitted by the delegation of the United States), Doc. off., OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/INF. 3/00 (2000); *Ibid.*, *Summary of Reg/CIDIP-VI/INF. 3/00, Legal Principles Governing a System of Secured Transactions*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/INF. 5/00 (2000) [les « *Principes américains, version traduite en anglais* »]; *Ibid.*, *Principios Discutidos por la Delegación Mexicana a la Luz De Las Diferentes Propuestas En Materia De Garantías Mobiliarias*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/INF. 2/00 (2000), et sa version en document non-officiel traduit en anglais par la délégation américaine, intitulé *Principles Discussed by the Mexican Delegation in Light of the Different Proposals on the Secured Financing Topic* [les « *Principes mexicains, version originale espagnole* » et les « *Principes mexicains, version traduite en anglais* »].

<sup>412</sup> OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Background and List of Documents for the Preparatory Meeting of Government Experts for the Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VI)*, (Document prepared by the Department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs), Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/doc. 4/00 (2000); *Ibid.*, *Report of the Meeting of Government Experts to*

certaines réunions du comité de rédaction furent également publiées<sup>413</sup>. Enfin, certains observateurs se sont déjà penchés sur la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, et ce, à différentes étapes, tant lors des travaux de rédaction qu'après son adoption<sup>414</sup>.

De la lecture de l'article 1 de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, l'on note que le premier objectif énoncé est la création d'un régime unitaire et uniforme de sûretés mobilières. L'on y mentionne également que tout pays adoptant cette loi doit créer un registre de publicité unique et d'application universelle à toute sûreté mobilière, tant à celles existantes au moment de l'adoption de la loi qu'à celles créées après.

D'autre part, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* ne vise qu'à régir les sûretés mobilières conventionnelles. Ainsi, à l'article 2, l'on retient l'approche fonctionnelle et unitaire du Titre 9 du UCC. Cette disposition prévoit en effet que :

**Artículo 2.** Las garantías mobiliarias a que refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el

**Article 2.** The security interests to which this Law refers are created contractually over one or several specific items of movable property, or on all of the secured debtor's movable property, whether present or future, corporeal or incorporeal, susceptible to pecuniary valuation at the time of creation or thereafter, with the objective of securing the fulfillment of one or more present or future obligations regardless of the form of the transaction and regardless of whether ownership of the property is held by the secured creditor or the secured debtor.

---

*Prepare for the Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VI), Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/doc. 6/00 (2000) [le « Rapport de la deuxième réunion d'experts gouvernementaux »].*

<sup>413</sup> Boris KOZOLCHYK, *et al.*, « Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions : Conference Transcript », (2001) 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law* 342, 449, 491, 605, 711.

<sup>414</sup> Voir, notamment, J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 37; B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10; 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.

titular de la propiedad.

Cuando a una garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta Ley el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados.

When a security interest is publicized in accordance with this Law, the secured creditor has the preferential right to payment from the proceeds of the sale of the collateral.

Il s'agit d'une évolution notable, sur les plans conceptuels et terminologiques, entre cette disposition et celles qui l'ont précédées, figurant au *Projet préliminaire OÉA*, dont les articles 1 et 6 se lisaient comme suit :

**Artículo 1.** Una Garantía Mobiliaria Unitaria : La garantía real mobiliaria es un derecho real sobre bienes muebles que garantizan el cumplimiento de una obligación, incluyendo transacciones en donde una persona en posesión original de los bienes o que extiende crédito se reserva el dominio, vende por medio de contratos de consignación, es una arrendadora financiera por un término superior a un año, es un acreedor hipotecario de una hipoteca industrial destinada a financiar la compra de bienes muebles, provee crédito garantizados por descuentos en libros, es cesionario de créditos destinados a servir como garantías de un préstamo, es acreedor prendario de prendas comerciales realizadas por la entrega de la factura, o está garantizado con bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble siempre y cuando la garantía real mobiliaria haya sido perfeccionada antes de que dichos bienes se incorporen o adhieran al inmueble.

**Article 1.** The Movable Security Interest is an in rem right over movable goods that secures the fulfillment of an obligation, including operations which use the reservation of title, consignment agreements, financial leases for terms over a year, industrial mortgages designed to finance the purchase of movable property, book discounts and assignments of accounts designed to serve as security for a loan, commercial pledges employing the delivery of the invoice, movable goods which are adhered or incorporated to real property if the MS [i.e. Movable Security Interest] was perfected prior to the incorporation of fixture to the land.

**Artículo 6.** Sustitución de Mecanismos de Garantía Mobiliaria preexistentes : La garantía real mobiliaria que se establece en términos de lo previsto en la presente sustituye a todas las garantías, y mecanismo similares regulados por las demás leyes relativas creando una garantía única cuya constitución, perfeccionamiento, prelación, cesión, negociación, modificación y extinción se regulan por esta ley.

**Article 6.** The movable security interest established under the provisions of this Law substitutes all other guarantees/security interests and similar mechanism presently regulated by other laws applicable to in rem rights, between commercial entities, thereby creating a unitary guarantee/security interest whose creation, perfection, priority, assignment, negotiation, amendment and cancellation are regulated by the present Law.

La lecture de ces dispositions commande plusieurs commentaires, certains d'ordre conceptuel, d'autres d'ordre terminologique.

### 2.3.2 problématiques d'ordre conceptuel

Si l'on va au-delà de la terminologie utilisée dans la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, l'objectif poursuivi est énoncé clairement et a pour effet d'assujettir toutes les conventions ayant pour but de garantir l'exécution ou le paiement d'une obligation aux règles de publicité et d'exécution qui y sont prévues. Cette solution semble très avantageuse, notamment pour l'édification d'un ordre de priorités clair et simple, surtout dans des pays où les techniques de crédit ne sont pas aussi avancées qu'en Amérique du Nord <sup>415</sup>.

Sur le plan conceptuel, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, en comparaison du *Projet préliminaire OÉA*, tend à une certaine neutralité. Ainsi, dans la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, la sûreté mobilière conventionnelle ne réfère aucunement au concept de droit réel; le *Projet préliminaire OÉA* la qualifiait autrefois de droit réel sur un bien meuble affecté à l'exécution d'une obligation. Il s'agit d'une amélioration, puisque la notion de droit réel est propre au droit civil et non à la *common law*. En cela, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* respecte davantage les traditions juridiques et facilite son adoption à une plus grande diversité de pays.

Les contours de la sûreté mobilière de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, sans être limpides, sont désormais mieux définis qu'ils ne l'étaient aux termes du *Projet préliminaire OÉA*. Ainsi, le caractère accessoire de la sûreté mobilière est-il davantage précisé, car la sûreté est celle qui a pour but de garantir l'exécution de toute obligation présente ou future, ce qui présente une résonance particulière en droit civil. Le

---

<sup>415</sup> A.M. GARRO, *loc. cit.*, *supra* note 39, p. 364.

droit de suite est dorénavant prévu à l'article 48 de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*. Cependant, le caractère indivisible<sup>416</sup> de l'hypothèque du droit civil québécois ne s'y retrouve pas.

Alors que le *Projet préliminaire OÉA* puisait aux influences américaines afin de compléter la définition de cette sûreté unitaire, qui énumérait alors les réserves de propriété, le dépôt, les baux de financement pour un terme supérieur à une année, les hypothèques « commerciales », les « dettes de livres » et les cessions de créances destinées à servir de garanties pour un prêt, les gages commerciaux et les biens mobiliers rattachés ou réunis à un immeuble, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* ne contient plus ce genre d'énumération. On énonce simplement un principe d'application générale selon l'essence de l'opération, ce qui constitue une autre amélioration par rapport au *Projet préliminaire OÉA*.

Enfin, on énonce que la sûreté mobilière, lorsque publiée, confère à son titulaire le droit préférentiel au paiement du produit de vente du bien grevé. Ce droit préférentiel serait un type de droit nouveau, indépendant des concepts relatifs au droit de propriété, ne référant en fait qu'au droit d'un créancier de posséder le bien grevé, d'éventuellement le vendre et d'en toucher le produit. L'on réfère ainsi à l'éclatement du concept de droit de propriété, tant en droit civil qu'en *common law*, pour justifier l'adoption de ce principe<sup>417</sup>. Cette

---

<sup>416</sup> C.c.Q., art. 2662.

<sup>417</sup> Boris KOZOLCHYK, *et al.*, « Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions : Conference Transcript : Day One : II. Discussion of Key Principles and Provisions of the Model Law », (2001) 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law* 342, 342-344. C'est surtout l'idée du « bundle of rights » de la *common law*, toutefois, qui a servi de justificatif. En ce sens, voir : Boris KOZOLCHYK et Dale BECK FURNISH, « The OAS Model Law on Secured Transactions : A Comparative Analysis », (2006) 12 *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 101, 112-118, en ligne: <http://ssrn.com/abstract=934642> (consulté le 14 février 2010).



idée semble en effet novatrice et porteuse de solutions plus neutres d'un point de vue systémique, soutien-t-on <sup>418</sup>.

Cependant, on retient qu'il n'existe pas, dans la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, de concept fédérateur de sûreté aussi bien défini que ne l'est l'hypothèque du droit civil québécois. La sûreté mobilière que l'on y prévoit s'apparente davantage à la notion de *security interest* telle que développée aux termes du Titre 9 du UCC, qui n'est que l'énonciation d'un principe d'application général à toute transaction ayant pour but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation, sans égard au titulaire du titre de propriété.

En cela, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* adopte un principe de l'essence de l'opération, qui permet de continuer à utiliser les mécanismes de réserve de propriété. La *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* opère cependant une certaine requalification des transactions présentant certaines ambiguïtés. De deux choses l'une : d'une part, certaines transactions seront régies par d'autres dispositions législatives, comme l'autorise son paragraphe 1 (2), ce qui permettra de préserver certains régimes particuliers; d'autre part, toutes les conventions obéiront intégralement au régime unique de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et toute logique qui leur soit intrinsèquement propre disparaîtra, sauf le fait de permettre au créancier de demeurer propriétaire du bien. Il faudra voir de quelle manière l'on

---

<sup>418</sup> Cette solution est-elle vraiment neutre et susceptible d'application indifférenciée en droit civil et en *common law* ? En tout cas, elle prend au moins en compte cette évolution de l'entendement du concept de propriété. Voir notre discussion relative à l'éclatement de la notion de droit réel accessoire en droit civil québécois, *infra*, Partie I, sous-section III. A. 2.1.1.

interprétera les attributs réservés à ce droit de propriété tronqué, devenu pratiquement accessoire <sup>419</sup>.

Dans un tel cas, la préservation des mécanismes de réserves de propriété empêche, comme nous l'avons vu précédemment, l'édification d'un ordre de priorité fondé sur l'ordre du temps, car certains créanciers s'excluront littéralement du concours. On peut supputer que les dérogations permises au paragraphe 1 (2) LTIRSM seront nombreuses <sup>420</sup>, car l'on voulait, par la rédaction de l'article 2 LTIRSM, permettre de recourir aux techniques connues ainsi qu'au principe de la liberté contractuelle. Les résistances culturelles face à un tel résultat risquent d'être bien senties <sup>421</sup> et le Mexique n'a pas retenu l'approche proposée aux termes de la LTIRSM dans sa réforme de 2000 et 2003 <sup>422</sup>.

En fait, si l'objectif que l'on visait à atteindre consistait à préserver un équilibre entre la forme et la substance, l'on pourrait s'y prendre autrement. Pour cela, en droit civil, le législateur peut règlementer chaque transaction utilisant le droit de propriété de manière précise, tant pour ses modalités de constitution que pour ses modalités d'exécution, tout en les assujettissant à une publicité obligatoire, en plus de créer, en parallèle, un régime

---

<sup>419</sup> Voir notre discussion à ce sujet, *infra*, Partie I, sous-section III. B. 1.2.

<sup>420</sup> Notons toutefois que l'intention exprimée par les rédacteurs à l'égard de cette disposition semble plus limitée. En effet, on parle ici d'exclure certains biens particuliers de l'application de la LTIRSM, par exemple les valeurs mobilières dématérialisées, les matériels d'équipement mobiles de grande valeurs, qui peuvent être assujettis à des conventions internationales. Voir : B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10, p. 61.

<sup>421</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>422</sup> Dale BECK FURNISH, « Accomodating Registry Systems for the OAS Model Law on Secured Transactions : Mexico's New Registry Regulations and the Integral System of Registry Management (Sistema Integral de Gestión Registral SIGER) », (2005) 37 *Uniform Commercial Code Law Journal* 3, 8-9. Le législateur mexicain a simplement ajouté deux nouvelles sûretés à celles déjà existantes en droit mexicain, à savoir le gage sans dépossession et la fiducie, qui font désormais l'objet d'une inscription systématique au registre des compagnies.

véritable de sûretés réelles accessoires. À cela s'ajoutera l'adoption d'une disposition énonçant le principe de l'essence de l'opération ou de l'énumération limitative des sûretés afin d'éviter la constitution de sûretés qui échapperaient à ce cadre législatif. À cet égard, compte tenu d'un tel objectif, c'est ce que le législateur québécois aurait pu faire lors de la réforme ayant mené à l'adoption du *Code civil du Québec*; c'est aussi ce que la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* aurait pu proposer comme solution <sup>423</sup>.

Voyons maintenant les problématiques d'ordre terminologique dont la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* souffre.

### 2.3.3 problématiques d'ordre terminologique

On note encore une fois une amélioration substantielle de la terminologie utilisée dans la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* par rapport à celle du *Projet préliminaire OÉA* <sup>424</sup>.

En effet, la terminologie du *Projet préliminaire OÉA* comportait de nombreuses difficultés. Le vocabulaire employé en langue espagnole était évocateur de réalités bien différentes et toutes autres que ne l'était celui utilisé en langue anglaise. Ainsi, un « *Movable Security Interest* », bien qu'étant défini comme étant un droit réel, référerait surtout à la notion de *Security Interest* du *Uniform Commercial Code*. De même, l'expression « *movable goods* » ne semblait pas équivaloir à l'expression « *bienes muebles* ». On sait en effet que le terme « *goods* » est clairement défini aux termes du

---

<sup>423</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 108, n<sup>os</sup> 75-77.

<sup>424</sup> *Supra*, note 410.

Titre 9 du UCC et qu'il ne correspond en rien à la classification des biens meubles du droit civil. Par ailleurs, les notions de l'« *industrial mortgage* » et du « *consignment* » réfèrent à des notions propres à la *common law*, qui ne s'articulent pas de la même manière en droit civil. Enfin, le concept de « *fixtures* » de la *common law* ne présente pas d'équivalence directe en droit civil, si ce n'est qu'à travers le concept de l'immeuble par destination.

La *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* utilise les termes « *movable property* », plus neutres, que les termes « *movable goods* ». On a voulu aussi utiliser une expression nouvelle, soit « *Attributable Movable Property* », afin de traiter des « *proceeds* », c'est-à-dire le produit de vente ou le bien de remploi, de manière plus neutre et appropriée à un environnement civiliste<sup>425</sup>. Cependant, de nombreux termes s'inspirent directement du Titre 9 du UCC, à commencer par la notion de *security interest* même.

De tout cela, il faut conclure que la terminologie juridique utilisée dans *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* n'est pas toujours neutre. Elle est parfois chargée de significations propres à des conceptions civilistes et de *common law* qui ne s'équivalent pas, selon que l'on lise la version anglaise ou espagnole. Même s'il faut interpréter ces termes dans un contexte bien précis, cette disparité pourrait néanmoins devenir source de confusion. Nous reviendrons à ce sujet en dernière analyse, en ce qui a trait à l'importance du choix d'une terminologie juridiquement neutre, dans l'élaboration

---

<sup>425</sup> B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10, p. 49-52.

d'un projet d'harmonisation international des garanties mobilières ou, encore, à la possibilité d'emprunter à la technique de rédaction législative du bijuridisme canadien <sup>426</sup>.

Nous allons maintenant brièvement analyser l'approche retenue aux termes de la *Loi type de la BERD*.

#### 2.4 aux termes de la *Loi type de la BERD*

La *Banque Européenne pour la reconstruction et le développement* fut créée en 1991. Elle représente l'une des suites directes de la chute du mur de Berlin et de l'ouverture des pays de l'Europe de l'est qui s'en suivit. Ayant pour objectif de favoriser leur transition vers l'économie de marché, il fut établi, dès la première rencontre annuelle des dirigeants de cette institution, que les ex-pays communistes n'étaient pas dotés, pour la plupart, de régimes de sûretés, ni de l'infrastructure judiciaire et administrative requises à son déploiement. Cette tâche fut considérée comme l'une des plus pressantes. Un comité d'experts internationaux fut mis sur pied qui, dix-huit mois plus tard, accoucha de la *Loi type de la BERD*, sans doute le premier instrument du genre à voir le jour.

La *Loi type de la BERD* propose un système simple afin que chaque pays destinataire puisse l'adapter à son droit national, selon ses besoins et son système juridique. La base y est : à chacun par la suite d'y ajouter ou d'y déroger. Cette loi type adopte, en autant que possible, une terminologie neutre. Elle est agrémentée d'un commentaire qui

---

<sup>426</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section IV. A. 2.

explique chacune de ses dispositions. La simplicité fut prônée pour en faciliter l'adoption rapide <sup>427</sup>.

Enfin, c'est l'approche téléologique ou fonctionnelle qui est préconisée. Ainsi, « [t]hings and rights may be encumbered by the owner with a security right (called a charge) in order to grant security for a debt » <sup>428</sup>. On précise également, dans la description liminaire qui est faite de ses traits saillants, ce qui suit:

Several features of the Model Law should be noted :

1. Single Security Right

The Model Law is based on the idea of a **single security right (a 'charge') in respect of all types of things and rights**. The distinction between various traditional types of security rights, such as pledges of movables, pledge of rights, and mortgages is merged in one right.

Ajoutons, au nombre de ses objectifs, que la *Loi type de la BERD* se veut un régime applicable aux pays de droit civil du continent, tout en empruntant aux régimes de *common law* les nombreuses solutions adoptées dans les pays de cette tradition eu égard, dit-on, aux techniques modernes de financement <sup>429</sup>.

En conclusion de ce chapitre, nous verrons que le *Guide législatif sur les opérations garanties* préconise, lui aussi, l'adoption de l'approche fonctionnelle ou téléologique.

---

<sup>427</sup> John L. SIMPSON et Jan-Hendrik M. RÖVER, « Introduction. A Legal System for Secured Transactions in Market Economies in Transition. An Introduction to the European Bank's Model Law on Secured Transactions », dans *Loi type de la BERD*, *supra* note 51.

<sup>428</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 1.1. Le commentaire indique que le terme « charge » est le plus neutre en anglais pour décrire une sûreté conventionnelle, ce pourquoi il fut choisi.

<sup>429</sup> J.L. SIMPSON et J.-H. M. RÖVER, *loc. cit.*, *supra* note 427. Ce commentaire suggère que les pays de *common law* ont une expertise plus développée en matière de droit commercial. Nous en discutons plus loin, *infra*, note 1144, mais il s'agit à notre avis d'un faux débat.

## 2.5 aux termes du *Guide législatif sur les opérations garanties* <sup>430</sup>

Le *Guide législatif sur les opérations garanties* préconise l'adoption de l'approche téléologique dans sa forme la plus extrême, à savoir celle d'une sûreté unitaire globale <sup>431</sup>, à l'image du *security interest* (du UCC) ou de l'hypothèque présumée (de l'ORCC). Cette approche passe par l'abolition pure et simple des sûretés-propriétés, avec une reconnaissance particulière, cependant, aux sûretés consenties pour garantir le prix d'acquisition d'un bien <sup>432</sup>.

À défaut d'adopter cette version la plus extrême de l'approche fonctionnelle, le guide suggère que les propriétés-sûretés soient néanmoins assujetties aux mêmes règles de publicité et de réalisation que celles applicables au régime de sûretés primaire ou de base. Il s'agit, en quelque sorte, du principe de l'essence de l'opération.

Le Guide s'appuie sur nombre d'exemples pour étayer sa position. D'une part, l'expérience nord-américaine est citée en modèle, le Québec ayant également, semble-t-il, opté pour l'approche fonctionnelle <sup>433</sup>. D'autre part, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et la *Loi type de la BERD* vont dans cette direction. Enfin, les avantages supplantent les inconvénients.

---

<sup>430</sup> Ni les *Principes de la Banque mondiale*, *supra* note 40, ni l'*Énoncé de principes du FMI*, *supra* note 39, ne traitent de ces questions.

<sup>431</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Introduction », « Chapitre I. Champ d'application, approches fondamentales en matière de sûretés et thèmes généraux à tous les chapitres du Guide », p. 14, 17, 32-33, 58-61, 64-67.

<sup>432</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre IX. Financement d'acquisitions ». Voir notre discussion, *infra*, Partie I, sous-section III. B. 1.2, relative au *Purchase Money Security Interest* et à ses transpositions en droit civil.

<sup>433</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre I. Champ d'application, approches fondamentales en matière de sûretés et thèmes généraux à tous les chapitres du Guide », p. 59. Ce qui est faux, bien entendu. À notre sens, cela entache malheureusement la crédibilité de ce guide.

Au nombre des avantages, le droit des sûretés peut être régi par un texte législatif unique, alors que l'approche formaliste ne le permettrait pas. Autant les sûretés sans dépossession que celles avec dépossession peuvent en bénéficier, avec les adaptations nécessaires, toutefois, à chaque type de sûretés. Puis, dans un contexte international, la reconnaissance d'une sûreté globale en droit interne favorise la reconnaissance d'un plus grand nombre de sûretés d'un pays à l'autre. En somme, il s'agit de reconnaître le principe de la « *relativité de la propriété sur les biens meubles* »<sup>434</sup> afin de permettre la généralisation du crédit garanti :

En outre, dans cette approche, un créancier qui envisage de consentir un prêt garanti n'a pas à étudier les divers mécanismes de sûretés possibles ni à en évaluer les conditions et les limites, les avantages et les inconvénients. De même, il est plus facile pour les créanciers d'un constituant ou pour un représentant de l'insolvabilité d'un constituant de mesurer leurs droits (et leurs obligations) vis-à-vis du créancier garanti s'ils n'ont qu'à se référer à un seul régime, caractérisé par une sûreté réelle mobilière globale. En simplifiant ainsi les choses, on réduira non seulement le coût de la constitution des sûretés mais aussi le coût de réalisation et, par voie de conséquence, le coût du crédit de façon générale.<sup>435</sup>

Mais le guide admet que, conceptuellement, cette approche implique une requalification des transactions et que tous les États ne reconnaissent pas ce soi-disant principe de la relativité de la propriété sur des biens meubles. Pour contrer ces objections, il faudra « *former les juristes et les gens d'affaires pour les aider à comprendre les implications pratiques de cette requalification* »<sup>436</sup>. Une telle remarque, d'un paternalisme intellectuel suspect, n'aidera pas nécessairement à susciter l'adhésion. Les juristes et gens d'affaires du Royaume-Uni, de la France, de bon nombre d'autres pays européens,

---

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>436</sup> *Ibid.*, p. 60.



du Québec, comprennent habituellement les implications de cette approche mais des choix différents ont été faits dans ces juridictions et peuvent l'être.

\* \* \*

En conclusion à ce deuxième chapitre, on constate que les fondements du droit des sûretés mobilières en Occident sont partagés. Exception faite au principe de l'égalité entre les créanciers, la préférence conférée au créancier garanti doit augmenter ses chances de remboursement en cas de défalcation du débiteur et, ce faisant, réduire les coûts du crédit garanti. L'effectivité d'un régime de sûretés repose en grande partie sur sa reconnaissance en droit de l'insolvabilité. À l'inverse, plus les droits internes reconnaîtront un grand nombre de sûretés mobilières, voire les mêmes ou, mieux encore, une sûreté unique et identique, plus l'harmonisation des procédures collectives sera possible, d'où l'intérêt d'harmoniser les droits internes en matière de sûretés. Mais les tensions sont nombreuses entre ces deux régimes, la pratique et l'interprétation judiciaire contribuant à fortement moduler le droit des sûretés. Au-delà des textes législatifs, des principes et des efforts d'harmonisation, notons qu'en Amérique du Nord, tout au moins, le droit de l'insolvabilité s'est grandement judiciarisé, pour retourner à un certain « *judge made law* », mais où les qualités du *stare decisis* encourageant la prévisibilité et la stabilité des normes et des rapports contractuels font de plus en plus défaut. En parallèle, l'uniformisation intrinsèque des régimes de sûretés mobilières suppose une rationalisation des mécanismes de constitution, de publication et d'exercice des droits. Pour réussir, cette démarche doit s'arrimer à la réforme du droit de l'insolvabilité. Les façons d'y parvenir sont nombreuses. Entre l'approche téléologique, le principe de l'énumération limitative et le principe de l'essence de l'opération, la difficulté consiste à y intégrer (ou

non) les diverses sûretés-propriété. Si, de façon majoritaire, les organismes internationaux de réforme du droit préconisent l'approche téléologique (avec l'exception notable de la *Convention du Cap (2001)*), dans les faits, elle est loin de faire l'unanimité. S'il y a absence d'harmonie ou de cohérence d'ensemble à ce niveau à l'échelle internationale, d'un État à l'autre, cela ne revient pas à dire que l'harmonisation du droit des sûretés ne soit pas en devenir. Au demeurant, comme nous le verrons dans le prochain chapitre, même les systèmes qui prétendent à l'atteinte de l'uniformité intrinsèque n'y parviennent pas nécessairement, en raison du nombre d'exceptions qu'ils autorisent et de la création de régimes spéciaux en fonction de catégories particulières de biens.

En ce sens, bien que le *Guide législatif sur les opérations garanties* reconnaisse que plus le champ d'application du régime des sûretés sera large, plus il sera efficace, il convient aussi d'exclure de son champ certains types de sûretés, dont celles sur les biens mobiles (aéronefs, matériel ferroviaire roulant, etc.), la propriété intellectuelle, les valeurs mobilières, les droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale ou naissant d'opérations de change et, enfin, les immeubles (bien que des similitudes et des recoupements existent)<sup>437</sup>. Ces exclusions sont considérées comme des régimes spéciaux et c'est ce que le droit international est en voie d'instaurer à l'échelle planétaire. Le Guide soutient qu'il ne devrait pas y avoir d'autres exclusions au régime. Ces régimes spéciaux influencent les droits internes. À défaut de parvenir à l'uniformisation intrinsèque de manière instantanée et cohérente, au terme d'une réforme d'ensemble unique, l'instauration graduelle de régimes spéciaux,

---

<sup>437</sup> *Ibid.*, p.40-43, 65-66.

combinée à l'internationalisation de la pratique du droit, des échanges commerciaux et à leur reconnaissance par les tribunaux, provoquent une certaine forme d'harmonisation du droit des sûretés qui commence à poindre.

Pour mieux étayer ces hypothèses, nous allons poursuivre notre étude en comparant les concepts et les valeurs du droit des sûretés mobilières propres aux principaux systèmes étudiés.

### **III- DES CONCEPTS ET DES VALEURS DU DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES**

Dans ce troisième chapitre, nous procéderons à l'analyse comparée des concepts des différents systèmes étudiés et aussi, par voie de conséquence, à l'examen des valeurs qu'ils mettent de l'avant. Cette analyse est un passage obligé, qui nous permettra d'identifier les éléments relevant de la politique et de la technique juridiques propres à toute règle de droit<sup>438</sup>. Nous pourrons dès lors déceler les points de convergences et de divergences entre chacun desdits systèmes juridiques (ou textes législatifs) comparés, ce qui nous permettra, en dernière analyse dans le cadre du quatrième et dernier chapitre de cette première partie, de tirer les conclusions qui s'imposeront quant à l'état d'avancement du phénomène d'harmonisation du droit des sûretés mobilières en Occident.

Ainsi, nous procéderons successivement à l'étude des principales modalités des sûretés réelles [A], pour ensuite exposer les principales considérations ayant trait à la mise en œuvre des sûretés réelles mobilières [B].

#### **A. Des principales modalités des sûretés réelles**

Il importe, dans un premier temps, de bien dégager les types de sûretés réelles et leurs caractéristiques [1]. Cela nous amènera naturellement, par la suite, à considérer de façon plus spécifique les sûretés réelles mobilières conventionnelles dans leur objet et dans leur cause [2].

---

<sup>438</sup> Voir : Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, 755, n° 33.

## 1. Les types de sûretés réelles et leurs caractéristiques

Il s'agit de cerner l'étendue et le champ d'application propre à tout régime de sûretés mobilières. Par le fait même, il s'agit aussi d'entrevoir le cadre législatif particulier dans lequel ce régime s'articulera. En termes de classifications propres au régime général des sûretés, on distingue généralement les sûretés légales des sûretés conventionnelles [1.1], les sûretés mobilières des sûretés immobilières [1.2], de même que les sûretés mobilières conventionnelles, avec ou sans dépossession [1.3].

### 1.1 les sûretés légales ou conventionnelles

Les sûretés naissent de dispositions de la loi ou par l'effet de la volonté des parties. On ajoute parfois, à cette *summa divisio*, les sûretés qui naissent par l'effet d'un jugement. Bien sûr, en droit civil, toute sûreté, qu'elle soit légale, conventionnelle ou judiciaire, naît d'abord, en principe, par l'opération de la loi, qui en autorise la constitution dans chacun de ces cas.

Les sûretés légales sont expressément écartées du champ d'application du Titre 9 du UCC<sup>439</sup>. La *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et la *Loi type de la BERD* ne visent que les sûretés conventionnelles, mobilières dans le premier cas, et mobilières autant qu'immobilières dans le second<sup>440</sup>. La rédaction de la disposition du Titre 9 UCC traitant du champ d'application de cette loi est plus spécifique et détaillée que ne l'est la disposition équivalente de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, déjà moins précise que ne l'était l'article 2 du *Projet préliminaire OÉA*,

<sup>439</sup> U.C.C. § 9-104 (1995) et U.C.C. § 9-109 (2010) ; OPPSA, art. 4.

<sup>440</sup> *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, *supra* note 10, art.1 et 2 ; *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 1.2.

lequel spécifiait que son champ d'application était restreint aux seules sûretés mobilières conventionnelles, à l'exclusion des privilèges légiférés et des sûretés autrement réglementées aux termes d'autres lois <sup>441</sup>.

Le Titre 9 du UCC précise que son champ d'application couvre toute sûreté mobilière conventionnelle dans un bien personnel ou dans un *fixture*, les privilèges agricoles (i.e. *agricultural lien*), les ventes de créances, les *consignments*, certaines sûretés mobilières créées aux termes de dispositions d'autres titres du *Uniform Commercial Code* et les *security interests in secured obligation* <sup>442</sup>. Les exclusions y sont également précisées par une énumération <sup>443</sup>. En outre, sont exclus les privilèges ou autres sûretés mobilières relevant de la compétence du législateur fédéral <sup>444</sup>, le privilège du locateur <sup>445</sup>, les privilèges légiférés conférés aux termes de l'exécution d'un contrat de service ou de la fourniture de matériaux <sup>446</sup>, toute retenue ou privilège fiscal établi en faveur de salariés ou d'employés <sup>447</sup>, les ventes de créances prenant place dans un contexte de vente d'entreprise ou celles ayant pour objectif principal leur recouvrement <sup>448</sup>, toute cession de droits aux termes d'une police d'assurance <sup>449</sup>, toute cession de droits aux termes d'un

---

<sup>441</sup> Voir l'article 2 du *Projet préliminaire OÉA*, *supra* note 410, ainsi que les *Principes mexicains*, *supra* note 411, qui réitéraient cette idée.

<sup>442</sup> U.C.C. § 9-109(a) et (b) (2010), qui reprend les anciennes dispositions de l'article U.C.C. § 9-102 (1995). L'étendue de l'application de du Titre 9 du UCC (2010) aux privilèges agricoles constitue une nouveauté par rapport à l'ancienne version.

<sup>443</sup> U.C.C. § 9-109(c) et (d) (2010), qui reprend les anciennes dispositions de l'article U.C.C. § 9-104 (1995).

<sup>444</sup> U.C.C. § 9-109(c)(1), (2) et (3) (2010).

<sup>445</sup> U.C.C. § 9-109(d)(1) (2010).

<sup>446</sup> U.C.C. § 9-109(d)(2) (2010).

<sup>447</sup> U.C.C. § 9-109(d)(3) UCC (2010).

<sup>448</sup> U.C.C. § 9-109(d)(4) et (5) (2010).

<sup>449</sup> U.C.C. § 9-109(d)(8) (2010).

jugement <sup>450</sup>, tout droit de compensation <sup>451</sup>, la constitution ou la cession d'un intérêt ou d'un privilège portant sur un bien réel <sup>452</sup>, toute cession d'une réclamation de nature délictuelle ou extracontractuelle (i.e. *an assignment of a claim arising in tort, other than a commercial tort*) <sup>453</sup>, toute cession d'un compte bancaire dans le cadre d'un contrat de consommation <sup>454</sup>.

En revanche, le *Code civil du Québec* vise à réglementer tant les sûretés légales que conventionnelles <sup>455</sup> ou judiciaires <sup>456</sup>. Ce fut d'ailleurs l'une des préoccupations centrales de l'ORCC et des légistes rédacteurs du *Code civil du Québec*, c'est-à-dire de faire en sorte que l'ensemble du droit des sûretés, tant conventionnelles, légales, judiciaires, tant mobilières qu'immobilières, soit régi par le Code civil uniquement. On visait ainsi à éliminer la disparité des sources du droit des sûretés existant sous l'ancien régime <sup>457</sup>. Force est cependant de constater que l'atteinte de cet objectif doit franchir de nombreux obstacles, certains relevant du ressort du législateur québécois, d'autres pas.

---

<sup>450</sup> U.C.C. § 9-109(d)(9) (2010).

<sup>451</sup> U.C.C. § 9-109(d)(10) (2010).

<sup>452</sup> U.C.C. § 9-109(d)(11) (2010).

<sup>453</sup> U.C.C. § 9-109(d)(12) (2010).

<sup>454</sup> U.C.C. § 9-109(d)(13) UCC (2010).

<sup>455</sup> L'article 2664 C.c.Q., *in fine*, précise que l'hypothèque est conventionnelle ou légale. En matière de sûretés légales, les priorités de l'article 2651 C.c.Q. s'ajoutent aux hypothèques légales édictées par le régime des articles 2724-2732 C.c.Q.

<sup>456</sup> L'hypothèque judiciaire n'existe pas comme telle, à proprement parler, en droit civil québécois. Il s'agit plutôt d'une hypothèque légale dont peut bénéficier tout créancier en faveur de qui fut rendu un jugement portant condamnation à verser une somme d'argent ou des aliments. Voir les articles 2724 (4) et 2730 C.c.Q. Pour les formalités associées à la constitution, à la publicité et à l'opposabilité d'une telle hypothèque légale, voir P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n<sup>os</sup> 2.75-2.81, p. 150-154.

<sup>457</sup> Voir, de façon générale, P. CIOTOLA, *loc. cit.*, *supra* note 308.

En ce qui a trait aux sûretés légales, on dénombre les priorités et les hypothèques légales. On se souviendra que l'ORCC en avait proposé l'abolition pure et simple, dans son *Projet de Code civil* de 1978<sup>458</sup>. Le législateur québécois n'a pas suivi cette recommandation. Il aurait, en apparence, considérablement réduit le nombre de sûretés légales qui existaient sous l'ancien droit. Ainsi, les priorités sont limitées à l'énumération de l'article 2651 C.c.Q., et comprennent les frais de justice et toutes les dépenses faites dans l'intérêt commun, la créance du vendeur impayé pour le prix d'un bien meuble vendu à une personne physique qui n'exploite pas une entreprise, les créances de ceux qui ont un droit de rétention sur un bien meuble, les créances de l'État pour les sommes dues en vertu des lois fiscales, et, enfin, les créances des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers sur les immeubles qui y sont assujettis, de même que celles des municipalités, spécialement prévues par les lois qui leur sont applicables, pour les taxes autres que foncières sur les immeubles et les meubles en raison desquels ces taxes sont dues.

---

<sup>458</sup> On proposait en effet la conservation de seulement trois espèces d'hypothèques, à savoir les hypothèques conventionnelles, judiciaires et testamentaires. L'abolition des hypothèques légales et des privilèges était recommandée. Cette mesure était jugée nécessaire, car la justification apportée au soutien de la création législative de privilèges et d'hypothèques légales en faveur de certaines catégories de créanciers était jugée trop arbitraire par l'ORCC et contraire au principe de l'égalité entre les créanciers dans le recouvrement de leurs créances. L'ORCC soulignait qu'en plus de cent ans, le législateur québécois avait adopté, par lois spéciales dérogeant au droit commun, pas moins de deux cents privilèges spéciaux, la plupart se rattachant aux droits de la Couronne ou aux municipalités. Comme solution de compromis, l'ORCC proposa que le législateur puisse maintenir certains privilèges comme hypothèques légales, à la condition expresse que ces hypothèques soient soumises à la publicité et ne prennent rang que suivant la date et l'heure de leur inscription. Voir, à ce sujet, QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, *supra* note 351, p. 350, 356-376; QUÉBEC, CIVIL CODE REVISION OFFICE, *op. cit.*, *supra* note 351, p. 350, 353-372. Voir aussi P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 2.1, p. 73-74. Bien que séduisante, on a relevé le caractère utopique de cette idée. Voir J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, p. 191-197. Voir enfin : Jean PINEAU, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », (1992) 71 *R. du B. can.* 423, 432. Un auteur parle aujourd'hui d'une contre-réforme qui a lieu dans ce domaine. Voir : P. CIOTOLA, *loc. cit.*, *supra* note 26, p. 45-47.



Les priorités sont de caractère occulte, car le Code civil ne les soumet pas à une exigence de publicité obligatoire<sup>459</sup>. De plus, les dispositions de l'article 2651 C.c.Q., alinéas 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup>, ouvrent une première brèche quant à l'unicité des sources du droit des sûretés en droit civil québécois. En effet, le législateur réfère aux lois fiscales et aux lois municipales comme sources permettant la création de certaines priorités en faveur de l'État, des municipalités et des commissions scolaires<sup>460</sup>.

S'ajoutent à ces priorités les hypothèques légales énumérées à l'article 2724 C.c.Q., qui comprennent celles de l'État pour les sommes dues en vertu des lois fiscales et certaines autres créances de l'État ou de personnes morales de droit public spécialement prévues dans les lois particulières, les créances des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble, la créance du syndicat des copropriétaires pour le paiement des charges communes et des contributions au fond de prévoyance, et les créances résultant d'un jugement. Ces hypothèques légales doivent être publiées et

---

<sup>459</sup> Voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n<sup>os</sup> 2.14 et 2.30, p. 81 et 101, qui rappelle que les créances prioritaires de l'État pour les dettes fiscales sont exceptionnellement soumises à la publicité sur demande de dénonciation présentée par un créancier qui procède à une saisie-exécution ou qui émet un préavis d'exercice d'un recours hypothécaire, aux termes de l'article 2654 C.c.Q. Certaines créances fiscales des municipalités seraient également soumises à un régime de publicité dérogatoire du droit commun. En pratique, l'État n'obtempère jamais à ces demandes.

<sup>460</sup> P. Ciotola a souligné cette dérogation majeure au régime uniformisé des sûretés préconisé au *Code civil du Québec*, tel qu'établi en faveur des municipalités aux termes de lois particulières, qui dénaturerait les priorités et les hypothèques légales établies par le droit commun, tout en étant source de controverses juridiques et de compromis coûteux. Il a proposé que soient adoptées certaines modifications législatives pour corriger la situation, afin de mettre un terme à la disparité des textes législatifs et ainsi favoriser une meilleure intégration des dispositions de droit municipal au droit commun applicable à tous, dont le *Code civil du Québec* se veut l'expression. Entre autres, le régime des priorités du Code civil devrait prévoir la possibilité de contraindre la municipalité à dénoncer et à inscrire sa priorité au registre approprié d'après les modalités précisées à l'article 2654 C.c.Q. Pour assurer la survie de cette priorité lors de la prise en paiement et sa reconnaissance dans le droit fédéral de la faillite, il suggère qu'elle soit doublée d'une hypothèque légale dont le rang serait déterminé par la loi. Voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 102-124, et en particulier aux p. 104, 122-124, n<sup>os</sup> 2.34 et 2.49 (et note 148). Voir cependant les modifications apportées, depuis lors, aux articles 2651(5), 2655 et 2656 C.c.Q., et l'adoption du nouvel article 2654.1 C.c.Q., aux termes de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90.

suivent l'ordre du temps, à l'exception de l'hypothèque des personnes qui ont participé à la construction et à la rénovation d'un immeuble <sup>461</sup>. Sauf exception, les créanciers titulaires d'une priorité peuvent cumuler l'hypothèque légale qui leur est dévolue par la loi <sup>462</sup>.

La proposition de l'ORCC d'abolir toute sûreté légale s'avère toujours intéressante et d'actualité, bien que l'on puisse soutenir que l'intérêt commun et l'équité servent de justifications à l'édiction de certaines sûretés légales. À défaut de retenir cette solution, le législateur québécois aurait pu définir clairement au Code civil même tout le régime des priorités et des hypothèques légales sans référer à des lois particulières. En effet, cette réduction apparente des anciens privilèges légiférés, notamment ceux en faveur de la Couronne, est sujette à la même inflation que celle connue avant la réforme. La rédaction actuelle des dispositions du *Code civil du Québec* traitant des priorités et des hypothèques légales, par ses fréquents renvois aux lois particulières, autorise à le penser. En fait, P. Ciotola parle à ce sujet d'une brèche béante, qui nous éloignerait considérablement des objectifs initialement promulgués par l'ORCC <sup>463</sup>. Cette brèche est également ouverte par le législateur fédéral et les tribunaux, particulièrement dans le cadre des procédures d'insolvabilité <sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> Voir les art. 2725, 2727, 2729, 2730, et 2952 C.c.Q. Pour un exposé général de l'ensemble des règles en matière d'hypothèques légales, voir P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 125-193; L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 386, p. 618-674. Voir, enfin, de manière plus spécifique, Vincent KARIM, *Les contrats d'entreprise, de prestation de services et l'hypothèque légale*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2003.

<sup>462</sup> P. CIOTOLA, *loc. cit.*, *supra* note 26, p. 52-53.

<sup>463</sup> *Ibid.*, p. 45-47.

<sup>464</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. A. 2.3.4., sur la préservation de la valeur économique des sûretés conventionnelles dans un contexte de redressement.

À ces sûretés légales régies par le droit provincial s'ajoutent celles relevant du droit fédéral, notamment aux termes des diverses lois fiscales<sup>465</sup> et de la *Loi sur les banques*<sup>466</sup>. Bon nombre de ces sûretés, que l'on songe aux diverses fiducies présumées établies pour les diverses taxes ou autres déductions à la source, présentent un caractère occulte<sup>467</sup>. Ces sûretés échappent, bien entendu, au contrôle législatif des gouvernements provinciaux, qui ne sont pas en reste, par ailleurs, pour l'édiction de ce type de mécanismes à leur bénéfice. Cette situation semble exister de la même manière aux États-Unis, que l'on en juge seulement par le champ d'application réservé au Titre 9 du UCC<sup>468</sup>.

Afin de favoriser le crédit garanti, il y aurait lieu, dans un contexte d'harmonisation du droit, d'établir des critères qui permettraient, d'une part, de limiter le nombre et les

---

<sup>465</sup> Voir : P.H. BÉLANGER, *loc. cit.*, *supra* note 154. Voir aussi : Louis L'HEUREUX, *La fiducie présumée de la Loi de l'impôt sur le revenu*, Toronto, Carswell, 2002; Roger P. SIMARD, « Recours des ministères du Revenu en cas de faillite et d'insolvabilité », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit de la faillite*, vol. 107, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1998, 137.

<sup>466</sup> *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, notamment à son article 427.

<sup>467</sup> De plus, le fisc, non content de ses vastes droits et pouvoirs déjà prévus à la loi, tente de toujours les faire élargir par l'interprétation jurisprudentielle. C'est ainsi qu'une longue querelle dura plusieurs années, de 2003 à 2009, afin de savoir si la fiducie présumée de la Couronne continuait de s'appliquer pour les montants de TPS et de TVQ non récupérés au moment d'une faillite, déclassant les créanciers garantis. Bien que la loi indique clairement que la fiducie présumée tombe suite à la faillite au chapitre de la TPS et de la TVQ, le fisc échafauda une théorie basée sur le mandat du débiteur fiscal et la naissance de la fiducie antérieurement à la faillite, qui en ferait le propriétaire des sommes perçues à ce moment-là. Pour un résumé du débat, voir : Louise LALONDE, « La TPS et la TVQ : le loup de retour dans la bergerie », dans Janis P. SARRA, dir., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2006, 355. La première décision à avaliser cette position fut rendue dans l'affaire *Chibou-Vrac inc.*, Re, [2003] R.J.Q. 2809 (C.S.). En 2009, la Cour suprême du Canada renversa ce courant jurisprudentiel dans l'arrêt *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, j. Le Bel. Ironiquement, la Cour suprême du Canada y rappelle que la réforme de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 avait notamment pour but de réduire le nombre de priorités dont la Couronne bénéficiait. Autres temps, autres mœurs, car la réforme du droit canadien de l'insolvabilité de 2009 augmente considérablement le nombre de priorités légales au détriment des droits des créanciers garantis. Voir, *supra*, Partie I, sous-section II. A. 2.3.4., sur la préservation de la valeur économique des sûretés conventionnelles dans un contexte de redressement.

<sup>468</sup> L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 436, 463, 605-656.

sources des sûretés légales permises et, d'autre part, l'établissement de sûretés légales plus uniformes d'une juridiction à l'autre, tout en enrayant leur caractère occulte. C'est ce que la *Convention du Cap (2001)* propose<sup>469</sup>; c'est également ce que le *Guide législatif sur les opérations garanties*<sup>470</sup> et les Principes de la Banque mondiale<sup>471</sup> suggèrent.

Il s'agit cependant de vœux pieux. En effet, ces principes sont bien connus des législateurs occidentaux. Périodiquement, un effort de rationalisation est fait en matière de sûretés légales, mais en raison des pressions provenant de divers groupes d'intérêts, le retour du balancier s'opère assez rapidement vers leur prolifération plus ou moins contrôlée. L'harmonisation, voire l'uniformisation, en ce domaine, relève davantage de l'utopie, puisque l'établissement de sûretés légales découle directement de la prérogative de l'État souverain, visant au premier chef la protection des revenus du Trésor public et de certaines catégories de créanciers à qui l'on veut du bien, dont les salariés.

---

<sup>469</sup> *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64, art. 39-40, en vertu desquels un État contractant pourra « faire une déclaration selon laquelle les catégories de garanties non conventionnelles qu'il désignerait pourraient être inscrites comme garanties internationales et pourraient dès lors être traitées selon les mêmes règles de priorités. Il est envisagé qu'un État pourrait souhaiter se prévaloir de cette faculté pour les garanties non conventionnelles qui ne jouissent pas déjà d'un statut privilégié en vertu de son droit interne, tels que les privilèges du fisc ou les privilèges des salariés dont la priorité ne dépend pas de l'inscription ». Voir, à ce sujet, R. GOODE, *loc. cit.*, *supra* note 67, p. 73 et 75; R. GOODE, *Convention du Cap*, *supra* note 64, p. 8.

<sup>470</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre I. Champ d'application, approches fondamentales en matière de sûretés et thèmes généraux communs à tous les chapitres du Guide », p. 51; *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre V. Priorité d'une sûreté réelle mobilière », p. 49-50, recommandations 83-86; S.V. BAZINAS, *loc. cit.*, *supra* note 46, p. 79.

<sup>471</sup> *Principes de la Banque Mondiale – 2001*, *supra* note 40, p. 56-58, n<sup>os</sup> 146-152, principe 16; *Principes de la Banque Mondiale – 2005*, *supra* note 40, p. 21, principe C-12. Le FMI ne se prononce pas clairement à ce sujet, mais il affirme néanmoins que les créanciers garantis doivent être colloqués au premier rang, avant les créanciers privilégiés et chirographaires. Voir l'*Énoncé de principes du FMI*, *supra* note 39, p. 34.

Nous allons maintenant examiner la seconde classification des sûretés, qui se fait à partir de leur caractère mobilier ou immobilier.

## 1.2 les sûretés mobilières ou immobilières

Il est clair, des dispositions du Titre 9 du UCC, que ce texte ne vise pas à couvrir les sûretés immobilières<sup>472</sup>. C'est également l'orientation proposée par la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*<sup>473</sup>.

Le législateur québécois a choisi de retenir l'approche inverse<sup>474</sup>. Ainsi, l'hypothèque s'étend désormais tant aux biens meubles qu'aux immeubles<sup>475</sup>. Il s'agirait d'une « intégration horizontale » du droit des sûretés, que peu d'autres législateurs ont imité<sup>476</sup>.

Bien entendu, ce choix législatif présente des avantages et des inconvénients. Au nombre des avantages, mentionnons la simplification et l'uniformisation importante qui en

---

<sup>472</sup> Voir la définition du terme « *security interest* », à la section U.C.C. § 1-201 (a) (35) (2010) et les commentaires de James J. WHITE et Robert S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5<sup>e</sup> éd., St. Paul (Minnesota), West Group, 2000, p. 734-735, traitant des diverses exceptions à cette règle. **Comparer** : OPPSA, s. 1 (1), s.v. « security interest ».

<sup>473</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 1. Voir également, à ce sujet, les *Principes américains, version traduite en anglais*, *supra* note 411, p. 2 : « *It should be clarified that the basis suggested for unifying movable security interests in Mexican law cannot and should not include real property. The traditional mortgage, for obvious reasons both conceptual and having to do with general orientation and the legal system itself, can not and should not be absorbed into a unified movable security interest, whose scope should be restricted to movable goods in a broad commercial sense* ». L'influence américaine se fait sentir, ainsi que les difficultés du droit des biens en common law. Pourtant, en droit civil, l'intégration de l'hypothèque mobilière et immobilière est possible, car cela tient à l'articulation des droits réels en droit civil qui permet cette intégration conceptuelle.

<sup>474</sup> L. Payette rappelle que « [...] [cette] démarche d'abriter sous un seul concept, celui de l'hypothèque, régi par des règles communes, les sûretés du domaine immobilier et celles du domaine mobilier, [est propre au Québec], ce que peu de systèmes juridiques ont d'ailleurs tenté d'accomplir ». Voir : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>o</sup> 2, p. 2.

<sup>475</sup> C.c.Q., art. 2665.

<sup>476</sup> Voir, à ce sujet : QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, *supra* note 351, p. 349-350; QUÉBEC, CIVIL CODE REVISION OFFICE, *op. cit.*, *supra* note 351, p. 347-348.

résulte, en ce qui a trait aux formalités de constitution et aux mécanismes de réalisation, bien que des différences notables demeurent entre les deux types de sûretés.

Ainsi, l'acte d'hypothèque immobilière est assujéti à la forme notariée, alors que l'hypothèque mobilière ne l'est pas <sup>477</sup>; les régimes de publicité et d'inscription obéissent à des règles différentes, les sûretés immobilières et mobilières étant inscrites à deux registres différents, le registre foncier en étant un de titres et de dépôts d'actes, alors que le registre mobilier est nominatif et informationnel; le principe de l'ordre de collocation en fonction du temps est davantage respecté en matière immobilière qu'il ne l'est en matière mobilière <sup>478</sup>. À ces inconvénients, s'ajoutent les doutes émis quant au caractère réel de l'hypothèque mobilière, notamment l'hypothèque sur des créances, ou encore l'hypothèque sur des universalités de biens et la notion du report de l'hypothèque. Ces inconvénients ont fait dire à certains auteurs que l'intégration entre les deux régimes n'est que partielle et la dualité, bien réelle <sup>479</sup>.

Ces problèmes peuvent toutefois être corrigés aux termes de modifications législatives, afin de concrétiser une meilleure intégration entre les deux régimes, notamment en matière de publicité. Ainsi, bien que la solution proposée par le législateur québécois comporte certaines faiblesses, elle fait néanmoins la démonstration que l'intégration des sûretés réelles mobilières et immobilières est possible en droit civil. Cette intégration est

---

<sup>477</sup> Sauf l'hypothèque mobilière consentie en faveur du fondé de pouvoir des créanciers de l'article 2692 C.c.Q. Voir, en ce sens, *Positron Technologies inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 4668.

<sup>478</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section III. B. 2.2., relative à la publicité par inscription à un registre.

<sup>479</sup> P. CIOTOLA, *loc. cit.*, *supra* note 26, p. 60-61.

certes plus aisée qu'en *common law*, l'édifice romaniste des droits réels étant de manière plus souple, conceptuellement, que le droit des biens de *common law* <sup>480</sup>.

Notons que la *Loi type de la BERD* propose une intégration des régimes immobiliers et mobiliers <sup>481</sup>. La Banque mondiale se contente d'indiquer que le régime de sûretés doit couvrir tout type de biens <sup>482</sup>. La possibilité de suggérer une intégration des régimes aux termes du *Guide législatif sur les opérations garanties* fut envisagée lors des travaux préparatoires, à la suggestion de la BERD <sup>483</sup>, mais il n'y fut pas donné suite. En effet, le *Guide législatif sur les opérations garanties* exclut expressément les biens immeubles de sa portée, en précisant toutefois qu'ils peuvent être affectés par ses recommandations, notamment en matière d'accession mobilière et de cession de créance garantie par un immeuble <sup>484</sup>. Les mérites de l'intégration des régimes sont discutés par la doctrine

---

<sup>480</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section III. A. 2.1, relative à l'objet de la sûreté mobilière conventionnelle.

<sup>481</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 5.2.

<sup>482</sup> *Principes de la Banque Mondiale – 2001*, *supra* note 40, p. 24-29, n<sup>os</sup> 48-63, principe 3; *Principes de la Banque Mondiale – 2005*, *supra* note 40, p. 13-14, principes A-2, A-3 et A-4. Le FMI ne se prononce pas à ce sujet.

<sup>483</sup> Le projet de guide s'est toujours limité aux sûretés mobilières conventionnelles. Cependant, la BERD, en tant qu'observateur privilégié des travaux de rédactions de ce projet, a fait la remarque suivante : « [l]e *Guide* laisse également entendre qu'il doit exister une séparation stricte entre les biens meubles et les biens immobiliers. Cette séparation peut être parfaitement rationnelle dans certains régimes juridiques, mais il se peut qu'elle ne soit pas toujours appropriée. Au contraire, dans certains cas, il peut être très judicieux qu'un pays s'efforce d'adopter des réformes relatives à ces deux types de biens en même temps et de soumettre les sûretés sur les biens meubles et sur les biens immeubles à des règles analogues. Le *Guide* devrait laisser cette option ouverte et donner des indications générales sur la façon dont il serait possible de mener à bien une réforme portant sur les biens tant meubles qu'immobiliers ». Voir *Note du Secrétariat, Projet de guide législatif sur les opérations garanties*, Doc. off. CNUDCI, Doc. NU A/CN.9/WG. VI/WP. 4 (24 avril 2002).

<sup>484</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre I. Champ d'application, approches fondamentales en matière de sûretés et thèmes généraux communs à tous les chapitres du *Guide* », p. 42-43, 65-66.

québécoise, qui se veut très certainement une contribution originale à la question <sup>485</sup>. Observons, ici également, que l'harmonie n'est pas la règle. Observons aussi que le Guide, probablement influencé par les experts de *common law*, manque à son objectif de présenter tous les choix législatifs possibles.

Nous passons donc à l'examen de la *summa divisio* des sûretés mobilières conventionnelles, c'est-à-dire la distinction établie entre les sûretés avec ou sans dépossession.

### 1.3 les sûretés mobilières conventionnelles avec ou sans dépossession

Les systèmes réformés de sûretés mobilières visent tous à permettre la constitution de sûretés conventionnelles sans dépossession. C'en est d'ailleurs l'un des objectifs principaux. Il demeure cependant toujours permis de conférer des sûretés mobilières conventionnelles avec dépossession. Nous étudierons d'abord les modalités de constitution qui leur sont propres [1.3.1]. Nous verrons ensuite que l'intérêt principal que présente cette distinction réside essentiellement dans les mécanismes de publicité associés à ces deux catégories de sûretés mobilières [1.3.2]. On note une confusion des règles de constitution et de publicité, particulièrement en matière de sûretés avec dépossession.

Si la dépossession s'avère utile en ce qui a trait à la maîtrise qu'elle procure au créancier sur certains types de biens précis, plus particulièrement lors de l'exécution de la sûreté

---

<sup>485</sup> Voir, notamment : Denise PRATTE, « Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles sûres ? » dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1998, 179; P. CIOTOLA, *loc. cit.*, *supra* note 314, n° 278, p. 416.



(pensons aux valeurs mobilières, aux titres de créances, négociables ou non), on pourrait croire que ce mécanisme ne suffise plus, à lui seul, à en assurer la publicité et l'opposabilité, compte tenu de la possibilité de constituer un registre de publicité central, informatisé et facilement accessible, un tel registre étant cardinal à l'établissement d'un régime de sûretés sans dépossession cohérent.

Toutefois, constatons que, contrairement à la logique d'un régime de publicité fondé sur l'inscription de droits, l'occultisme de la dépossession a récemment opéré un retour en force, à la faveur, notamment, de la création d'un régime spécial de sûretés relatif aux valeurs mobilières et autres actifs financiers, tel que promulgué par les organismes de réforme du droit, influencés par le droit américain. Cela pose, au final, la question de l'efficacité et de l'effectivité d'un régime de sûretés moderne.

### 1.3.1 les modalités de constitution

Il importe d'identifier les parties à la sûreté, c'est-à-dire le constituant et le titulaire. En second lieu, il faut cerner les formalités associées à sa constitution, qui lui procureront sa validité. Nous procéderons à cet examen en comparant, successivement, les dispositions du Titre 9 du UCC [a], celles du *Code civil du Québec* [b], de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* [c], de la *Loi type de la BERD* [d] et, enfin, du *Guide législatif sur les opérations garanties* et des Principes de la Banque mondiale et du FMI [e].

## a) aux termes du Titre 9 du UCC

Aux termes du Titre 9 du UCC, le constituant d'un *security interest* est défini comme étant un « *debtor* »<sup>486</sup>. Ce terme précise que le débiteur est une personne qui détient un intérêt dans le bien grevé ou qui est tenu de l'exécution de l'obligation garantie (i.e. « *obligor* »)<sup>487</sup>. De façon générale, les transactions consuméristes ne relèvent pas de l'application du Titre 9 du UCC. Une incorporation par référence aux critères des diverses lois applicables en matière de protection du consommateur est donc mentionnée aux fins de couvrir de telles transactions lorsque nécessaire<sup>488</sup>. Les autres transactions plus spécifiques aux termes desquelles une partie devient « débiteur » sont également précisées. Le titulaire d'un *security interest* est défini comme étant un « *secured party* »<sup>489</sup>.

Certaines formalités de constitution seront identiques, selon qu'il s'agisse d'une sûreté avec ou sans dépossession, ou constituée par le mécanisme du « contrôle », l'équivalent de la maîtrise, une forme de dépossession fictive. Ainsi, dans chaque cas, il devra exister une contrepartie ou considération suffisante afin de créer une obligation entre les parties

---

<sup>486</sup> U.C.C. § 9-105(1)(d) (1995), U.C.C. § 9-102(a)(28) (2010). **Comparer**: OPPSA, art. 1 (1), *s.v.* « *debtor* ».

<sup>487</sup> John O. HONNOLD, Steven L. HARRIS et Charles W. MOONEY, Jr., *Security Interests in Personal Property*, 3<sup>e</sup> éd., New York, Foundation Press, 2001, p. 89.

<sup>488</sup> Voir les articles U.C.C. § 9-201 et § 9-203(4) (1995), U.C.C. § 9-201(b) (2010). On y précise par ailleurs, à diverses occasions dans le texte même du Titre 9 du UCC, les particularités propres aux *security interests* grevant de « biens de consommations » (i.e. *consumer goods*), une catégorie de biens législativement définie à la section U.C.C. § 9-102 (a) (23) (2010), comme étant les biens destinés à l'usage personnel, familial ou domestique. **Comparer**: OPPSA, art. 1 (1), *s.v.* « *consumer goods* ».

<sup>489</sup> U.C.C. § 9-105(1)(m) (1995), U.C.C. § 9-102(a)(72) (2010). **Comparer**: OPPSA, art. 1 (1), *s.v.* « *secured party* ».

(i.e. *value has been given*)<sup>490</sup>. De même, le débiteur doit être titulaire de droits dans le bien grevé (i.e. *debtor has rights in the collateral*)<sup>491</sup>. Il n'est pas nécessaire qu'il en soit le propriétaire, c'est-à-dire qu'il détienne le « *full ownership* »; le titre de propriété étant de toute façon non pertinent, sauf exceptions<sup>492</sup>.

D'autres formalités seront particulières à chaque type de sûretés. En ce qui a trait aux sûretés avec dépossession, il faudra qu'il y ait remise du bien au créancier<sup>493</sup>. La catégorie des sûretés avec dépossession est limitée aux seuls biens meubles corporels ou aux titres négociables<sup>494</sup>. Certaines modalités particulières devront être également respectées dans le cas de sûretés mobilières constituées par le « contrôle » conféré au créancier sur certains biens incorporels, par exemple sur des documents de crédit ou titres non négociables (i.e. comprenant les termes législativement définis de « *deposit account* », « *electronic chattel paper* », « *investment property* », « *letter-of-credit rights* »)<sup>495</sup>. Dans ces cas de biens immatériels (*intangibles*), le créancier doit détenir le

---

<sup>490</sup> U.C.C. § 9-203 (2010). **Comparer**: OPPSA, art. 11. Implicitement, il s'agit là de la reconnaissance du caractère accessoire de la sûreté à une dette. On précise que « *Article 9 tells us nothing about the obligation that is secured, leaving that to other law. Although we usually think of the obligation as being a contractual promise to repay a loan or to pay the price of goods bought, in theory a security interest could secure virtually any obligation – liquidated or unliquidated, contingent or noncontingent* ». Voir : J.O. HONNOLD, S.L. HARRIS et C.W. MOONEY, Jr., *loc. cit.*, *supra* note 487, p. 88. Mentionnons, au demeurant, que les sûretés ne peuvent jamais prétendre à une autonomie complète de la cause de l'obligation qui lui donne naissance. Par exemple, une lettre de crédit ne saurait être valide dans le cas où la cause de l'obligation garantie est illicite. Voir, pour une discussion comparative au sujet de l'autonomie des garanties, F. DESSEMONTET, « Sûretés, garanties et abstraction » dans F. DESSEMONTET, dir., *Sûretés et garanties bancaires*, Paris, Litec, 1997, 71.

<sup>491</sup> U.C.C. § 9-203(1)(b),(c), et (2) (1995); U.C.C. § 9-203(b)(2) (2010).

<sup>492</sup> U.C.C. § 9-202 (2010). **Comparer**: OPPSA, art. 2.

<sup>493</sup> U.C.C. § 9-203(1)(a) (1995); U.C.C. § 9-203(b)(3)(B) et (C) (2010); U.C.C. § 9-313 (2010). **Comparer**: OPPSA, art. 22.

<sup>494</sup> Dans ce cas, la remise s'effectue par la délivrance du certificat : U.C.C. § 8-301 (2010).

<sup>495</sup> U.C.C. § 9-203(1)(a) (1995); U.C.C. § 9-203(b)(3)(D) (2010). Ces catégories de biens n'existent pas nommément aux termes de la loi ontarienne.

« contrôle » du bien, c'est-à-dire le pouvoir de transiger ou de percevoir seul les valeurs qu'il représente<sup>496</sup>. Ainsi, la dépossession, réelle ou fictive, devient elle-même un mécanisme de constitution de la sûreté, en plus de lui conférer son opposabilité. Notons toutefois la distinction établie par ces dispositions entre la dépossession et le « contrôle », qui en font deux mécanismes clairement distincts avec leurs règles propres, bien que l'on ait interprété le « contrôle » comme accomplissant une fonction privative équivalente à la dépossession, mais en regard des biens meubles immatériels non négociables<sup>497</sup>.

En ce qui a trait aux sûretés sans dépossession, le débiteur devra avoir signé un « *security agreement* », c'est-à-dire une entente aux termes de laquelle est constitué un « *security interest* », comportant une description suffisante du bien grevé. L'exigence de l'écrit n'existe obligatoirement que pour les sûretés sans dépossession. Elle s'étend toutefois aussi à celles grevant des biens immatériels constituées par le mécanisme du « contrôle », car une entente de maîtrise (i.e. « *control agreement* ») est nécessaire pour le conférer<sup>498</sup>. Ce faisant, le *Uniform Commercial Code* contient des règles précises concernant la constitution de sûretés affectant ces biens immatériels, dont les valeurs mobilières, dématérialisées ou non, directement détenues ou non.

---

<sup>496</sup> *Ibid.*. La notion de contrôle est définie à différents endroits, notamment aux sections U.C.C. § 9-104, 9-105, 9-106 et 9-107 (2010). C'est une façon de remplir l'exigence de la dépossession pour les biens intangibles (i.e. l'équivalent des biens meubles incorporels du droit civil). La publicité par ce mode de constitution est autorisée aux termes de la section U.C.C. § 9-314 (2010). **Comparer** : OPPSA, art. 1 (2) et 22.1.

<sup>497</sup> J.J WHITE et R.S. SUMMERS, *op. cit.*, *supra* note 472, p. 775 : « *One way to think of control is to regard it as the intangible's equivalent to possession of tangibles. As we have said [...], security interests in intangibles for which there is no indispensable res to be possessed (like a negotiable instrument) cannot be perfected by possession. Yet some of these intangible interests can be put under the "control" of a secured creditor to the exclusion of others, and this will put third parties on notice* ».

<sup>498</sup> Voir, de façon générale au sujet des modalités de constitution préconisées par le Titre 9 du UCC, E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 25-27; J.J WHITE et R.S. SUMMERS, *op. cit.*, *supra* note 472, p. 747-811. Pour une perspective historique, voir G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 320, p. 345-354.

Dans ce dernier cas, le régime est simple <sup>499</sup>. Dans le cas d'un certificat au porteur, le contrôle s'acquiert par sa délivrance; dans le cas d'un certificat nominal, le contrôle s'acquiert par l'endossement et la délivrance du certificat, ou encore par l'enregistrement du nom de l'acquéreur aux livres de l'émetteur. S'il s'agit d'une valeur mobilière non représentée par certificat, le contrôle s'acquiert soit par l'enregistrement aux livres de l'émetteur de l'acquéreur, soit par la conclusion d'une entente avec l'émetteur qu'il se conformera aux instructions de l'acquéreur, sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir le consentement du propriétaire inscrit par la suite. En ce qui concerne le cas d'un « *security entitlement* » <sup>500</sup>, le contrôle s'acquiert soit lorsque l'acquéreur en devient titulaire, soit lorsque l'intermédiaire consent à n'obéir qu'aux instructions de l'acquéreur sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire (i.e. « *entitlement holder* ») par la suite. Le contrôle perdure même si le propriétaire inscrit ou le titulaire du droit, le cas échéant, conserve la faculté de transiger sur les valeurs avant la survenance d'un cas de défaut. Un émetteur ou un intermédiaire peuvent mais ne sont pas obligés de consentir à de telles ententes de contrôle. Dans tous les cas, le consentement du propriétaire inscrit ou du titulaire est requis.

Ce régime vise à reproduire la simplicité inhérente au régime de détention directe d'actions, représentées ou non par certificat, au régime de détention indirecte, où les valeurs sont détenues par des intermédiaires. Il constitue toutefois, à l'intérieur même du Titre 9 du UCC, un régime spécial.

---

<sup>499</sup> U.C.C. § 9-106 (a) (2010) ; U.C.C. § 8-106 (2010).

<sup>500</sup> *Supra*, notes 89, 90 et 93.

Passons maintenant en revue les principales règles applicables en la matière en droit civil québécois.

b) aux termes du *Code civil du Québec*

L'article 2665 C.c.Q., 2<sup>e</sup> alinéa, édicte que « [l]’*hypothèque mobilière a lieu avec dépossession ou sans dépossession du meuble hypothéqué. Lorsqu’elle a lieu avec dépossession, elle est aussi appelée gage* ». Ainsi, le seul critère de distinction établi par le *Code civil du Québec* pour l’hypothèque mobilière est la dépossession ou son absence. Le régime général énonce les principes qui s’appliquent aux deux types d’hypothèques et les critères spécifiques à chacun sont précisés par la suite.

Les articles 2681 à 2686 C.c.Q. édictent les règles générales à l’égard du constituant de l’hypothèque. Ainsi, le constituant peut être le débiteur lui-même ou un tiers <sup>501</sup>. En principe, il doit avoir la capacité d’aliéner les biens qu’il soumet à une hypothèque <sup>502</sup>. La capacité d’aliéner réfère à la notion de pouvoir. Cela signifiera que toute personne qui est ou qui devient propriétaire du bien grevé <sup>503</sup>, ou ses représentants dûment autorisés ayant la capacité de l’aliéner à sa place <sup>504</sup>, pourront valablement constituer une hypothèque. Chose certaine, la capacité d’aliéner les biens réfère clairement à la capacité

---

<sup>501</sup> C.c.Q., art. 2681.

<sup>502</sup> C.c.Q., art. 2681.

<sup>503</sup> P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n<sup>os</sup> 3.7, 4.11-4.27, p. 205, 413-424. P. Ciotola rappelle qu’une personne ne peut consentir une hypothèque que sur un bien dont elle est ou devient propriétaire, en référant à l’article 2670 C.c.Q., traitant de l’hypothèque sur le bien d’autrui ou sur un bien à venir. Voir aussi l’article 2682 C.c.Q., relativement au titulaire d’un droit conditionnel ou susceptible d’être frappé de nullité, qui ne peut consentir plus que le droit qu’il possède.

<sup>504</sup> *Ibid.* Voir également L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 123, n<sup>os</sup> 488-496, p. 152-155.

d'en transférer le titre de propriété. Il s'agit là d'une différence conceptuelle importante avec le régime prévu aux termes du Titre 9 du UCC <sup>505</sup>.

Certaines restrictions sont prévues en regard de la qualité personnelle du constituant. Ainsi, la « *personne physique qui n'exploite pas une entreprise* » <sup>506</sup> ne peut initialement pas, lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, consentir d'hypothèque mobilière sans dépossession. Les restrictions à la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession par un particulier trouvent explication dans le désir du législateur, lors de la codification de 1994, d'éviter le surendettement du consommateur. Les pressions des groupes de protection des droits des consommateurs eurent raison d'un accès plus universel à cette sûreté. Par conséquent, l'hypothèque sans dépossession est initialement complètement interdite au particulier <sup>507</sup>; ce n'est qu'en 1999 que le législateur a timidement permis que certains biens dits d'« importance », comme les véhicules routiers, puissent être hypothéqués sans dépossession par un particulier <sup>508</sup>.

---

<sup>505</sup> En effet, comme nous l'avons vu, *supra*, notes 491 et 492, le Titre 9 du UCC exige seulement que le constituant de la sûreté détienne des droits dans le bien, sans qu'il n'en détienne nécessairement le droit légal (*legal title*) ou celui de propriété. Ce droit devrait être plus que celui d'un dépositaire (*mere possession*). En clair, cela signifie que le *security interest* peut être consenti sur tout droit détenu par le constituant dans un bien. Voir : J.J WHITE et R.S. SUMMERS, *op. cit.*, *supra* note 472, p. 756-757; G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 353-354. Évidemment, la mécanique de ces droits n'est pas la même que celle des droits réels du droit civil. Cependant, « [...] *le contenu du droit réel d'hypothèque, c'est la faculté de pouvoir tirer profit de la valeur de son objet, lequel est un droit réel ou personnel accordant lui-même à son titulaire, c'est-à-dire le débiteur, la faculté de jouir et/ou de disposer d'un bien, ou encore d'exiger l'exécution d'une prestation de faire ou de ne pas faire.* L'élément valeur s'attache donc au contenu et non à l'objet du droit d'hypothèque [...] », comme le rappelle François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *Les Cahiers de Droit* 803, 812.

<sup>506</sup> La notion de l'« *exploitation d'une entreprise* » est définie à l'article 1525 C.c.Q., *in fine*. Au fil du présent texte et par commodité, nous utiliserons indistinctement les termes « particulier » ou « consommateur », afin de parler de la « *personne physique qui n'exploite pas une entreprise* » du *Code civil du Québec*.

<sup>507</sup> P. CIOTOLA, *loc. cit.*, *supra* note 314, n<sup>os</sup> 23-26, p. 317-319.

<sup>508</sup> Voir : *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*

Notons toutefois qu'à cette occasion, le législateur n'a pas étendu l'hypothèque sans dépossession du particulier aux divers biens incorporels, dont les créances et les titres non-négociables, laissant ainsi en plan des demandes de modifications législatives importantes présentées à ce chapitre, notamment, par le Barreau du Québec <sup>509</sup>.

Suite à ces modifications, le particulier put consentir une hypothèque sans dépossession que dans un nombre restreint de cas, c'est-à-dire « *dans les conditions et sur les véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par règlement* » <sup>510</sup>. Il ne pouvait consentir une hypothèque sur une universalité de biens, ni une hypothèque ouverte, ni une hypothèque sur un meuble représenté par un connaissance <sup>511</sup>. À l'inverse, la personne ou le fiduciaire qui exploite une entreprise peuvent consentir une hypothèque mobilière

---

*dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, art. 9, modifiant l'art. 2683 C.c.Q [la « **Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)** »].

<sup>509</sup> Le Barreau du Québec avait en effet proposé une rédaction différente à l'article 2683 C.c.Q., dans le cadre des travaux ayant menés à l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*, *supra* note 508, afin de permettre la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession par les particuliers sur des placements ou autres biens incorporels, « *dont la « dépossession » est soit impossible soit impraticable* ». En cela, le Barreau proposait que seuls les biens meubles corporels soient réglementés par l'article 2683 C.c.Q., élargissant ainsi l'étendue de l'hypothèque mobilière sans dépossession. Voir : COMITÉ PERMANENT DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SÛRETÉS, *Mémoire concernant la publicité des droits personnels et réels mobiliers et la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession (P.L. 181)*, février 1998, p. 13-14 [non publié], en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/opinions/memoires/1998/pl181.pdf> (consulté le 23 décembre 2004). Le législateur n'a pas retenu ces propositions. Voir, à cet égard, Marc BOUDREAULT et Stéphane BRUNELLE, « L'impact des modifications entrées en vigueur le 17 septembre 1999 relativement à la création et à la publication de certains droits mobiliers », (1999) 2 *C.P. du N.* 19, 25-30.

<sup>510</sup> C.c.Q., art. 2683. Les biens meubles déterminés par règlement comprennent alors : un véhicule de promenade, une motocyclette, une habitation motorisée, une motoneige d'un modèle postérieur à 1988, certains véhicules tout terrain, une caravane ou une semi-caravane, une maison mobile, un bateau, une motomarine, un aéronef. Voir l'art. 15.01 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II 8058 art. 15 modifié par (1998) 130 G.O. II 2015, art. 5 et par (1999) 131 G.O. II 3846 art. 1 et 2. Encore une fois, nous souscrivons aux critiques de P. Ciotola, qui déplore ce renvoi à des textes réglementaires par le législateur québécois en vue de compléter les dispositions fondamentales du *Code civil du Québec*. Voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 3.7 (note 27), p. 206.

<sup>511</sup> Voir les articles 2684-2686 C.c.Q. Pour une juste critique de ces restrictions, voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 123, n°s 497-504, p. 155-158.



sans dépossession, une hypothèque sur une universalité de biens et une hypothèque ouverte. Aux termes de l'article 2685 C.c.Q., seule la personne qui exploite une entreprise peut consentir une hypothèque sur un meuble représenté par un connaissance. Enfin, mentionnons que toute personne peut consentir une hypothèque mobilière avec dépossession <sup>512</sup>.

Des modifications législatives et réglementaires plus récentes, entrées en vigueur en 2009, changent quelque peu la donne quant à la possibilité pour un particulier de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession. Notons d'abord l'adoption de l'article 2684.1 C.c.Q. <sup>513</sup> qui permet au particulier de consentir une hypothèque sans dépossession universelle sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés, présents ou à venir, visés par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*. Il peut aussi consentir à une hypothèque universelle sur tout autre type de biens déterminés par règlement. Le nouvel article 15.2 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers* <sup>514</sup> précise désormais, à cet égard, qu'en plus des biens déjà susceptibles d'hypothèque mobilière sans dépossession énumérés plus tôt <sup>515</sup>, le particulier peut ainsi hypothéquer les biens suivants : les biens précieux au sens de la *Loi sur les impôts* <sup>516</sup>; les biens incorporels, dont les biens qui constituent une forme d'investissement au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* <sup>517</sup>; les valeurs mobilières et les titres intermédiés visés par

---

<sup>512</sup> Pour le cas particulier d'une société, voir P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 207-210.

<sup>513</sup> *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, *supra* note 100, art. 133.

<sup>514</sup> *Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (2009) 141 G.O. II, 23A, art. 1 et 2 (entré en vigueur le 16 janvier 2009).

<sup>515</sup> *Supra*, note 510.

<sup>516</sup> L.R.Q., c. I-3.

<sup>517</sup> L.R.Q., c. V-1.1.

la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*; les instruments dérivés visés par la *Loi sur les instruments dérivés*<sup>518</sup>; les créances; les droits découlant d'un contrat d'assurance; et enfin, les droits de propriété intellectuelle.

Mentionnons toutefois que l'article 15.2 du règlement précité interdit, dans tous les cas, la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession par un particulier grevant des biens constituant un Régime enregistré d'épargne retraite, un Fonds enregistré de revenu de retraite, un Régime enregistré d'épargne études ou un Régime enregistré d'épargne invalidité au sens de la *Loi sur les impôts*. Le législateur fédéral en a fait autant en déclarant ces biens insaisissables aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>519</sup>. Toutes ces modifications sont d'importance et nous verrons pourquoi dans les pages qui suivent.

En ce qui a trait aux modalités propres à l'hypothèque mobilière sans dépossession, elle doit être constituée par écrit, sous peine de nullité absolue, comporter une description suffisante du bien grevé<sup>520</sup> et indiquer la somme déterminée pour laquelle elle est consentie<sup>521</sup>. Elle ne présente pas l'exigence d'être constatée sous la forme notariée, sauf lorsqu'elle garantit le paiement des obligations ou autres titres d'emprunts émis par un

---

<sup>518</sup> L.Q. 2008, c. 24.

<sup>519</sup> LFI, par. 67 (1) b. 3.

<sup>520</sup> Pour le régime général des hypothèques mobilières sans dépossession, voir : C.c.Q., art. 2696-2701.

<sup>521</sup> C.c.Q., art. 2689.

fiduciaire, une société en commandite ou une personne morale autorisée à le faire par la loi <sup>522</sup>.

D'autre part, présentons sommairement le régime général spécifique à l'hypothèque mobilière avec dépossession ou gage avant d'en reprendre chacune de ses composantes. Ce régime prévoit, depuis les modifications apportées au Code civil par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, que le gage est constitué par la remise *matérielle* du bien ou du titre au créancier <sup>523</sup>. L'ajout du terme « matérielle » consacre la thèse de la matérialisation du gage, qui le limite désormais clairement aux seuls biens corporels et titres négociables. Le gage n'est pas obligatoirement soumis à la forme écrite <sup>524</sup>, sauf s'il y a entiercement <sup>525</sup>. Ainsi, la dépossession elle-même devient un mécanisme (ou une formalité) de constitution de la sûreté <sup>526</sup>. Le gage est donc un contrat réel, car il se forme par la tradition de la chose sur laquelle il porte <sup>527</sup>. Enfin, la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* modifie substantiellement le régime du gage du Code civil, en y ajoutant un régime particulier pour le gage grevant des valeurs mobilières ou titres

<sup>522</sup> C.c.Q., art. 2692 C.c.Q. Voir, en ce sens, P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n<sup>os</sup> 3.3 et 3.32, p. 203 et 234; *Positron Technologies inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 4668. **Contra**: L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>os</sup> 887-889, p. 371-373. Cet auteur est d'avis que l'on peut constituer un gage en faveur du fondé de pouvoir de l'article 2692 C.c.Q., et ce, sans que la formalité de l'acte notarié prévue à cette disposition du Code civil ne l'empêche, mais le tribunal ne lui a pas donné raison dans l'affaire *Positron Technologies inc.*, susmentionnée.

<sup>523</sup> C.c.Q., art. 2702, tel que modifié aux termes de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, *supra* note 100, art. 135.

<sup>524</sup> Pour le régime général des hypothèques mobilières avec dépossession, imparfaitement appelées gages, voir : C.c.Q., art. 2702-2709.

<sup>525</sup> C.c.Q., art. 2705.

<sup>526</sup> Sur le sens de la dépossession, voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n<sup>o</sup> 3.33, p. 234-238.

<sup>527</sup> Paul-André CRÉPEAU, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2003, p. 88, s.v. « contrat réel ».

intermédiés visés par cette même loi. Les articles 2714.1 à 2714.7 C.c.Q.<sup>528</sup> établissent une autre façon que la remise matérielle de mettre en possession le créancier pour ce type de biens, par le truchement du concept de « maîtrise », l'équivalent du concept de « control » du *Uniform Commercial Code*. C'est donc le retour de la dépossession fictive. Reprenons ces éléments, afin d'illustrer la profondeur des changements mis en œuvre.

Jusqu'à l'adoption du nouveau régime édicté par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, le débat entourant la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession fut l'une des controverses les plus importantes ayant suivi l'entrée en vigueur du Code civil. Il opposait les tenants de la thèse de la matérialisation du gage, pour qui le gage ne pouvait grever que des biens incorporels et des titres négociables, aux tenants de la thèse de sa dématérialisation, pour qui le gage s'étendait également aux biens incorporels et titres non négociables, à condition que le créancier s'en voit conférer la « maîtrise de fait »<sup>529</sup>. Le débat fut nourri, d'une part, par les restrictions de l'article 2683 C.c.Q. à la capacité d'un particulier de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession et, d'autre part, par certaines ambiguïtés rédactionnelles entourant la constitution et la publicité du gage dans les dispositions pertinentes du Code civil<sup>530</sup>. Nous avons déjà eu

---

<sup>528</sup> *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, supra note 100, art. 136.

<sup>529</sup> Voir, pour l'historique de ce débat, P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, supra note 92.

<sup>530</sup> Les principales ambiguïtés entouraient la notion de « remise » du titre ou du bien, lorsqu'il s'agissait d'un titre de créance non négociable, pour constituer le gage. Les articles 2702, 2708, 2709 et 2710 C.c.Q. permettaient d'entretenir certains doutes. L'article 2702 C.c.Q. parlait seulement de la remise du « titre » ou du « bien », sans préciser s'il devait s'agir d'un titre négociable. L'article 2709 C.c.Q. précise cependant que la remise d'un titre négociable se fait par endossement et/ou délivrance. L'article 2708 C.c.Q. parle du gage qui greève « *des biens représentés par un connaissance ou un autre titre négociable ou qui greève des créances* », sans que la nature de la créance ne soit précisée. Enfin, l'article 2710 C.c.Q. précise qu'une hypothèque qui greève une créance ou une universalité de créance peut être constituée avec ou sans

l'occasion d'écrire que n'eussent été des restrictions imposées par le législateur, aux termes de l'article 2683 C.c.Q., à la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession par une « *personne physique qui n'exploite pas une entreprise* », le débat sur la dématérialisation du gage n'aurait probablement pas eu lieu. Tous convenaient cependant, dans ce débat, que ces restrictions n'avaient certainement pas leur place dans un régime moderne de crédit, au surplus lorsque l'on songe que plusieurs autres techniques ayant l'effet de sûretés sont disponibles aux particuliers, notamment la fiducie-sûreté, les réserves de propriété et la location à long terme.

Dans ce contexte, la problématique prit un tournant de continuité historique en comparaison avec l'ancien gage du *Code civil du Bas Canada*. En effet, le législateur souhaitait-t-il, lors de la codification de 1994 et par la suite, également soustraire l'hypothèque mobilière avec dépossession de la portée de la personne physique qui n'exploite pas une entreprise, ou en limiter la constitution aux seuls biens corporels et titres négociables ? Autrement dit, a-t-il voulu empêcher que certains biens, qui pouvaient être l'objet d'un gage sous l'empire de l'ancien Code, ne puissent plus l'être sous l'empire du nouveau Code civil ? La réponse ne fut pas simple. Dans la mesure où les restrictions de l'article 2683 C.c.Q. n'avaient pas été adoptées, l'on aurait pu concevoir, sans trop d'inconfort, que l'hypothèque mobilière avec dépossession se limita alors aux biens meubles corporels et aux seuls titres négociables, puisque les particuliers auraient été en mesure de constituer une hypothèque mobilière sans dépossession sur tous

---

dépossession. Nous ne referons pas l'exégèse de ces dispositions dans ces pages. Mentionnons seulement que la lecture de ces dispositions avec l'ensemble des autres dispositions du Code civil, dans un souci de cohérence, militait en faveur de l'interprétation restrictive du gage, ce que le défenseur le plus acharné de la thèse libérale admettait d'emblée. Voir, à ce sujet : L. PAYETTE, *op. cit., supra* note 386, n° 861, p. 359.

types de biens. Cependant, compte tenu de ces restrictions, monsieur le juge Gonthier affirma ce qui suit :

[...] Par ailleurs, les droits en question [i.e. l'hypothèque sur la part dans une société en nom collectif (art. 2211) et l'hypothèque sur les droits résultants d'une police d'assurance-vie (art. 2461 et 2462)] n'étant pas normalement représentés par des titres négociables, ils ne pourraient plus faire l'objet d'un gage. Étant donné la nature de ces droits, qui sont le plus souvent détenus par des particuliers, il paraît invraisemblable que le législateur ait voulu limiter ainsi la possibilité de les hypothéquer [...]. Il est à cet égard intéressant de noter que les *Commentaires du ministre de la Justice* [...] concernant l'art. 2461, al. 2, indiquent que cet article s'applique à des situations autrefois couvertes par « [l]a notion de gage du droit antérieur », ce qui suggère que l'hypothèque envisagée par cet article est une hypothèque mobilière avec dépossession<sup>531</sup>.

[Références omises]

Or, il fut démontré que l'hypothèque avec dépossession n'était pas le gage du droit antérieur<sup>532</sup>. D'une part, l'hypothèque mobilière sans dépossession devait initialement être ouverte aux particuliers, sans restriction; d'autre part, la création d'un registre de publicité des droits central, uniforme et universel, venait régler le contentieux séculaire entourant l'interdiction de l'hypothèque mobilière en droit civil, car l'absence d'un régime de publicité crédible et organisé avait historiquement toujours été un frein à son acceptation<sup>533</sup>.

---

<sup>531</sup> Voir l'arrêt *Val-Brillant*, *supra* note 101, n° 8, p. 678, j. Gonthier. Le cas de l'article 2461 C.c.Q. constitue une problématique importante en matière d'uniformisation des règles de publicité et de priorité entre les créanciers, car, là encore, il s'agit d'un régime particulier relativement à l'opposabilité des hypothèques sur des polices d'assurance, qui fait fi du régime de publicité par inscription. Mentionnons que cette notion de « *gage du droit antérieur* » n'a pas été remplacée par l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau Code civil; ainsi, cet argument du juge Gonthier peut s'analyser sous un autre angle, et dans cette perspective, ne nous semble pas concluant. En cela, nous souscrivons à ce qu'écrit la juge Deschamps. *Val-Brillant*, *supra* note 101, n° 95, p. 710, j. Deschamps.

<sup>532</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92, p. 42-51.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 11-12.

La Cour suprême du Canada s'invita dans ce débat. Au lieu de dissiper la controverse, elle contribua à l'alimenter de plus belle <sup>534</sup>. Dans l'arrêt *Val-Brillant*, la majorité conclut qu'un titre de créance non négociable pouvait faire l'objet d'un gage sous le *Code civil du Québec*. En l'occurrence, un certificat de dépôt, représentant un régime enregistré d'épargne retraite (REÉR), constituait un tel titre qui pouvait faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession. Ironiquement, aux termes des récentes modifications apportées au Code civil et au *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, il n'est désormais plus possible de constituer un gage « à la *Val-Brillant* » sur un certificat de dépôt représentant un REÉR <sup>535</sup>.

La Cour suprême du Canada posa donc le principe suivant :

[28] Ainsi, une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est valablement constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier; et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'art. 1641 C.c.Q. <sup>536</sup>

Cette décision suscita les principales critiques que voici. Le juge Gonthier importa le concept de « maîtrise effective de la créance » en droit civil québécois. Cette maîtrise n'était pas parfaite car elle ne jouissait pas d'une reconnaissance législative et jurisprudentielle. En outre, un créancier ne pouvait se voir conférer la faculté de percevoir seul, sans autre autorisation de la part du constituant, la créance hypothéquée,

---

<sup>534</sup> La doctrine majoritaire critiqua sévèrement cette décision. Voir les autorités citées, *supra* note 102.

<sup>535</sup> *Supra*, notes 513 à 519.

<sup>536</sup> *Val-Brillant*, *supra* note 101, n<sup>os</sup> 16 et 28, p. 683, 690-691, j. Gonthier.

vu l'interdiction faite aux pactes commissaires aux termes de l'article 1801 C.c.Q.<sup>537</sup> De plus, le juge Gonthier recréa une modalité de dépossession fictive procédant par la notification de l'acte d'hypothèque ou l'acceptation du débiteur cédé, analogue à celles qui existaient sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*<sup>538</sup>. D. Pratte souligna, à juste titre, qu'il s'agissait là d'un retour à une « fiction accommodante »<sup>539</sup>. Pourtant, le langage du Code civil était suffisamment clair à cet égard : la remise du titre ne pouvait s'accomplir par la signification de l'acte constitutif écrit ou par l'acceptation du débiteur cédé, anciennes formes conférant la « possession utile » au créancier sous le *Code civil du Bas Canada*. En effet, les articles 2710 et 1641 C.c.Q. ne traitent que de la façon de rendre opposable une hypothèque sur créance, et non de la façon de constituer une telle hypothèque.

Rappelons que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Val-Brillant*, fut directement inspirée par ces projets de réformes internationaux et par le droit américain afin de conclure à la validité d'une hypothèque mobilière sans dépossession grevant un titre de créance non représenté par un titre négociable<sup>540</sup>, preuve indéniable de l'influence de ces efforts d'harmonisation.

L'arrêt *Val-Brillant* amena son lot de questionnements. Quelle en était la portée ? S'appliquait-il aux seuls titre de créances non négociables, ou pouvait-il inclure également les droits d'un particulier sur des valeurs mobilières dématérialisées, sur un

---

<sup>537</sup> *Supra*, notes 386 et 387.

<sup>538</sup> C.c.B.C., art. 1570-1571, 1966.

<sup>539</sup> D. PRATTE, *loc. cit.*, *supra* note 102.

<sup>540</sup> *Supra*, note 101.



compte de courtage détenu auprès d'un intermédiaire ? Majoritairement, la doctrine conclut que cet arrêt avait une portée restrictive, si tant était qu'on devait lui accorder une certaine importance, car les précédents ne valent que ce que valent leurs motifs. Si l'ambiguïté du Code civil relative à la constitution d'un gage sur créance pouvait soulever certains doutes quant à l'acceptation du raisonnement de la Cour suprême à cet égard, il était plus difficile de le transposer à la création d'un gage sur un compte de courtage détenu auprès d'un intermédiaire. Les droits du titulaire d'un tel compte ne pouvaient seulement s'analyser sous l'angle du droit de créance à l'égard du courtier. En réalité, l'on tentait d'hypothéquer les droits du titulaire dans les valeurs mobilières, à l'instar de ce que l'on aurait fait si de telles valeurs avaient été représentées par certificat, ce que le Code civil autorisait d'ailleurs explicitement à l'article 2756 C.c.Q.<sup>541</sup> S'ajoutait à ces difficultés conceptuelles le fait que le particulier ne pouvait consentir d'hypothèque sur une universalité de biens, ce qui, au demeurant, est contraire à l'économie du gage qui ne peut, du reste, porter sur des biens futurs dans son acception traditionnelle. Puis, en termes d'exercice de recours, seul le courtier en valeur mobilières qui détient une hypothèque sur des valeurs mobilières était autorisé à vendre lesdites valeurs sans se plier à la mécanique des préavis d'exercice des droits hypothécaires du Code civil<sup>542</sup>. Les prétentions entourant l'exercice d'un retrait de l'autorisation de percevoir une créance de l'article 2744 C.c.Q. comme mécanisme équivalent n'étaient d'aucune utilité, ne

---

<sup>541</sup> Abrogé aux termes de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, supra note 100, art. 137. L'ancien article 2756 C.c.Q. se lisait comme suit : « *Le titulaire d'une hypothèque mobilière avec dépossession, qui grève des actions du capital-actions d'une personne morale, n'est pas tenu de dénoncer son droit à celui qui a émis les actions ; dans tous les cas, cependant, l'exercice des ses droits hypothécaires est soumis aux dispositions et conventions qui régissent le transfert des actions hypothéquées* ».

<sup>542</sup> C.c.Q., art. 2759 (avant les modifications y apportées aux termes de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, supra note 100, art. 138).

s'appliquant pas en l'espèce et étant contraire à l'interdiction des pactes commissaires de l'article 1801 C.c.Q., en plus de saper la notion de « maîtrise effective de la créance » développée par le juge Gonthier.

Pour remédier à ces difficultés, nous avons suggéré que le législateur procède à plusieurs modifications législatives, non pas afin d'accroître l'importance que certains voudraient que l'on accorde à cette dématérialisation du gage dont nous avons déjà traité, mais plutôt afin de l'abroger le plus complètement et définitivement possible comme mécanisme de publicité<sup>543</sup>. Évidemment, nous suggérons du même souffle que le concept de la maîtrise de fait d'un bien, voire même le « contrôle », soit articulé de manière précise pour certaines catégories de biens clairement identifiées, mais seulement à titre de mécanisme de constitution de la sûreté, la publicité devant obligatoirement, dans la majorité des cas, demeurer l'inscription. Enfin, nous ajoutons que ce mécanisme de « contrôle » devrait par ailleurs se refléter dans l'exercice des recours du créancier, où il présenterait sa véritable utilité. En d'autres termes, nous avons suggéré un accès universel à l'hypothèque mobilière sans dépossession, tous constituants confondus, en ajoutant comme modalité de constitution et d'exercice de recours le concept de maîtrise. L'objectif étant de préserver le régime de publicité par inscription, l'établissement d'un ordre de priorité cohérent, la mise au rencart des sûretés occultes.

Force est de constater que nous n'avons pas été entendus. Nous reviendrons plus loin sur les questions entourant la publicité des droits et l'exercice des recours<sup>544</sup>. Pour l'instant,

---

<sup>543</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92, p. 60-69.

<sup>544</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section III.B.2.

repreons de manière plus détaillée les éléments découlant de la réforme mise en place par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* au chapitre de la constitution du gage.

Le gage, *stricto sensu*, est désormais limité aux seuls biens corporels ou autres titres négociables. Notons cependant l'incohérence qui demeure de la non-modification de l'article 2710 C.c.Q., qui continue de permettre, théoriquement, que soit constitué un gage sur une universalité de créances, bien que dans les faits, cette disposition s'avère maintenant sans objet relativement au gage. L'arrêt *Val-Brillant* ne s'applique donc plus aux questions auxquelles il tenta d'apporter un éclairage nouveau<sup>545</sup>. En revanche, on note l'élargissement de l'hypothèque sans dépossession pour le particulier, aux termes de l'article 2684.1 C.c.Q.

Le gage, *lato sensu*, se spécialise en matière de valeurs ou de certains titres. Le nouveau régime des articles 2714.1 à 2714.7 C.c.Q., qui repose essentiellement sur la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* est, au fond, la codification du droit américain et la création d'un régime spécial, qui se superpose à celui du Code civil, avec renvoi à une loi particulière. La remise de possession des valeurs mobilières ou de titres intermédiés s'opère conformément à la maîtrise qu'obtient le créancier conformément à la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*<sup>546</sup>. Pour une valeur représentée par certificat, la remise s'opère par sa délivrance et la maîtrise se confère par simple livraison s'il est au porteur, par son endossement s'il est nominatif ou s'il est inscrit au nom de l'acquéreur auprès de l'émetteur<sup>547</sup>. Pour une valeur non représentée par certificat, la livraison s'opère par

---

<sup>545</sup> M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 83, p. 556.

<sup>546</sup> C.c.Q., art. 2714.1.

<sup>547</sup> LTVMQ, art. 55.

l'inscription de l'acquéreur à titre de détenteur auprès de l'émetteur. Cette livraison suffit à conférer la maîtrise, qui peut se constituer, à défaut de livraison, par la conclusion d'un accord de maîtrise avec l'émetteur, aux termes duquel l'émetteur convient de se conformer aux instructions de l'acquéreur sans le consentement additionnel du détenteur inscrit de la valeur mobilière<sup>548</sup>. Dans le cas de « titres intermédiés »<sup>549</sup>, l'acquéreur en obtiendra la maîtrise, soit en devenant titulaire du titre, soit en concluant avec l'intermédiaire en valeurs mobilières un accord de maîtrise, soit si une autre personne détient la maîtrise pour son compte<sup>550</sup>. L'émetteur ou l'intermédiaire en valeurs mobilières ne sont pas tenus de conclure un accord de maîtrise et ils ne peuvent le faire qu'avec le consentement du détenteur inscrit ou titulaire du titre<sup>551</sup>. La faculté pour le détenteur inscrit titulaire du titre de pouvoir continuer à transiger sur les valeurs n'entache pas la maîtrise<sup>552</sup>.

---

<sup>548</sup> LTVMQ, art. 50, 56.

<sup>549</sup> Curieusement, la notion de « titre intermédié » n'est pas vraiment définie aux termes de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, *supra* note 100, ou du Code civil. L'article 6 LTVMQ indique cependant : « [...] Il y a, par ailleurs, obtention d'un titre intermédié sur un actif financier sous le régime de la présente loi dès lors qu'une personne, acquéreur de droits sur cet actif, obtient d'un intermédiaire en valeurs mobilières un titre, dit intermédié, sur ce même actif ». Pour M. Deschamps, « [...] [l]e terme titre intermédié sert donc à décrire le droit du titulaire du compte [de titres] à l'égard d'une valeur mobilière ou d'un autre bien incorporel crédité à son compte ». Voir : M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 83, p. 551. Le chapitre IV de la LTVMQ indique comment l'on acquiert un titre intermédié et le contenu de ce droit. C'est, ni plus ni moins, l'équivalent du « *security entitlement* » du droit américain. Voir, à ce sujet, *supra*, notes 89, 90 et 93. Notons, enfin, aux termes de la LTVMQ, la reconceptualisation des notions de « valeurs mobilières » et d'« actifs financiers », définies aux articles 10 à 13 LTVMQ. En substance, est une valeur mobilière un titre de participation ou obligation d'un émetteur qui satisfait aux critères de la LTVMQ. La notion d'actifs financiers, plus large que celle de valeurs mobilières, décrit les valeurs mobilières et autres biens incorporels lorsque ces valeurs et autres biens sont inscrits dans un compte de titres.

<sup>550</sup> LTVMQ, art. 113.

<sup>551</sup> LTVMQ, art. 57, 114.

<sup>552</sup> LTVMQ, art. 56, 113.

Le particulier peut consentir un tel gage conformément à l'article 2714.5 C.c.Q. La dépossession qui s'opère conformément aux modalités de l'article 2714.1 de certificats représentant des valeurs assujetties à la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* n'ont pas à être négociables, aux termes de l'article 2714.7 C.c.Q.<sup>553</sup>

Enfin, grande nouveauté en matière de constitution de gage sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés : le titulaire d'un tel gage peut aliéner les biens grevés ou les affecter à son tour d'une hypothèque en faveur d'un tiers (sauf convention contraire avec le constituant initial)<sup>554</sup>. Il s'agit clairement là d'une entorse au principe posé par les articles 2681, 2682 et 2670 C.c.Q., en vertu desquels seul le propriétaire d'un bien peut l'hypothéquer. Cela représente un changement radical par rapport au droit antérieur<sup>555</sup>. On peut penser que cette disposition a pour but de permettre à l'intermédiaire en valeurs mobilières de se financer lui-même à partir des actifs financiers qui sont sous sa gestion<sup>556</sup>. Mais cette nouvelle règle soulève plusieurs difficultés, dont nous parlerons en matière d'ordre de priorité<sup>557</sup>.

Il s'agit ici, pratiquement en tous points, de la reproduction du régime américain adopté aux termes des Titres 8 et 9 du UCC. Notons cependant que le régime du Code civil ne prévoit pas de règle particulière relativement aux sûretés grevant des comptes de

---

<sup>553</sup> Ce qui renforce, par une interprétation *a contrario*, le caractère matériel du gage portant sur tout autre type de bien. Voir, en ce sens : M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 83, p. 556.

<sup>554</sup> C.c.Q., art. 2714.6.

<sup>555</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92, p. 35 ; M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 83, p. 558. **Contra** : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>o</sup> 856.

<sup>556</sup> L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>os</sup> 995-997.

<sup>557</sup> *Infra*, Partie I, sous-section III.B.1.3.

banque <sup>558</sup> ou les droits résultant d'une lettre de crédit. Enfin, le Code civil ne connaît pas le concept du « *Electronic chattel paper* » <sup>559</sup>.

On peut donc conclure que, malgré certaines différences conceptuelles, le régime québécois est pratiquement au pair avec le régime américain en termes de règles de constitution.

Mentionnons que l'évolution québécoise jurisprudentielle et législative en ce domaine est pour le moins surprenante. D'une part, le législateur québécois fit longtemps la sourde oreille aux demandes répétées de modifications exigées au Code civil en matière de sûretés, en particulier en ce qui a trait à la possibilité pour un particulier de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession. C'est timidement qu'il s'avança d'abord sur cette question, ayant toujours en tête l'idée de protéger le consommateur contre le piège du surendettement. Puis, par la suite, il n'hésita pas à prendre un virage marqué, en élargissant significativement l'accès du particulier à l'hypothèque mobilière sans dépossession, d'une part; d'autre part, en adoptant, sans consultations publiques <sup>560</sup>, la

---

<sup>558</sup> À ce sujet, une hypothèque mobilière sans dépossession grevant le compte est possible. De plus, une convention de compensation entre le déposant et la banque dépositaire donnera une protection aussi efficace, dit-on, qu'une hypothèque, bien que la Cour suprême du Canada ait assimilé une telle convention à une garantie au sens de l'article 224 (1.3) LIR, *supra* note 146, ayant pour effet de faire primer la fiducie présumée de cette même loi pour le recouvrement de dettes fiscales sur un tel droit de compensation. Voir, à ce sujet : *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29. Pour M. Deschamps, « cette décision ne devrait pas être interprétée comme impliquant qu'un accord de cette nature est une hypothèque au sens du droit civil québécois ». M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 83, p. 552 (note 17).

<sup>559</sup> Dont la définition, à la section U.C.C. § 9-102(a) (31) (2010), se lit comme suit : « 'Electronic chattel paper' means chattel paper evidenced by a record or records consisting of information stored in an electronic medium ».

<sup>560</sup> Pour un historique des travaux parlementaires, lire : Suzie LANTHIER, *Les sûretés sur les valeurs mobilières : le mouvement d'uniformisation d'origine américaine est-il transposable universellement ? Vers une approche québécoise à la question*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009, p. 162-164. La ministre des finances de l'époque, Monique Jérôme-Forget, qui pilota la présentation de la Loi sur le transfert de valeurs mobilières, indique erronément, lors de l'étude détaillée du projet de loi, que les experts dans le

*Loi sur le transfert de valeurs mobilières* et le régime particulier de sûretés et de règles concernant le transfert proprement dit de ces valeurs, en calquant le régime américain, dans la foulée d'un processus d'harmonisation pancanadien et international. Le contraste, avec la lenteur des réformes antérieures, le poids des consultations publiques et des travaux parlementaires qui prévalaient autrefois, est trop saisissant pour ne pas être relevé. Mais où sont donc passés les organismes de protection du consommateur ?

Constatons, enfin, que les objections qui pouvaient autrefois exister en faveur du maintien, réel ou imaginé, d'institutions propres à la tradition civiliste, par exemple toute la résistance à l'adoption de l'approche téléologique et du principe de l'essence de l'opération ou de la présomption d'hypothèque<sup>561</sup>, semblent maintenant avoir disparu comme par enchantement et cèdent le pas à l'impérative nécessité de l'harmonisation de notre droit avec celui du continent nord américain et du monde. Le changement de

---

domaine furent consultés et qu'ils se montrèrent favorables au projet de loi. Voir : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1<sup>ère</sup> session, 38<sup>e</sup> législature, vol. 40., n° 46, 11 juin 2008, « Étude détaillée du projet de loi n° 47 – Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers (1) », 15h10 (Mme Jérôme-Forget), en ligne: <http://www.assnat.qc.ca/fra/38Legislature1/DEBATS/journal/cfp/080611.htm> (consulté le 13 février 2010). Or, rien n'est plus faux. À notre connaissance, c'est l'Autorité des marchés financiers (« AMF »), responsable de l'élaboration du projet de loi, qui constitua une table de concertation en 2006. À cette table de concertation furent invités des professeurs de droit et des praticiens reconnus, que l'on informa des intentions gouvernementales en la matière. En tout, seulement deux rencontres d'informations furent tenues au cabinet McCarthy Tétrault, présidées par Me Michel Deschamps, alors expert-conseil de l'AMF, et Me Julien Reid, de la direction des affaires juridiques de l'AMF. Ces rencontres eurent lieu les 7 septembre 2006 et 30 novembre 2006. Nous faisons partie des experts invités. Suite à ces deux réunions d'information, les experts convoqués n'ont plus entendu parler de quoi que ce soit. La présentation du projet de loi n° 47 eut lieu le 13 novembre 2007, avec sanction le 20 juin 2008 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Il n'y a donc pas eu d'audiences publiques et le projet fut adopté dans les deux dernières journées de la session parlementaire de juin 2008, avant l'ajournement des travaux pour les vacances estivales. L'urgence de l'adoption de cette loi, en catimini, fut-elle dictée par d'autres impératifs, notamment afin de contrer les velléités du gouvernement fédéral canadien de créer une commission unique des valeurs mobilières au Canada ? Voir, sur les réticences du Québec à ce sujet, Monique JÉRÔME-FORGET, « Les leçons à tirer des scandales financiers », dans Antoine LEDUC, dir., *Les récents scandales financiers au Québec en matière de fonds communs de placement*, L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, DIVISION QUÉBEC, *Actes de la formation juridique permanente 2008*, vol. 1, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2008, 131.

561

R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27; G. RÉMILLARD, *loc. cit.*, *supra* note 104.

paradigme est de taille; la création du régime spécial de l'hypothèque avec dépossession sur des valeurs mobilières ou titres intermédiés constitue un tournant majeur dans la conception même d'un Code civil et de l'effet de système qu'il est censé engendrer <sup>562</sup>.

Nous verrons maintenant quelles sont les modalités de constitution envisagées aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*.

c) aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*

La *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, en son article 3, pose un certain nombre de définitions. Ainsi, le « *Secured Debtor* » (*Deudor garante*) est « *the person, whether the principal debtor or a third party, who creates a security interest over movable property in accordance with this Law* ». À l'instar du droit civil québécois, le constituant peut être le débiteur principal ou un tiers qui agira, dans ce dernier cas, à titre de caution réelle. Par ailleurs, le « *Secured Creditor* » (*Acreeador garantizado*) est « *the person in whose favor a security interest is created, possessory or non-possessory, whether for its own benefit or for the benefit of other persons* ». C'est par cette dernière définition que la loi type établit une distinction entre les sûretés avec et sans dépossession. Notons, de cette définition, la souplesse visant à permettre à un créancier de détenir une sûreté pour le bénéfice d'autres personnes <sup>563</sup>. Le constituant n'a pas à être propriétaire du bien grevé et le titre n'importe pas <sup>564</sup>.

---

<sup>562</sup> *Infra*, Partie I, sous-section IV.A.1.1, relativement à la codification du droit.

<sup>563</sup> En droit civil québécois, cette question est plutôt complexe, aux termes de l'article 2692 C.c.Q., contrairement à la solution de *common law*, qui accepte sans difficulté qu'un « *collateral agent* » agisse à titre de mandataire pour le bénéfice de plusieurs créanciers, présents et futurs. Une telle



La notion de « *security interest* », traduite en espagnol par l'expression *garantía mobiliaria*, n'est pas définie. Cependant, l'article 1 nous apprend que la loi type a pour objet de régir toute sûreté mobilière garantissant l'exécution de tout type d'obligation.

La sûreté mobilière sans dépossession doit faire l'objet d'un contrat écrit et entre en vigueur à sa signature par les parties <sup>565</sup>. Le contrat doit être daté, les parties doivent être identifiées. Il doit comprendre la signature manuscrite ou électronique du constituant. Le montant de la sûreté doit être indiqué; une description suffisante des biens grevés doit y figurer; enfin, la cause de la sûreté, c'est-à-dire l'obligation garantie, doit être énoncée. L'écrit peut revêtir toute forme, incluant télex, télécopie, courriel. La forme notariée n'est pas exigée <sup>566</sup>.

À l'inverse, la sûreté mobilière avec dépossession n'exige pas la constitution d'un écrit. Elle se crée soit par la remise du bien au créancier ou à un tiers convenu, soit par le « contrôle » qu'en exerce le créancier ou un tiers convenu <sup>567</sup>. Notons que l'entiercement nécessite un écrit, tout comme en droit québécois <sup>568</sup>. Curieusement, la notion de « contrôle » n'est pas définie et aucun régime spécial en matière de sûretés sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés n'est proposé aux termes de la *Loi type*

---

structure est particulièrement utile dans l'établissement d'un prêt par syndicat bancaire. Voir : J. DESLAURIERS, *op. cit.*, *supra* note 106, p. 695 et suiv.

<sup>564</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 2.

<sup>565</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>566</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>567</sup> *Ibid.*, art. 8.

<sup>568</sup> *Ibid.*, art. 30. **Comparer** : C.c.Q., art. 2705.

*interaméricaine relative aux sûretés mobilières* <sup>569</sup>. Toutefois, des règles particulières à une sûreté grevant une lettre de crédit ou le droit aux produits d'icelle sont édictées <sup>570</sup>. Enfin, la remise de possession aux termes d'un gage portant sur un titre négociable s'effectue par l'endossement et la délivrance d'un tel titre <sup>571</sup>.

Voilà donc un régime qui se retrouve à mi-chemin entre celui des États-Unis et celui du Québec. On sent la touche civiliste, entre autres dans l'exigence d'un écrit et ses formalités. Cependant, il ne semble pas y avoir de restriction relative à la qualité du constituant, contrairement aux vagues-hésitations du droit québécois en la matière <sup>572</sup>. L'influence américaine n'est pas loin aussi. Qu'il s'agisse de la terminologie ou, encore, de la création de règles spéciales pour les sûretés relatives à des lettres de crédit.

Analysons maintenant brièvement les modalités de constitution proposées aux termes de la *Loi type de la BERD*.

---

<sup>569</sup> Voir cependant : *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, *supra* note 10, art. 1, al. 2, qui édicte : « *A State may declare that this Law does not apply to the types of collateral expressly specified in this text* ». Voir aussi, en ce sens : LTIRSM, art. 37. Certains membres du comité de rédaction de ladite loi indiquent cependant que des régimes spéciaux pour certains types de biens doivent être créés en dehors de cette loi, par exemple en matière de valeurs mobilières et de titres intermédiés, puis en matière de biens mobiles. La loi type ne vise donc pas à régir ces cas. Voir : B. KOZOLCHYK et D. BECK FURNISH, *loc. cit.*, *supra* note 417, p. 131-132. Puisqu'il en est ainsi, on ne voit pas pourquoi le terme « control » est utilisé dans la loi type, risquant de créer une confusion inutile.

<sup>570</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 23-26. Semble-t-il que le mécanisme de la lettre de crédit soit sous-utilisé en Amérique latine et, en ce sens, on veut faire œuvre utile.

<sup>571</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 27-29.

<sup>572</sup> La version antérieure contenait une distinction pour tenir compte du droit consumériste de plusieurs pays d'Amérique latine, qui ne fut pas jugée déterminante, au final. Voir : B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10, p. 48-49.

d) aux termes de la *Loi type de la BERD*

Toute personne peut constituer une sûreté sur ses biens, à l'exception d'une personne physique qui n'exploite pas une entreprise. En revanche, la personne physique qui exploite une entreprise peut consentir une sûreté sur les biens de son entreprise<sup>573</sup>. Le constituant doit être propriétaire du bien qu'il désire grever<sup>574</sup>. Une charge commerciale (i.e. *enterprise charge*) ne peut être créée que par une compagnie<sup>575</sup>. Le constituant peut être le débiteur principal ou un tiers<sup>576</sup>.

Le titulaire d'une sûreté peut être toute personne détenant une créance à l'encontre du constituant. La sûreté ne peut être consentie pour garantir une obligation contractée par le constituant en faveur d'un tiers<sup>577</sup>. Le titulaire de la sûreté peut désigner un tiers pour détenir la sûreté à sa place<sup>578</sup>.

La *Loi type de la BERD* prévoit trois types de sûretés : une sûreté publiée par inscription (donc, sans dépossession); une sûreté en faveur d'un vendeur impayé; une sûreté avec dépossession<sup>579</sup>.

---

<sup>573</sup> *Loi type de la BERD*, art. 2. Le commentaire précise que selon l'état d'avancement du droit consumériste d'une juridiction à l'autre pour lesquelles la loi se destine, on pourrait alors en élargir l'application aux personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise. Cependant, l'objectif principal de la loi type a trait au crédit à l'entreprise.

<sup>574</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 2 et 6.5.1.

<sup>575</sup> *Ibid.*, art. 6.6.

<sup>576</sup> *Ibid.*, art. 4.3.1.

<sup>577</sup> *Ibid.*, art. 3.1.

<sup>578</sup> *Ibid.*, art. 3.2 et 16. Ici encore, cette loi prévoit un régime de détention de sûretés en cas de pluralité de créanciers, dont le législateur québécois serait fort aise de s'inspirer. Voir nos commentaires, *supra* note 563.

<sup>579</sup> *Ibid.*, art. 6.1.

Les sûretés avec et sans dépossession doivent être constatées par un écrit. La principale différence entre les deux types de sûretés réside dans le mode de publicité. Un formulaire figure en annexe à la loi type comme exemple d'écrit exigé. L'écrit doit identifier les parties et la cause de la sûreté; dans le cas d'un gage, la somme maximale de la sûreté; il doit contenir une description suffisante des biens grevés et la signature des parties. La date d'entrée en vigueur de la sûreté est celle de la signature de l'acte par le constituant. L'écrit doit mentionner qu'il a pour objet la création d'une sûreté <sup>580</sup>.

La sûreté en faveur du vendeur impayé est d'une nature particulière. Elle implique un écrit entre le vendeur et l'acheteur, aux termes duquel le vendeur se réserve la propriété du bien vendu jusqu'à parfait paiement ou se crée une sûreté pour garantir le paiement du prix de vente. La réserve de propriété n'est pas admise aux termes de la *Loi type de la BERD* : elle est réputée ne pas exister, le titre de propriété étant transféré immédiatement à l'acheteur et le vendeur obtenant alors une sûreté <sup>581</sup>. Cette technique est le calque de la présomption d'hypothèque de l'ORCC <sup>582</sup>.

La *Loi type de la BERD* propose un cadre peut-être plus rigide que les autres étudiés jusqu'à présent, mais présente néanmoins des mesures équivalentes. On voit cependant l'importance du droit de propriété et la référence implicite à l'édifice romaniste des droits réels. Relevons que l'on n'y traite pas de régimes spéciaux, entre autres pour les valeurs mobilières et les titres intermédiés, mais il faut se rappeler que cette loi type fut rédigée

---

<sup>580</sup> *Ibid.*, art. 6.2, 6.4 et 7.

<sup>581</sup> *Ibid.*, art. 6.1.2 et 9.

<sup>582</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II.B.1.3.

avant leur avènement, en 1994. Voyons, enfin, ce que les autres instruments internationaux proposent.

- e) aux termes du *Guide législatif sur les opérations garanties*

En ce qui a trait aux parties à une sûreté, le *Guide législatif sur les opérations garanties* suggère qu'aucune limitation ne soit posée aux termes d'une loi sur les sûretés mobilières. Ainsi, toute personne devrait pouvoir affecter ses biens en garantie de ses obligations et tout créancier devrait à son tour pouvoir en bénéficier. Le *Guide* reconnaît toutefois que certains États peuvent adopter des lois de protection des consommateurs, auquel cas le *Guide* s'efface devant de telles lois <sup>583</sup>.

En matière de typologie des sûretés mobilières, le *Guide* reconnaît la différence traditionnelle entre les sûretés avec et sans dépossession. Les sûretés sans dépossession étant celles qui ont toujours posé davantage de problèmes, le *Guide* indique que toute sûreté sans dépossession doit être d'application universelle et ne pas simplement qu'être l'adaptation temporaire et fragmentaire du régime de sûretés avec dépossession aux sûretés sans dépossession. Autrement dit, il ne s'agit pas d'en faire des gages sans dépossession <sup>584</sup>.

En ce qui a trait aux modalités de constitutions, le *Guide* recommande que toute sûreté sans dépossession revête la forme écrite, indiquant l'intention des parties de créer une sûreté, identifiant ces mêmes parties, décrivant l'obligation garantie et les biens grevés et,

---

<sup>583</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, supra note 45, « Chapitre I. Champ d'application, approches fondamentales en matière de sûretés et thèmes généraux à tous les chapitres du Guide », p. 35.

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 44-51.

facultativement, indiquant le montant maximal pour lequel la sûreté est consentie. Dans le cas d'une sûreté avec dépossession, la convention peut être verbale, mais l'écrit est préconisé. Le gage devrait se limiter aux biens corporels et titres négociables<sup>585</sup>. Cependant, pour les sûretés grevant des comptes de banques et le droit au produit d'une lettre de crédit, le Guide recommande qu'elles soient créées par le mécanisme du « contrôle »<sup>586</sup>.

Enfin, comme nous l'avons déjà dit, les valeurs mobilières et titres intermédiés sont exclus des recommandations du Guide, car vus comme un régime distinct, sujets à la *Convention de Genève sur les titres*<sup>587</sup>.

Ces comparaisons nous permettent d'affirmer que les modalités de constitution se ressemblent d'un régime à l'autre<sup>588</sup>. Nous allons maintenant nous attarder davantage à l'intérêt principal posé par la distinction entre les sûretés mobilières avec ou sans dépossession, qui tient aux fonctions de publicité particulières à chacune de ces catégories de sûretés.

### 1.3.2 les mécanismes de publicité

On distingue généralement deux (2) modes de publicité des sûretés mobilières. D'abord, les sûretés mobilières sans dépossession devront normalement faire l'objet d'une

---

<sup>585</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, supra note 45, « Chapitre II. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) », p. 101-102 (Recommandations 13-15).

<sup>586</sup> Curieusement, le *Guide législatif sur les opérations garanties* le prévoit dans le chapitre traitant de l'opposabilité des droits, mais sans donner plus de détails.

<sup>587</sup> *Supra*, note 95.

<sup>588</sup> Les *Principes de la Banque mondiale*, rédigés en termes plus généraux, sont au même effet. Voir : *Principes de la Banque Mondiale – 2001*, supra note 40, p. 24-27, principe 3; *Principes de la Banque Mondiale – 2005*, supra note 40, p. 13-14, principes A-1 à A-3.

inscription à un registre, afin d'en assurer l'opposabilité aux tiers. Dans le cas des sûretés mobilières avec dépossession, la remise matérielle du bien par le débiteur au créancier et sa détention continue feront office de publicité, sans qu'il y ait nécessité de procéder à l'inscription de la sûreté à un registre quelconque pour en assurer l'opposabilité aux tiers. Bien entendu, il demeure toujours possible d'inscrire la sûreté mobilière avec dépossession au registre mobilier après sa constitution<sup>589</sup>. Enfin, s'ajoute parfois, à ce second mode de publicité, une variante, qui est une forme de dépossession fictive : celui du « contrôle » (ou la « maîtrise »). Le mécanisme de la signification (ou de la notification) peut en être une seconde variante, lorsqu'il équivaut à la remise de possession nécessaire à la constitution d'un gage, mais il peut aussi simplement constituer une formalité d'opposabilité additionnelle, applicable en toute circonstance, et non pas un mécanisme de constitution.

Pour analyser ces modalités de publicité, nous comparerons donc successivement le droit américain [a], le droit civil québécois [b], la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* [c], la *Loi type de la BERD* [d] et, enfin, le *Guide législatif sur les opérations garanties* [e].

a) aux termes du Titre 9 du UCC

Aux termes du Titre 9 du UCC, la publicité par voie d'inscription au registre mobilier est la règle. Les autres modes de publicités, lorsqu'ils sont autorisés, le sont en des termes explicites, ce qui leur confère un caractère d'exception<sup>590</sup>. Cette règle est parfaitement

<sup>589</sup> U.C.C. § 9-308 (c) (2010) ; C.c.Q., art. 2707 ; LTIRSM, *supra* note 10, art. 10 *in fine*; *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 8.2, 8.5-8.6, 9.3; *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière », n° 46, p. 45.

<sup>590</sup> U.C.C. § 9-302(1) et (2) (1995); U.C.C. § 9-310 (2010).

justifiée, car elle vise l'atteinte d'objectifs informationnels et l'établissement d'un ordre de priorité cohérent. Ainsi, les nouvelles formes de sûretés qui naîtront de l'ingéniosité des juristes n'échapperont pas à cette exigence de publicité en raison de l'approche fonctionnelle de la sûreté, à moins d'entrer dans l'une des multiples exceptions permises. Ces exceptions sont donc plus ou moins justifiées, d'un point de vue rationnel, et pourront, dans une certaine mesure, empêcher une parfaite publicité. Par voie de conséquence, les objectifs informationnels et l'établissement d'un ordre de priorité cohérent sont compromis.

Les exceptions au principe de l'inscription obligatoire à un registre sont les suivantes. Certaines sûretés sont opposables aux tiers du seul fait de leur constitution<sup>591</sup>; les sûretés qui sont assujetties à l'application d'une autre loi ou traité ne doivent pas être inscrites autrement qu'en la manière prescrite aux termes de ces lois ou traités<sup>592</sup>; certaines sûretés peuvent ou doivent être publiées par voie de dépossession<sup>593</sup>; enfin, certaines

---

<sup>591</sup> U.C.C. § 9-302(1) (1995); U.C.C. § 9-310(b)(2), 9-309 (2010).

<sup>592</sup> U.C.C. § 9-302(3) et (4) (1995); U.C.C. § 9-310 (b) (3)(2000). En termes de « lois », le UCC fait référence aux régimes spéciaux qui existent d'un État à l'autre et, aussi, au niveau fédéral, pour des institutions particulières ou des biens particuliers. Les traités visent des biens particuliers, comme la *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64.

<sup>593</sup> Entre autres, les sûretés dans de la « *money* » doivent être publiées par voie de dépossession (U.C.C. § 9-304(1) (1995) et U.C.C. § 9-312(b)(3) (2010)); les sûretés sur les titres négociables (i.e. « *instruments* ») doivent ou peuvent être publiées par voie de dépossession ou par inscription (U.C.C. § 9-304(1) (1995), U.C.C. § 9-312(a) et 9-313(a) (2010)); les sûretés conférant le droit au paiement d'une lettre de crédit doivent être publiées par voie de dépossession (U.C.C. § 9-304(1) (1995)), mais aux termes des modifications portées au Titre 9 du UCC, cette exigence disparaît lorsqu'une sûreté dans le bien qui est l'objet de la lettre de crédit est publiée (U.C.C. § 9-308(d) (2010)), la publicité du droit au paiement d'une lettre de crédit pouvant être autrement effectuée lorsque le créancier détient la maîtrise de fait de cette créance (U.C.C. § 9-312(b)(2) (2010)); la détention d'un certificat de valeur mobilière à des fins de sûreté est suffisante pour en assurer la publicité (U.C.C. § 9-115(6) (1995) et U.C.C. 9-313(a) (2010)); la publicité d'un « *chattel paper* » est assurée par inscription ou dépossession (U.C.C. § 9-305 (1995)), la dépossession étant désormais limitée aux seuls « *tangible chattel papers* » suite aux modifications portées au Titre 9 u UCC (U.C.C. § 9-313(a) (2010)); les sûretés affectant tous les autres biens (i.e. les « *goods* » et les « *negotiable documents* ») peuvent être publiées par voie de dépossession (U.C.C. § 9-305 (1995), U.C.C. § 9-313(a) (2010)); enfin, la détention du bien peut être exercée par l'entremise



sûretés ne seront publiées que si le créancier détient la maîtrise de fait du bien grevé<sup>594</sup> : c'est le cas des valeurs mobilières et titres intermédiés.

Les mécanismes de publicité ont pour fonction d'assurer l'opposabilité des transactions<sup>595</sup>. Ils ont aussi pour mission de permettre l'édification d'un ordre de priorité entre les créanciers. Habituellement, c'est le principe de l'ordre temporel qui devrait s'appliquer. Nous verrons plus loin, lors de notre analyse de ce principe, que les exceptions y sont nombreuses. À ce stade-ci, nous nous contenterons de mentionner qu'en droit américain, une exception à ce principe est notamment conférée aux titulaires de sûretés dont la publicité est assurée par la maîtrise de fait du bien grevé (i.e. « *control* »)<sup>596</sup>. En effet, ces créanciers jouiront dans certains cas d'une priorité de rang

---

d'un tiers, à certaines conditions (U.C.C. § 9-305 (1995), U.C.C. 9-313(c) (2010)). Voir : E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 30-31.

<sup>594</sup> Comme nous l'avons vu précédemment, la publicité peut être accomplie par la maîtrise de fait du bien grevé pour les catégories de biens définies suivantes : « *investment property* », « *deposit account* », « *electronic chattel paper* » et « *letter of credit right* ». E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 31-32.

<sup>595</sup> On notera cependant que le titulaire d'une sûreté non publiée aura tout de même préséance sur les autres créanciers non-garantis, aux termes des articles U.C.C. § 9-201 (1995) et U.C.C. § 9-201 (2010). Cette particularité ne survivrait pas en matière de faillite. Voir E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 33. Voir notre discussion au sujet de la fonction d'un régime de publicité, ci-dessous, Partie I, sous-section III.B.2.1.

<sup>596</sup> Pour une définition de ce concept, voir U.C.C. § 8-106 (1994), qui s'applique également au Titre 9 du UCC. Dans la préface du Titre 8 du UCC (1994), on résume l'intérêt de cette notion : « *In general, obtaining control means taking the steps necessary to place the lender in a position where it can have the collateral sold off without the further cooperation of the debtor. Thus, for certificated securities, a lender obtains control by taking possession of the certificate with any necessary indorsement. For securities held through a securities intermediary, the lender can obtain control in two ways. First, the lender obtains control if it becomes the entitlement holder; that is, has the securities positions transferred to an account in its own name. Second, the lender obtains control if the securities intermediary agrees to act on instructions from the secured party to dispose of the positions, even though the debtor remains the entitlement holder. Such an arrangement suffices to give the lender control even though the debtor retains the right to trade and exercise other ordinary rights of an entitlement holder* ». Voir *Uniform Commercial Code – Investment Securities*, dans *Uniform Commercial Code, Official Text – 2000*, *supra* note 318, p. 661.

par rapport à tout autre créancier<sup>597</sup>, incluant parfois même ceux dont la sûreté aurait été publiée ou inscrite antérieurement, à partir du moment, et de ce seul fait, où ils acquièrent cette maîtrise de fait exclusive du bien grevé<sup>598</sup>.

Nous notons qu'il est très difficile d'énoncer des principes généraux en la matière, la rédaction du Titre 9 du UCC s'avérant d'une prodigieuse complexité<sup>599</sup>. D'une part, il y a surabondance de définitions de termes qui s'entrecoupent. Ces définitions ont non seulement trait aux diverses catégories de biens, mais aussi aux opérations juridiques qui sous-tendent toute la mécanique des sûretés. D'autre part, cette constatation n'a rien d'étonnant, car cela a tout à voir avec la technique de rédaction législative utilisée, qui consiste à tout prévoir dans les moindres détails et non à procéder à l'énonciation de principes généraux. Nous y reviendrons<sup>600</sup>.

Nous allons maintenant cerner les caractéristiques propres au droit civil québécois en matière de publicité des droits.

b) aux termes du *Code civil du Québec*

Aux termes du *Code civil du Québec*, la situation paraît à première vue plus simple. Elle l'est, dans une certaine mesure, mais elle tend à se rapprocher de plus en plus du droit américain. On peut énoncer un certain nombre de principes généraux. Tout d'abord, la publicité est une mesure obligatoire en vue d'assurer l'opposabilité aux tiers de toute

---

<sup>597</sup> Voir, de façon générale, U.C.C. § 9-327 à 331 (2010).

<sup>598</sup> Par exemple, voir U.C.C. § 9-328(5) (2010) concernant les « *certificated security in registered form* », et surtout U.C.C. § 9-309 (1995) et U.C.C. § 9-331 (2010).

<sup>599</sup> C'est le cas du *Uniform Commercial Code* pris dans son ensemble.

<sup>600</sup> Voir notre discussion, ci-dessous, Partie I, sous-section IV.A.1.

sûreté et de lui conférer son rang <sup>601</sup>. L'hypothèque immobilière doit nécessairement être publiée par inscription au registre foncier <sup>602</sup>. Énonçons ensuite que la distinction posée entre les sûretés mobilières avec et sans dépossession y prend davantage de relief qu'en droit américain, en raison de l'existence de ce concept de sûreté unique qu'est l'hypothèque. Par conséquent, les droits résultants des hypothèques sans dépossession seront obligatoirement inscrits au registre mobilier, la dépossession constituant le seul autre mode de publicité prévu au livre sixième du *Code civil du Québec* <sup>603</sup>. La dépossession est assurée par la détention continue – et paisible – du bien ou du titre qu'exerce le créancier. La dépossession, pour tout bien corporel ou titre négociable, ne peut s'exercer que de cette manière. Il s'agit, comme l'indique l'article 2702 C.c.Q., d'une détention « matérielle » <sup>604</sup>, ce qui confirme cette matérialisation du gage du *Code civil du Québec*.

À côté de cette dépossession véritable, s'ajoute désormais un régime de dépossession fictive pour les gages portant sur des valeurs mobilières ou titres intermédiés, au sens de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*. Ainsi, la détention paisible et continue nécessaire à ce type de gage s'opère par la maîtrise <sup>605</sup>. L'inscription au registre mobilier n'est pas nécessaire. La maîtrise confère, de surcroît, un rang prioritaire à son

---

<sup>601</sup> Voir : C.c.Q., art. 2663, 2934 et 2941. Sur le rôle et la fonction de la publicité, voir nos commentaires, *infra*, Partie I, sous-section III.B.2.2.

<sup>602</sup> Il y a, au Québec, deux registres, le foncier et le mobilier, aux fonctions et modalités différentes, bien qu'il y ait des recoupements.

<sup>603</sup> Voir : C.c.Q., art. 2703 et 2938.

<sup>604</sup> Le mot « matérielle » fut ajouté suite aux modifications apportées à l'article 2702 C.c.Q. aux termes de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, *supra* note 100, art. 135.

<sup>605</sup> C.c.Q., art. 2714.1.

titulaire <sup>606</sup>. De même, la détention d'un certificat nominatif confère à son détenteur, même en l'absence de maîtrise, un rang prioritaire à tout créancier qui détiendrait une hypothèque inscrite au registre mobilier sur le même bien. De plus, la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* précise qu'« [u]ne inscription sur le registre des droits personnels et réels mobiliers ne constitue pas un avis de l'existence de revendications relativement à une valeur mobilière ou à un actif financier » <sup>607</sup>. Enfin, l'émetteur ou l'intermédiaire en valeurs mobilières ne sont pas tenus de confirmer à un tiers l'existence d'un accord de maîtrise, sauf si le détenteur inscrit ou titulaire du titre leur demandent <sup>608</sup>. Ces mesures confirment clairement l'existence d'un régime spécial, parallèle à celui du Code civil. Lorsque l'on pense aux objectifs d'un régime de publicité, visant à rendre publique l'existence de droits, à enrayer l'occultisme et à favoriser l'établissement d'un ordre de priorité cohérent, ce régime spécial s'inscrit en faux par rapport à ceux-ci. Mais là n'est pas le seul régime spécial opérant en marge du Code civil. Le régime des contrats d'assurance faisait déjà bande à part dès l'entrée en vigueur du Code en 1994.

En effet, en matière de cession ou d'hypothèque résultant d'un contrat d'assurance, l'article 2461 C.c.Q. prévoit que de tels actes ne sont opposables tant à l'assureur, au bénéficiaire ou aux tiers, qu'à compter du moment où l'assureur en reçoit avis. Dans ce cas, cela signifie que l'inscription ne suffit pas à assurer l'opposabilité de l'hypothèque, ni à lui conférer son rang, même lorsqu'il s'agit d'une hypothèque mobilière sans dépossession, qui doit pourtant obligatoirement être inscrite au registre. Ainsi, un créancier qui a inscrit antérieurement son hypothèque peut se voir déclasser par un

---

<sup>606</sup> C.c.Q., art. 2714.2-2714.4.

<sup>607</sup> *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, supra note 100, art. 27.

<sup>608</sup> *Ibid.*, par. 57 (2) et 114 (2).

créancier qui transmet son avis de cession ou d'hypothèque à l'assureur avant lui, ce qui constitue une exception notable au principe de l'ordre du temps établi par l'inscription et aux autres effets qui y sont normalement rattachés <sup>609</sup>. Notons qu'avec la matérialisation du gage opérée par l'article 2702 C.c.Q., il ne sera vraisemblablement plus possible, si tant est qu'on l'ait cru <sup>610</sup>, de constituer un gage valide sur un contrat d'assurance, d'autant plus qu'un tel contrat est explicitement exclu de l'application de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières* <sup>611</sup>. Par conséquent, le régime de l'hypothèque portant sur un contrat d'assurance sera obligatoirement sans dépossession, la formalité de l'avis à l'assureur s'ajoutant toutefois à celle de l'inscription au registre mobilier. C'est ce que l'on appelle le mécanisme de la notification, qui s'applique de toute façon en matière d'hypothèque de créance <sup>612</sup>.

D'autres règles favorisent l'occultisme. Ainsi, celles des articles 2699 et 2708 C.c.Q. : les hypothèques mobilières grevant des biens représentés par connaissance, des titres négociables ou des créances, sont opposables aux créanciers du constituant, si l'hypothèque est inscrite ou si le titre est remis au titulaire dans les dix (10) jours qui suivent l'exécution de sa prestation. Voici donc une période occulte minimalement de dix (10) jours : elle sera évidemment supérieure dans le cas d'un gage.

<sup>609</sup> Voir, en ce sens : L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 386, n<sup>os</sup> 379, 1199-1200, p. 152-153, 516-517.

<sup>610</sup> Ce qui était éminemment contestable. Voir : P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92. **Contra** : *Caisse populaire St-Raymond de Hull c. Dériger* (30 janvier 2001), Hull 550-05-009547-004, J.E. 2001-616 (C.S.).

<sup>611</sup> *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, *supra* note 100, art. 11.

<sup>612</sup> En matière d'hypothèque de créance, seules la dépossession ou l'inscription sont les modes de publicité requis par l'art. 2710 C.c.Q. Toutefois, les droits résultant d'une telle hypothèque ne pourront être exercés que si elle est rendue opposable de la même manière qu'une cession de créance, c'est-à-dire en suivant notamment les prescriptions de l'art. 1641 C.c.Q., qui précise que « [l]a cession est opposable au débiteur et aux tiers, dès que le débiteur y a acquiescé ou qu'il a reçu une copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession ou, encore, une autre preuve de la cession qui soit opposable au cédant ».

Enfin, les sûretés-propiété que sont la fiducie-sûreté <sup>613</sup>, les réserves de propriété <sup>614</sup>, la faculté de rachat <sup>615</sup>, le crédit-bail <sup>616</sup> et le bail à long terme <sup>617</sup> doivent, dans la plupart des cas, être publiées pour être opposables. Cependant, les dispositions qui régissent la publicité et les recours divergent d'une transaction à l'autre. Délai de grâce de quinze jours pour la publicité des réserves de propriété, des crédits-baux et des baux à long terme, favorisant l'occultisme, délai réduit en peau de chagrin par la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec dans un contexte de faillite, puisque, en certains cas, la non-publication ne sera pas fatale au créancier à l'égard d'un syndic de faillite <sup>618</sup>. Enfin, ces sûretés-propiété ne présentent aucune exigence d'indication de montant au registre, s'écartant donc de la règle de la spécialité, qui prévaut en matière d'hypothèque mobilière sans dépossession, règle nécessaire afin de connaître avec plus de précision l'étendue de l'endettement d'un débiteur par simple consultation du registre. De plus, les biens assujettis à ces transactions ne font pas partie du patrimoine du débiteur.

Le régime québécois n'est donc pas unitaire en matière de publicité. Il suit les traces du régime américain, sans toutefois établir le régime de l'inscription à titre principal. Il conserve cependant la distinction entre l'inscription et la dépossession. Il limite désormais le gage aux seuls biens corporels et titres négociables, puis créé un régime spécial de gages sur des valeurs mobilières et titres intermédiés. Les sûretés-propiétés,

---

<sup>613</sup> C.c.Q., art. 1263.

<sup>614</sup> C.c.Q., art. 1745, 1748 et 1749.

<sup>615</sup> C.c.Q., art. 1750-1756.

<sup>616</sup> C.c.Q., art. 1847.

<sup>617</sup> C.c.Q., art. 1852.

<sup>618</sup> *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348 ; *Lefebvre (Syndic de)* ; *Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326; *Transport international Pool inc. c. St-Georges, Hébert inc.*, J.E. 2005-247 (C.A.).

en raison de l'approche retenue par le législateur québécois, font l'objet d'une réglementation spéciale. Ainsi, le Code civil procède moins par catégories de biens ou de transactions que le *Uniform Commercial Code*, même s'il tend désormais davantage dans cette direction. Voyons ce que *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* prévoit en ces matières.

c) aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*

Aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, trois modes de publicité sont identifiés, à savoir l'inscription au registre mobilier<sup>619</sup>, la possession du bien par le créancier<sup>620</sup> et, sur un mode plus mineur, la notification<sup>621</sup>. La notion de « control » est mentionnée une fois, sans que l'on sache trop bien de quoi il s'agit<sup>622</sup>. À l'inverse de ce qui est prévu aux termes du Titre 9 du UCC<sup>623</sup>, aucune préséance n'est accordée à un mode particulier de publicité, bien que la loi type précise qu'un État l'adoptant doit créer un registre unitaire et uniforme s'appliquant à toutes les sûretés existant dans cet État<sup>624</sup>, en plus d'indiquer que toute sûreté peut être publiée par inscription<sup>625</sup>. La loi type, à l'instar du *Code civil du Québec*, se contente d'indiquer

---

<sup>619</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 1, 3 et 10.

<sup>620</sup> *Ibid.*, art. 10, 27-29.

<sup>621</sup> *Ibid.*, art. 29 *in fine*, 30.

<sup>622</sup> Elle semble utilisée comme l'équivalent de la dépossession. Voir : LTIRSM, *supra* note 10, art. 10, qui établit : « *A security interest may be publicized [...] by delivery of possession or control of the collateral to the secured creditor [...]* ».

<sup>623</sup> *Supra*, note 590.

<sup>624</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 1 *in fine*.

<sup>625</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 10, alinéa 3. Notons qu'une exception existe à ce principe. Une sûreté dans une lettre de crédit se crée par sa remise au créancier lorsque la lettre ne l'interdit pas. La remise a pour seul but de prévenir l'encaissement de la lettre par le débiteur. Pour que le

qu'une sûreté est publiée conformément à ladite loi ou par la remise de possession ou « contrôle » qu'exerce le créancier sur un bien. Puisque cette notion de contrôle n'est pas précisée, on peut se demander si l'on n'y ouvre pas la porte à la création de gages sans dépossession. Considérant que la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* a adopté l'approche fonctionnelle, il aurait été utile d'y intégrer une disposition limitant explicitement les modes de publicité, afin d'empêcher que de nouvelles sûretés y échappent.

À l'exemple du *Code civil du Québec*, la publicité s'articule en fonction de la distinction existant entre les sûretés avec ou sans dépossession. Toutefois, au lieu de procéder par l'énonciation de principes généraux, la loi type énonce des règles de publicité spécifiques à des transactions ou catégories de biens particulières, à l'instar du *Uniform Commercial Code*. Cela se comprend, car la loi type n'a pas adopté de concept unique de sûreté, à l'inverse de l'hypothèque du Code civil.

Ainsi, les sûretés grevant des biens de nature spéciale, qui doivent se conformer à des exigences de publicité en vertu d'une autre loi ou d'un traité, doivent se conformer à cette loi ou traité <sup>626</sup>. On note ensuite des règles propres à la publicité de sûretés affectant les comptes à recevoir <sup>627</sup>, les créances non pécuniaires <sup>628</sup>, les lettres de crédit <sup>629</sup>, les

---

créancier puisse tirer sur ladite lettre, elle doit être amendée pour le lui permettre. LTIRSM, *supra* note 10, art. 23.

<sup>626</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 37. Cela est conforme au droit américain. Voir : U.C.C. § 9-302(3) et (4) (1995), U.C.C. § 9-311 (2010). Il n'y a pas de disposition équivalente en vertu du *Code civil du Québec* pour la reconnaissance de sûretés étrangères ou spéciales. Ces sûretés existent et obéissent à leurs régimes propres, comme par exemple la garantie de l'article 427 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

<sup>627</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 13-20. La notification au débiteur cédé est une formalité qui s'ajoute à l'inscription pour rendre complètement opposable la sûreté grevant un compte à recevoir.



instruments et titres <sup>630</sup>, l'inventaire <sup>631</sup>, la propriété intellectuelle <sup>632</sup>, et les droits au paiement du prix d'acquisition d'un vendeur ou financier de biens corporels (i.e. « *Acquisition Security Interest* » <sup>633</sup>, l'équivalent du « *purchase money security interest* » américain) <sup>634</sup>. À l'exception des sûretés sur des instruments et titres et sur des lettres de crédit, qui peuvent se publier par dépossession, toutes les autres sûretés doivent obligatoirement être publiées par inscription. Ce qui vient, à notre sens, limiter la portée du terme « control » de l'article 10 LTIRSM, ainsi que la possibilité de créer des gages sans dépossession.

Le droit civil québécois n'a pas recours à cette technique du mode de publicité énoncé en fonction de catégories de biens à ce point déterminées. On note qu'à l'heure actuelle, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* est moins prolixue que ne l'est le Titre 9 du UCC, en ce qui a trait au nombre de définitions de ce genre. Elle pourrait néanmoins le devenir, ayant choisi de reproduire le même modèle.

Cette différence entre le droit civil québécois, le Titre 9 du UCC et la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* s'explique en regard de la philosophie générale ayant inspiré la rédaction de chaque texte. En effet, le *Code civil du Québec*

---

<sup>628</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 21-22. Il s'agit de toute obligation non pécuniaire garantie par la sûreté.

<sup>629</sup> *Ibid.*, art. 23-26.

<sup>630</sup> *Ibid.*, art. 27-29.

<sup>631</sup> *Ibid.*, art. 31.

<sup>632</sup> *Ibid.*, art. 32.

<sup>633</sup> *Ibid.*, art. 12.

<sup>634</sup> Nous traitons de cette notion et des règles de publicité y afférentes dans la section de chapitre consacrée à l'étude des règles de priorités entre les créanciers, ci-dessous, Partie I, sous-section III.B.1.2.

procède habituellement par l'énonciation de principes généraux féconds de conséquences, qui s'appliqueront à une multiplicité de cas. Par exemple, les comptes à recevoir, le droit au paiement du produit d'une lettre de crédit, les titres négociables, représentent diverses sortes de créances. En droit civil québécois, l'ensemble des créances sont régies par les dispositions applicables aux hypothèques mobilières sur des créances <sup>635</sup>.

En conclusion, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* se veut d'abord une loi permettant d'encadrer la publicité à un registre unitaire <sup>636</sup>. Elle ne vise pas à créer un effet de système, à l'instar d'un Code civil, ni à empêcher d'exister les divers types transactions connues de l'auditoire auquel elle se destine. Se posera toutefois inévitablement la question de la requalification de ces transactions, puisque la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* prévoit une uniformisation des modes de publicité et des recours.

On note toutefois que la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* distingue les modalités de constitution et de publicité des sûretés, établissant un régime d'inscription informatif (i.e. « *notice filing system* »), qui ne confond pas les deux types de modalités, en ce que la publicité ne se fait pas par le dépôt intégral de l'acte constitutif de sûretés au registre mobilier, d'une part, et en ce que, d'autre part, les formalités liées à l'acte constitutif sont limitées, ne nécessitant pas le recours à l'acte notarié. Il s'agit là de changements conceptuels importants par rapport à l'état du droit dans les pays

---

<sup>635</sup> D'ailleurs, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, *supra* note 10, réfère aux *Règles et Usances relatives aux crédits documentaires* de la Chambre de commerce international. Ces instruments obéissent habituellement à ces règles, qui prévaudront. Il s'avère par conséquent inutile de tenter de les réglementer de manière particulière dans un régime de sûretés. Voir, à ce sujet : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>os</sup> 1229-1234.

<sup>636</sup> B. KOZOLCHYK et D. BECK FURNISH, *loc. cit.*, *supra* note 417, p. 132-134, 138-139.

d'amérique latine, qui sont beaucoup plus formalistes que ce que propose la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, au point que certains observateurs prédisent une révolution juridique si ces principes y sont adoptés. Mais il y aura fort à faire, car le Mexique, s'étant doté d'une loi sur les sûretés mobilières en 2000, conserve une approche plus formaliste, assujettissant la constitution des sûretés mobilières au respect de la forme notariée et la publicité à un système de dépôt des actes, ce qui, pour les américains, est contre l'entendement et le progrès <sup>637</sup>.

d) aux termes de la *Loi type de la BERD*

La *Loi type de la BERD* pose le principe de la publicité par inscription afin d'enrayer les sûretés occultes. Il s'agit là de l'un de ses traits saillants :

The Model Law works on the principle that charges are a matter for **public knowledge**. Since Roman Law the creation of secret rights in assets has been disfavoured. A person who gives assets as security but does not indicate this to his creditors creates an impression of 'false wealth'. The Model Law achieves publicity by relying on registration of charges at a separate registry. <sup>638</sup>

L'établissement d'un tel registre n'est pas prévu de manière aussi détaillée que dans la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, mais l'idée est évoquée d'avoir un registre unitaire, sauf peut-être pour la distinction possible entre un registre foncier et un registre mobilier <sup>639</sup>.

La *Loi type de la BERD* pose le principe de la publicité par inscription <sup>640</sup>. La publicité par dépossession n'est permise que pour des biens que le constituant peut remettre et,

<sup>637</sup> Dale BECK FURNISH, « The Creation and Notice of Security Interest in Movable Property (*Efectos Constitutivos de las Garantías Reales Mobiliarias*) », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 99.

<sup>638</sup> J.L. SIMPSON et J.-H. M. RÖVER, *loc. cit.*, *supra* note 427.

<sup>639</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 11 (voir le commentaire accompagnant cet article).

<sup>640</sup> *Ibid.*, art. 8.

dans ce cas, l'inscription n'est pas requise <sup>641</sup>. La sûreté en faveur du vendeur impayé, analogue à la présomption d'hypothèque de l'ORCC, existe sans nécessité d'inscription pour une période de six (6) mois. Le vendeur peut toutefois, à l'intérieur de ce délai, l'inscrire au registre <sup>642</sup>. Les sûretés sur créances se rendent opposables par notification au débiteur cédé <sup>643</sup>. Voici, simplement formulés, les principes de base que tout régime de publicité devrait contenir. La *Loi type de la BERD* y parvient avec une économie de moyens remarquable, proche de la tradition civiliste.

Nous terminons ce survol des principes en matière de publicité en discutant des recommandations faites par le *Guide législatif sur les opérations garanties*.

- e) aux termes du *Guide législatif sur les opérations garanties*

Le *Guide législatif sur les opérations garanties* recommande l'établissement d'un registre unitaire et uniforme. Il privilégie le mécanisme de l'inscription comme premier mode de publicité. Tout autre mode y sera alternatif. Ainsi, la dépossession, en présence d'un tel registre, devrait être limitée aux seuls choses corporelles et titres négociables <sup>644</sup>.

Cependant, à l'image du *Uniform Commercial Code*, le *Guide législatif sur les opérations garanties* comporte par ailleurs plusieurs exceptions à ces principes <sup>645</sup>. Ainsi, le « contrôle » sera un mode de publicité privilégié pour plusieurs biens, dont un compte

---

<sup>641</sup> *Ibid.*, art. 10.

<sup>642</sup> *Ibid.*, art. 9.

<sup>643</sup> *Ibid.*, art. 12-13.

<sup>644</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière », p. 14-15, 41-42 (en particulier les Recommandations 32-33).

<sup>645</sup> *Ibid.*, p. 42 (Recommandation 34).

bancaire et le droit au produit d'une lettre de crédit <sup>646</sup>. Curieusement, le Guide indique que les biens meubles assujettis à un registre spécialisé feront l'objet d'une inscription à ce registre <sup>647</sup>, de manière analogue au Titre 9 du UCC et à la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* <sup>648</sup>, au lieu d'en suggérer la suppression et son remplacement par un registre unique. Le Guide prévoit les règles d'opposabilité en cas d'accession mobilière ou immobilière, sur le produit de vente d'un bien grevé et sur les biens en transit <sup>649</sup>. Le mécanisme de la notification pour une sûreté grevant des créances n'est suggéré qu'au moment de la demande de paiement par le créancier en cas de défaut du constituant et non comme mesure d'opposabilité proprement dite <sup>650</sup>.

Enfin, le *Guide législatif sur les opérations garanties* indique que la « [...] loi devrait prévoir que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents types de biens grevés, qu'ils soient ou non en vertu de la même convention de sûreté » <sup>651</sup>.

C'est donc une conception réifiée du droit des biens qui est sous-jacente au régime de sûretés qu'il propose. Par conséquent, le Guide fait le choix d'une approche essentiellement calquée sur le *Uniform Commercial Code*, ainsi que nous le verrons maintenant en étudiant les sûretés mobilières conventionnelles dans leur objet et dans leur cause, en comparant les traditions de droit civil et de *common law* anglo-américaine.

---

<sup>646</sup> *Ibid.*, p. 43, 45 (Recommandations 35, 48-50).

<sup>647</sup> *Ibid.*, p. 43 (Recommandation 38).

<sup>648</sup> U.C.C. § 9-310 (b) (3) (2010); LTIRSM, *supra* note 10, art. 1.

<sup>649</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière », p. 43-44 (Recommandations 39-45).

<sup>650</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>651</sup> *Ibid.*, p. 43 (Recommandation 36).

## 2. Les sûretés mobilières conventionnelles dans leur objet et dans leur cause

Nous allons voir, dans un premier temps, les différences systémiques fondamentales qui existent entre le droit civil et la *common law* quant à l'objet de la sûreté mobilière conventionnelle [2.1]. Après coup, nous serons en mesure de mieux comprendre le caractère de la cause de l'obligation dont l'exécution est garantie aux termes de la sûreté mobilière conventionnelle [2.2].

### 2.1 l'objet de la sûreté mobilière conventionnelle

Nous commencerons par énoncer les règles générales du droit civil [2.1.1], pour ensuite examiner celles propres à la *common law* et au droit américain [2.1.2]. Nous verrons, enfin, l'arrimage possible entre ces deux conceptions et les instruments d'harmonisation internationaux [2.1.3].

#### 2.1.1 dans la tradition civiliste

C'est l'édifice du droit des biens de la tradition civiliste dont nous avons pour mission de retracer les fondements, avec une économie de mots. Pour les fins de notre propos, nous avons identifié trois sujets qui nous permettront de faire un tour d'horizon assez complet. Nous nous attarderons successivement à l'examen du concept de patrimoine [a], pour ensuite mieux saisir la distinction entre droits réels principaux et droits réels accessoires [b]. Enfin, nous terminerons ce survol par un bref examen de la classification des biens meubles du droit civil dans leur utilité en matière de sûretés réelles mobilières [c].

D'entrée de jeu, il importe de bien faire ressortir que ces notions participent toutes, à divers degrés, d'une conception abstraite du droit de propriété, largement tributaire de

l'héritage du droit romain <sup>652</sup>. Ainsi, il s'agit de l'articulation de classifications propres aux droits et aux biens, qui permettent de mieux cerner les relations entre les droits et les biens (ou choses) <sup>653</sup>. Ces classifications, bien qu'étant des abstractions, n'en présentent pas moins une grande utilité pratique. En effet, elles permettent, lors du processus de qualification des droits et des biens, de découvrir le régime juridique applicable à chaque situation de faits. C'est uniquement sous cet angle qu'elles seront présentées et analysées <sup>654</sup>. Il s'agit donc d'établir un modèle en cernant l'essence des choses, leur représentation intellectuelle, qui permettra de remonter du particulier à l'universel et de concevoir l'idée d'une *summa divisio rerum* <sup>655</sup>. Attardons nous maintenant à l'examen de la notion de patrimoine.

---

<sup>652</sup> Voir, notamment : Sylvio NORMAND et Donald FYSON, « Le droit romain comme source du Code civil du Bas Canada », (2001) 103 *R. du N.* 87.

<sup>653</sup> Cette présentation du sujet peut porter à l'équivoque. En effet, le terme « bien », dans sa conception moderne, est synonyme de « droit patrimonial ». Or, dans sa conception classique, les biens se composent de choses – objets matériels – et de droits. Nous verrons plus loin que dans les faits, son utilisation comporte encore les deux sens. Voir : P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, *supra* note 307, p. 59, s.v. « bien »; **Comparer** : P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, *supra* note 527, p. 30, s.v. « bien ». Voir enfin, sur ces questions : M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, *loc. cit.*, *supra* note 102.

<sup>654</sup> S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 45.

<sup>655</sup> Voir : Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français : de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985, p. 233 : « L'apport du Droit romain et plus encore celui de la scholastique, toujours soucieuse de division (dividendo investigat) va conduire à des distinctions plus subtiles. La théologie enseignait que la connaissance véritable ne porte ni sur le concept qui est une forme vide, ni sur la chose elle-même que son instabilité rend insaisissable, mais sur le concept de l'essence rapporté à un modèle. Pour Cicéron, qui est à l'époque l'auctor par excellence, les choses existent par ce qu'elles sont (quae sunt) mais aussi par la représentation qu'on en a (quae intelliguntur). On peut ainsi remonter du particulier à l'universel et concevoir l'idée d'une *summa divisio rerum* qui existe encore dans le Code civil et que Loisel (n° 194) exprime par la maxime : « Tous les biens sont meubles ou immeubles » ».

## a) concept de patrimoine

Au sommet de la pyramide, on distingue le **droit objectif** du **droit subjectif**, le second étant reconnu et légitimé par le premier <sup>656</sup>.

La principale classification des droits subjectifs est celle opposant les **droits patrimoniaux** aux **droits extrapatrimoniaux**, le critère de distinction étant la possibilité d'une évaluation pécuniaire du droit considéré <sup>657</sup>.

On aura compris que ce sont les droits patrimoniaux, c'est-à-dire ceux susceptibles d'évaluation pécuniaire, qui nous intéressent à ce stade-ci. Ces droits réfèrent bien sûr à la notion de **patrimoine**. La théorie personaliste ou subjective, élaborée au XIX<sup>ième</sup> siècle par Aubry et Rau, est toujours prédominante, bien que l'on ait, depuis, vu l'apparition de théories autres, actuellement en émergence. À l'aune de cette théorie principale, le patrimoine est présenté comme une émanation de la personnalité. Ainsi, le patrimoine se définit comme étant l'ensemble des rapports de droit (ou l'ensemble des biens et des obligations) d'une personne ayant une valeur pécuniaire, formant une universalité juridique (c'est-à-dire comportant l'actif et le passif). Il est indivisible et intransmissible entre vifs, puisqu'il correspond à la personnalité économique de son sujet <sup>658</sup>.

---

<sup>656</sup> En effet, on définit le droit objectif comme étant l'« [e]nsemble des règles applicables à la vie en société et sanctionnées par la puissance publique ». Il s'agit donc de l'ordre juridique pris dans son ensemble. Le droit subjectif se définit comme étant une « [p]rérogative que le droit objectif reconnaît à un sujet de droit, le titulaire, dans l'intérêt de ce dernier ». Voir : P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, *supra* note 527, p. 123, 131, 134, s.v. « droit », « droit objectif », « droit subjectif ».

<sup>657</sup> J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra* note 141, p. 204.

<sup>658</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 206-209, p. 210-214; S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 13-21; P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, *supra* note 307, p. 419, s.v. « patrimoine ».



Le *Code civil du Québec* ne comporte aucune définition de la notion. Le législateur québécois précise cependant, à l'article 2 C.c.Q., que « [t]oute personne est titulaire d'un patrimoine ». Il y est également indiqué que le patrimoine peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation dans la seule mesure prévue par la loi. Ainsi, les seules affectations permises sont la fondation et la fiducie (art. 1256 et 1260 C.c.Q.)<sup>659</sup>. Les divisions de patrimoines seraient, en revanche, plus nombreuses<sup>660</sup>. Cela ne serait pas sans affecter le principe de la sujétion uniforme de tous les biens d'une personne à la satisfaction de ses créanciers pour l'exécution de ses dettes<sup>661</sup>. Par cette disposition, le législateur québécois se trouverait à concilier la théorie classique du patrimoine à la théorie objectiviste de l'affectation<sup>662</sup>. Cette approche fut critiquée parce que vidant de son sens et de son utilité la théorie du patrimoine, notamment à titre d'explication de la notion de « gage commun des créancier ». On s'interroge donc sur l'utilité de codifier une notion qui ne l'est traditionnellement pas<sup>663</sup>.

En conclusion de ce bref exposé sur la notion de patrimoine, nous retenons la place centrale que continue néanmoins d'occuper la conception personnaliste, qui permet

---

<sup>659</sup> Sur ces notions, voir S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 24-25; John E.C. BRIERLEY, « Titre sixième. De certains patrimoines d'affectation », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil : personnes, successions, biens*, vol. 1, Ste-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1993, 735; Madeleine CANTIN-CUMYN, « L'origine de la fiducie québécoise », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1997, 199.

<sup>660</sup> Voir, à ce sujet : L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>os</sup> 54-59. L'auteur explique les divisions de patrimoine résultant des successions, substitutions et sociétés.

<sup>661</sup> S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 22-23; P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 3-14.

<sup>662</sup> S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 15. **Contra** : P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, *supra* note 527, p. 250, *s.v.* « patrimoine ». Le fait que le patrimoine puisse faire l'objet d'une division et d'une affectation rompt avec la théorie classique.

<sup>663</sup> Roderick A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *R.D. McGill* 761, 785.

l'articulation d'une classification des droits patrimoniaux entre « droits réels » et « droits personnels » (autrement appelés « droits de créance »<sup>664</sup>), laquelle présente son utilité en matière de sûretés<sup>665</sup>. C'est ce que nous regarderons maintenant de plus près.

b) droits réels principaux et droits réels accessoires

Comme nous venons de l'énoncer, on distingue les **droits réels** des **droit personnels**. On ajoute parfois à cette *summa divisio* les droits dits « intellectuels ». Les droits personnels sont des droits de créance qui s'exercent sur la personne du débiteur et non sur un bien directement. Ils permettent d'exiger l'exécution d'une prestation. En cas de défaut d'exécution, le créancier ne dispose que d'un droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur. Ce sont donc des *jus in personam*<sup>666</sup>.

À l'inverse du droit personnel, le droit réel est un « *droit à caractère patrimonial qui est exercé directement sur un bien* »<sup>667</sup>. Il s'agit, plus précisément, d'un pouvoir juridique

<sup>664</sup> Ainsi, le terme « droit personnel » serait à éviter, car créant un risque de confusion avec les *droits de la personnalité*, qui réfèrent à une réalité toute autre. Voir : J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra* note 141, n° 203 (note 2), p. 207.

<sup>665</sup> Nous faisons nôtres les propos de F. FRENETTE, *loc. cit.*, *supra* note 505, p. 806 : « Cette classification, aussi fondamentale que traditionnelle, a été à la fois critiquée et contestée par des auteurs de renom. Imparfaite, elle demeure toutefois essentielle en l'absence de toute autre théorie expliquant mieux sur le plan juridique comment les choses, corporelles ou incorporelles, sont mises au service des personnes. C'est ce qu'a compris le législateur [québécois] lors de la recodification, et il faut prendre acte de sa position à cet égard. Toute discussion sur le bien-fondé de cette position et toute remise en question de la distinction classique elle-même doivent donc être poursuivies en d'autres lieux et en d'autres temps [références omises; non-italiques dans le texte original] ». Pour une critique de cette classification en droit québécois, voir R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 663.

<sup>666</sup> Voir : J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra* note 141, n° 203, p. 207; P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, *supra* note 527, p. 131, s.v. « droit personnel ».

<sup>667</sup> Voir : COMITÉ DE RÉDACTION – EDITORIAL COMMITTEE (*DICTIONNAIRE DE DROIT PRIVÉ & PRIVATE LAW DICTIONARY*), « Notes lexicographiques – Lexicographical Notes / Droit réel – Real Right », (1998) 100 *R. du N.* 275, 279, s.v. « droit réel », nouvelle définition y proposée ; P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, *supra* note 527, p. 133, s.v. « droit réel ».

conféré à une personne ou sujet de droit sur un bien (i.e. l'objet du droit)<sup>668</sup>. Les deux attributs fondamentaux du droit réel sont le droit de suite et le droit de préférence. Ces attributs ne sont plus nécessairement « constitutifs d'état », en droit civil québécois, en raison de certains tempéraments législatifs qui leurs sont apportés<sup>669</sup>. Enfin, les droits réels sont opposables aux tiers.

On classifie les droits réels en **droits réels principaux** et **droits réels accessoires**. Les droits réels principaux, qui ont une existence autonome, comprennent traditionnellement le droit de propriété, ses modalités et ses démembrements. Le droit de propriété confère à son titulaire la prérogative exclusive de tirer profits de tous les avantages que procure un bien, puisqu'il voit réunis sur sa seule tête les trois attributs propres à ce droit : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, c'est-à-dire le droit d'utiliser, de jouir et de disposer du bien<sup>670</sup>. Les démembrements du droit de propriété ne confèrent à la personne qui en est titulaire que l'un ou l'autre de ces attributs, ou plusieurs, ne conférant au plus qu'un « *abusus* » restreint ou imparfait, par exemple dans le cas de la nue-propriété. Il n'y aurait pas, en

---

<sup>668</sup> Voir : J.-L. AUBERT, *op. cit.*, *supra* note 141, n° 204, p. 208; S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 29.

<sup>669</sup> F. FRENETTE, *loc. cit.*, *supra* note 505, p. 807. F. Frenette rappelle en effet que le droit de suite n'existe pas lorsqu'il y a eu aliénation du bien grevé dans le cours des activités de l'entreprise, aux termes des articles 2674 et 2700 C.c.Q. Nous sommes d'accord avec cette thèse, qui ne voit pas un péché mortel à l'absence du droit de suite ou aux limites qui y sont portées par le législateur dans le processus subséquent de qualification d'un droit réel, qui reporte le droit de suite sur le produit de vente ou sur le bien de remploi. À défaut, le créancier doit publier un avis de conservation sur le bien vendu.

<sup>670</sup> S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 31-33. S. Normand ajoute, à ces trois attributs, celui de l'*accessio*, c'est-à-dire le droit de faire sien ce qui vient se greffer au bien dont on est propriétaire (p. 33). Au sujet de l'*accessio*, on lira avec intérêt François FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *C. de D.* 439.

droit civil québécois, d'énumération limitative des droits réels et des démembrements du droit de propriété <sup>671</sup>.

Les **droits réels accessoires** sont, comme l'indique leur appellation, accessoires à une créance, dont ils visent à assurer le paiement. À l'inverse des droits réels principaux, ils ne bénéficient donc pas d'une existence autonome et cessent d'exister lorsque la créance s'éteint. Aux termes du *Code civil du Québec*, l'**hypothèque** serait le seul droit réel accessoire reconnu (art. 2660 C.c.Q.) <sup>672</sup>. Ce qui, dès lors, permet de poser une définition à la notion de **sûreté réelle**, dont l'hypothèque constitue le parangon : « *c'est un accessoire de la créance qui confère au créancier le droit au paiement préférentiel sur la valeur d'un bien ou d'un ensemble de biens qui lui est affectée* » <sup>673</sup>. Ayant ainsi redescendu tout l'« arbre généalogique » de la notion de sûreté réelle telle qu'elle se présente dans la tradition civiliste d'aujourd'hui, nous sommes maintenant en mesure d'en mieux cerner et identifier l'objet.

Il est désormais généralement admis que l'objet du droit réel de l'hypothèque « *porte sur un droit et uniquement sur un droit* » <sup>674</sup>. Son « *véritable objet est [par conséquent] le droit du constituant sur le bien grevé, [l'hypothèque permettant] seulement d'en*

---

<sup>671</sup> COMITÉ DE RÉDACTION – EDITORIAL COMMITTEE (*DICTIONNAIRE DE DROIT PRIVÉ & PRIVATE LAW DICTIONARY*), *loc. cit.*, *supra* note 667, p. 279; S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 32 et suiv. Voir cependant, à ce sujet : Madeleine CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innomés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3.

<sup>672</sup> S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 33.

<sup>673</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 503, p. 410.

<sup>674</sup> F. FRENETTE, *loc. cit.*, *supra* note 505, p. 811; S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 33. **Contra** : M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, *loc. cit.*, *supra* note 102.

*appréhender la valeur et non de bénéficiaire des utilités qu'il peut offrir* »<sup>675</sup>. L'obtention de cette valeur se concrétise par l'exercice de droits hypothécaires, le cas échéant<sup>676</sup>. Cette approche, à notre avis conforme à la représentation intellectuelle abstraite d'un droit réel<sup>677</sup>, permet au constituant d'engager n'importe lequel de ses biens à des fins de sûreté, voire même une universalité de biens, procurant ainsi une souplesse et une large étendue à la notion de sûreté réelle<sup>678</sup>.

La conception du droit réel que nous venons de décrire élargit l'entendement traditionnel de la notion qui la confinait aux choses matérielles, mais cette ancienne conception traditionnellement restrictive ne serait plus de mise aujourd'hui<sup>679</sup>.

---

<sup>675</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 504, p. 410.

<sup>676</sup> C.c.Q., articles 2660 et 2748. Voir aussi : F. FRENETTE, *loc. cit.*, *supra* note 505, p. 812. F. Frenette soutient que le droit conféré par l'hypothèque n'est plus un droit réel accessoire, mais bien un droit réel démembré. En effet, le droit à la valeur étant conféré *de suite* au créancier, il acquiert de ce fait toute la potentialité de devenir propriétaire du bien grevé et d'ainsi jouir de ses attributs fondamentaux. Cette opinion audacieuse est réfutée par M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 504, p. 410.

<sup>677</sup> S. NORMAND, *op. cit.*, *supra* note 300, p. 49 : « *L'exemple des biens incorporels le plus souvent signalé demeure les droits réels, qui même s'ils portent fréquemment sur un bien corporel, constituent eux mêmes des abstractions. Ainsi, le droit de propriété d'une maison est un bien distinct de l'objet matériel sur lequel il porte* ».

<sup>678</sup> J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, n°s 655-656, p. 234-235.

<sup>679</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 504, p. 411. Pour R.A. Macdonald, le recours à la notion de droit réel pour définir l'hypothèque aurait pu être évité par le législateur, bien qu'il convienne que le nouvel objet de ce droit semble conforme aux réalités pratiques commerciales en matière de sûretés réelles mobilières. En effet, cet auteur note un manque de logique et de cohérence intrinsèque dans l'utilisation de ce terme à l'intérieur des dispositions du *Code civil du Québec*, de même qu'une rupture avec sa conception traditionnelle. D'après ce dernier, il eût suffi de préciser les qualités propres au régime hypothécaire que sont le droit de suite et le droit de préférence, de même que son caractère accessoire, sans avoir à s'encombrer de la qualification de droit réel, désormais insuffisante pour décrire les diverses conceptions du droit de propriété telles que reflétées dans l'ensemble du Code civil, entre autres en regard de la distinction posée en ce domaine par la notion de fiducie. Cette approche avait été retenue par l'ORCC dans son *Projet de Code civil*, l'hypothèque n'y étant pas définie comme un droit réel. Ainsi, plutôt que d'adapter la conception classique des droits patrimoniaux à cette évolution des pratiques, il suggère l'adoption d'un nouveau concept doctrinal générique dit de *l'interest* pour qualifier toute relation de personne à objet. Voir R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 663, n° 42, p. 805. Avec déférence, nous ne pouvons souscrire à pareille proposition. D'une part, nous

Nous avons identifié l'objet « véritable » de la sûreté réelle conventionnelle. Son objet « apparent »<sup>680</sup> sera le bien effectivement grevé. Dans le cas qui nous intéresse, il s'agira de biens meubles, dont nous allons maintenant voir les classifications proposées en droit civil québécois.

c) classification des biens meubles

On distingue les **biens corporels** des **biens incorporels**, les **biens immeubles** des **biens meubles** (art. 899 C.c.Q.).

On distingue les **biens meubles corporels** des **biens meubles incorporels**. Les biens meubles corporels, qui existent physiquement, comprennent les choses qui peuvent se transporter, soit qu'elles se meuvent elles mêmes (i.e. les animaux), soit qu'il faille une force étrangère pour les déplacer (i.e. les biens inanimés) (art. 905 C.c.Q.). Sont réputés meubles corporels les ondes ou l'énergie maîtrisées par l'être humain et mises à son service (art. 906 C.c.Q.).

Les biens meubles incorporels sont des droits patrimoniaux qui portent sur un meuble. Cette dernière catégorie de biens est très vaste, puisqu'aux termes de l'article 907 C.c.Q., sont meubles tous les biens qui ne sont pas autrement qualifiés par la loi. Il s'agit donc d'une catégorie résiduaire, comprenant tous les biens incorporels qui ne se rattachent pas

---

croyons que la doctrine a su adapter la conception classique des droits patrimoniaux aux nouvelles réalités. D'autre part, cette nouvelle notion de l'*interest* nous semble trop diffuse pour référer à un quelconque édifice intelligible permettant d'atteindre les objectifs de la conception classique, mise aux goûts du jour. Enfin, cette idée n'est pas sans rappeler la notion désincarnée de « *security interest* » propre aux systèmes de sûretés qui s'inspirent du Titre 9 du UCC. Notons que cette opinion contredit ce que R.A. Macdonald exprime dans un article ultérieur. En effet, il soutient, avec d'autres, que la conception civiliste du droit de propriété est relativement claire. Voir M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 651. Voir par ailleurs les avantages que R.A. Macdonald semble voir dans la distinction posée en *common law* entre le *legal title* et le *beneficial title*, dans R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27, n° 25 (note 96), p. 571.

<sup>680</sup> Le mot est de J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, n° 660, p. 236.

à la catégorie des immeubles. Ainsi, les droits réels mobiliers, les droits de créance, les universalités, les droits intellectuels sont-ils des biens meubles incorporels. Enfin, les biens se divisent en **capitaux** et en **fruits et revenus** (art. 908 C.c.Q.). Les dispositions des articles 909 et 910 C.c.Q. précisent de quoi il s'agit.

L'hypothèque du droit civil québécois est donc un droit réel affecté à l'exécution d'une obligation (art. 2660 C.c.Q.). Elle est accessoire, indivisible et doit être publiée pour être opposable aux tiers (art. 2661 à 2663 C.c.Q.). Elle grève soit un ou plusieurs biens particuliers, corporels ou incorporels, soit un ensemble de biens compris dans une universalité (art. 2666 C.c.Q.). L'hypothèque mobilière conventionnelle peut donc affecter, de cette manière, tant les biens corporels qu'incorporels. Le Code civil apporte certaines précisions quant à certains biens que peut grever l'hypothèque mobilière conventionnelle, notamment les biens meubles matériellement attachés ou réunis à un immeuble qui ne perdent pas leur individualité (art. 2672 C.c.Q.), les biens résultant de l'accession mobilière (art. 2673 C.c.Q.), l'universalité (art. 2674, 2697 C.c.Q.), les créances (art. 2676, 2699, 2710-2713 C.c.Q.), les actions (art. 2677 C.c.Q.), les connaissements ou autres titres négociables (art. 2699 et 2708 C.c.Q.) et, enfin, nouveautés non négligeables, les valeurs mobilières et titres intermédiés au sens de la *Loi sur le transfert de valeurs* (art. 2714.1 C.c.Q.). La nature de l'universalité est quelque peu précisée à l'article 2684 C.c.Q., qui se lit comme suit :

**2684.** Seule la personne ou le fiduciaire qui exploite une entreprise peut consentir une hypothèque sur une universalité de biens, meubles ou immeubles, présents ou à venir, corporels ou incorporels.

Celui qui exploite l'entreprise peut, ainsi, hypothéquer les animaux, l'outillage ou le matériel d'équipement professionnel,

**2684.** Only a person or a trustee carrying on an enterprise may grant a hypothec on a universality of property, movable or immovable, present or future, corporeal or incorporeal.

The person or trustee may thus hypothecate animals, tools or equipment pertaining to an enterprise, claims and

les créances et comptes clients, les brevets et marques de commerce, ou encore les meubles corporels qui font partie de l'actif de l'une ou l'autre de ses entreprises et qui sont détenus afin d'être vendus, loués ou traités dans le processus de fabrication ou de transformation d'un bien destiné à la vente, à la location ou à la prestation de services.

customer accounts, patents and trademarks, or corporeal movables included in the assets of any of his enterprises kept for sale, lease or processing in the manufacture or transformation of property intended for sale, for lease of for use in providing a service.

De façon générale, le législateur québécois s'en tient aux grandes catégories de biens des classifications traditionnelles, définies de très large façon, comme nous avons pu le voir, pour décrire l'objet apparent de l'hypothèque, c'est-à-dire le bien meuble affecté. Toutefois, on peut s'interroger sur l'utilité de l'énumération prévue au deuxième alinéa de l'article 2684 C.c.Q. La doctrine et la jurisprudence affirment qu'il ne s'agit pas d'une énumération limitative<sup>681</sup>. Avec déférence, cette interprétation découle sans doute d'une lecture de l'ensemble des dispositions du *Code civil du Québec* relatives au concept de l'universalité, mais elle ne saute pas aux yeux. D'autre part, les catégories de biens qui y sont mentionnées ne sont pas définies. Ces termes feraient souvent référence à des notions du Droit antérieur. Nous y voyons une certaine analogie avec les diverses catégories de biens prévues aux termes du Titre 9 du UCC. Suivant la tradition civiliste en matière de rédaction de lois, cette énumération serait donc superfétatoire.

Nous avons voulu présenter un panorama de la tradition civiliste du droit des biens, en relation avec le droit des sûretés réelles mobilières, envisagé dans une perspective québécoise. Nous avons surtout voulu démontrer le caractère abstrait, général et relativement simple qui ressort des classifications usuelles du droit patrimonial. Bien sûr, nous aurions pu faire état de certaines dérogations importantes rencontrées dans les

---

<sup>681</sup> Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1995, n° 208, p. 96; *Caisse populaire Laurier c. Lunetterie des Galeries Inc.*, REJB 2000-17695 (C.A.).



dispositions du *Code civil du Québec* à ce sujet, qui, aux dires de certains juristes respectés, remettraient en cause tout l'édifice tel que présenté. Ce débat, certes fondamental, transcende néanmoins l'objet de notre discussion. Nous avons vu également qu'à défaut de connaître une meilleure conception, le législateur québécois et la majorité des auteurs s'entendent sur le bien-fondé de cette conception.

En contraste, nous présenterons maintenant les traits saillants du droit des biens dans les traditions de *common law* et américaine.

#### 2.1.2 dans la tradition de *common law* et de droit américain

La présentation du sujet, distinguant la tradition de *common law* de celle du droit américain, peut surprendre. En effet, on sait que les États-Unis (ainsi que les provinces anglo-canadiennes et les territoires canadiens) sont des pays de *common law*. Nous verrons néanmoins qu'une classification des biens artificielle, aux termes du Titre 9 du UCC [b], se superpose à celle de la *common law* traditionnelle [a].

##### a) classification traditionnelle du droit des biens de *common law*

La *common law* ne connaît pas de classification du droit des biens « rationalisée », à l'image de celle du droit civil. Ici, point de modèles, point de « *summa divisio rerum* » établies en tentant de cerner l'essence des choses, leur représentation intellectuelle. Cela s'explique par le fait que le système de droit des biens de *common law* est une

construction qui a certes évoluée, mais qui s'érige au fil des ans depuis le XII<sup>ème</sup> siècle<sup>682</sup>. Ce droit des biens puise ses assises dans un régime féodal<sup>683</sup>.

La première distinction entre les deux systèmes, la plus frappante, réside dans l'absence d'un concept de patrimoine en *common law*, tel qu'entendu dans la tradition civiliste<sup>684</sup>.

Le droit de propriété n'y est donc pas défini de la même manière. « *Ownership is an enforceable bundle of rights that links a person to a thing* », peut-on lire en introduction du chapitre traitant de cette question d'un recueil bien connu<sup>685</sup>. Il n'y a donc pas de concept unificateur pour décrire cette réalité<sup>686</sup>. Ce concept du droit de propriété prendra

---

<sup>682</sup> Il ne faut pas voir, dans ces remarques, quelque attitude condescendante ou de propos désobligeants, dont la conclusion à tirer serait la présumée incohérence du système de *common law*. A.-F. Bisson a justement remarqué que tant le système de *common law* que celui du droit civil ont nécessairement dû présenter « *pragmatisme et volonté de cohérence* ». En fait, ce que cet exposé tend à faire ressortir, ce sont les « *différences plus ou moins importantes de conceptions du droit* » qui existent entre les deux systèmes. Voir : Alain-François BISSON, « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 39, 41-42.

<sup>683</sup> Voir : Aline GRENON, « Dans un contexte d'harmonisation et d'économies intégrées, quelques réflexions au sujet du concept de propriété en droit civil et en *common law* », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Deuxième recueil d'études en fiscalité*, Association de planification fiscale et financière et Ministère de la Justice du Canada, 2005, 1 :1, en ligne : [http://www.apff.org/francais/Publications/bijuridisme\\_canadien.html](http://www.apff.org/francais/Publications/bijuridisme_canadien.html) (consulté le 3 avril 2010). Voir aussi : Anne-Françoise DEBRUCHE, « Les biens », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON, dir., *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 101.

<sup>684</sup> Cette situation n'est pas sans présenter d'analogie et de ressemblance avec celle qui prévalait en France, bien avant la codification. Voir P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, *supra* note 675, p. 231-234. En outre, aux p. 232 et 234, ces auteurs précisent : « *Le droit coutumier ancien classait les biens par rapport à la saisine. Les biens devaient être individualisés (ce sont les biens « marqués »); ils peuvent appartenir à la famille (on parlera couramment d'héritages); ou, comme les cateux, à l'individu. [...] L'idée de patrimoine, aujourd'hui considérée comme un prolongement de la personnalité, est étrangère à l'ancien droit : les biens d'un individu sont distingués d'après leur origine ou leur affectation; lors de la succession, chaque bien suit sa loi propre, ce qui fera dire à Loysel (n° 313), évoquant le pécule des soldats romains : « Les Français, comme gens de guerre, ont reçus divers patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une même personne ». L'unité n'existe que pour les meubles et les dettes qui « tiennent aux os ».*

<sup>685</sup> Derek Mendes DA COSTA, Richard J. BALFOUR et Eileen E. GILLESE, *Property Law : Cases, Text and Materials*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, 1990, p. 2 :1.

<sup>686</sup> Barbara PIERRE, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law », (1997) 28 *R.G.D.* 235, 241 : « *In contrast, a concept of ownership is not part of*

d'ailleurs des contours différents selon la nature du bien. Ainsi, on distingue les biens réels (*real property*) des biens personnels (*personal property*) (l'équivalent, dans une certaine mesure, de la distinction civiliste existant entre les immeubles et les meubles). Cette dichotomie diffère de celle du droit civil car elle fut établie « [...] *en fonction de l'application de règles de procédures civile et que l'Angleterre médiévale avait développé un régime juridique presque entièrement centré sur les tenures* »<sup>687</sup>. Les biens réels se subdivisent en héritages corporels et héritages incorporels. Les biens personnels se subdivisent en chatels réels et chatels personnels. Les chatels réels comprennent les baux, les produits de la terre (récoltes sur pied) et la végétation naturelle. Les chatels personnels comprennent les choses possessoires et les choses non possessoires (i.e. *choses in action*)<sup>688</sup>. Bien que l'importance de la distinction entre biens réels et biens personnels tende à s'amenuiser avec le temps, elle continue néanmoins à jouer un rôle. D'abord, en ce qui a trait à la restitution en nature; ensuite, en ce qui concerne la façon de créer et de transporter un intérêt dans le bien. Dans le cas des biens réels, un écrit est nécessaire, alors que dans le cas des biens personnels, aucun écrit n'est exigé, sauf disposition législative particulière<sup>689</sup>. Enfin, les règles successorales applicables à

---

*the common law of real property. The pursuit for "the owner" is an entirely civilian preoccupation. [...] Having no specific, technical meaning for ownership, the word is used indiscriminately to refer to several different powers over, or benefits in, the land ».*

<sup>687</sup> Michel BASTARACHE et Andréa BOUDREAU OUELLET, *Précis du droit des biens réels*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, p. 14. Voir aussi, à la p. 15 : « *Avec les années, les actions réelles et personnelles sont venues à définir les deux catégories de biens principaux auxquels elles étaient applicables : le bien réel, c'est donc le bien-fonds (ou plus précisément l'ensemble des intérêts d'un propriétaire sur un bien-fonds); le bien personnel, c'est l'équivalent du bien meuble (objets, marchandises...).* Il ne s'agit cependant pas là d'une définition juridique des termes. La réalité est beaucoup plus complexe ».

<sup>688</sup> *Ibid.*, p. 18; Bruce ZIFF, *Principles of Property Law*, 3<sup>e</sup> éd., Scarborough (On.), Carswell, 2000, p. 73-77.

<sup>689</sup> M. BASTARACHE et A. BOUDREAU OUELLET, *op. cit.*, *supra* note 687, p. 19.

chaque catégorie de biens peuvent différer <sup>690</sup>. Mentionnons aussi que, selon la doctrine des tenures (ou des domaines / *estates*), dans les provinces canadiennes de *common law*, « la Couronne demeure propriétaire absolu du territoire, de sorte qu'une personne qui achète un bien-fonds (i.e. bien réel) ne se fait concéder que la tenure « en franc-socage » ou « franche », la seule forme de tenure qui subsiste aujourd'hui. Cette personne n'a donc pas un droit de propriété absolu mais plutôt un domaine ou un « intérêt » relatif au bien-fonds » <sup>691</sup>.

À ces distinctions s'ajoute celle, non moins fondamentale, existant en matière de droit de propriété, entre le *legal title* et le *equitable* ou *beneficial title* <sup>692</sup>. Ainsi, une personne peut détenir l'un, l'autre ou ces deux droits à la fois dans un bien. Cette dernière distinction est, encore une fois, le produit de l'histoire <sup>693</sup>. En Angleterre, il y eût un temps deux ordres de tribunaux, à savoir ceux de *Common Law* et ceux d'*Equity*. Les seconds se sont développés, au fil du temps, afin de pallier la rigidité propre aux règles de la *common law*. Avec les années, le rôle de l'*Equity* se précisa et consista à parfaire la *Common law*, et non pas à la supplanter. Ainsi que le veut la formule désormais consacrée, « [*Equity*] is a court of conscience ». Les tribunaux d'*Equity* ont développé leurs propres règles. L'institution par excellence résultant de ce régime de droit est, bien entendu, le *trust*. Depuis les *Judicature Acts* de 1873-1875, on a fusionné ces deux

---

<sup>690</sup> B. ZIFF, *loc. cit.*, *supra* note 688, p. 74-75.

<sup>691</sup> A. GRENON, *loc. cit.*, *supra* note 683, p. 1 :4.

<sup>692</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 358, n<sup>os</sup> 296-305, p. 277-284.

<sup>693</sup> Pour un exposé détaillé à ce sujet, lire : B. ZIFF, *op. cit.*, *supra* note 688, p. 77, 181-207; A.H. OOSTERHOFF et E.E. GILLESSE, *Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4<sup>e</sup> éd., Scarborough (On.), 1992, p. 3-92.

paliers de tribunaux en un seul <sup>694</sup>. Cependant, les règles particulières à la *Common law* et à l'*Equity* continuent d'évoluer et d'interagir. M. Cantin Cumyn a bien résumé la pertinence que la distinction présente et conserve de nos jours :

En *Common Law*, la légitimité de l'activité juridique du *trustee* est fondée sur un droit ou sur un titre : le *trustee* administre la *trust property* en vertu d'un *legal title*. Parallèlement, un droit de *beneficial title* est reconnu au bénéficiaire du *trust*, lui conférant l'intérêt suffisant pour exiger du *trustee* qu'il lui rende compte de sa gestion. [...] Malgré la réunion de ces juridictions [que sont la *Common Law* et l'*Equity*] dans un même tribunal, l'ancienne dualité des titres subsiste. Elle détermine, notamment, la nature des recours, ainsi que l'identité de ceux qui peuvent les exercer contre le *trustee*. Si le *trustee* manque à la *fiduciary obligation*, c'est le titulaire actuel ou éventuel du *beneficial title* qui peut, en principe, agir contre lui pour obtenir le remède approprié : *compensation* ou *equitable damages*, *accounting*, ou encore la reconnaissance d'un *constructive trust*. <sup>695</sup>

Cette division entre le *legal title* et le *beneficial title* n'est pas exclusive au *trust*. Elle apparaît comme toile de fond à l'ensemble des relations juridiques dans l'univers de la *common law*. Elle est source d'une pluralité de droits pour ceux qui en sont titulaires, qui peuvent exister simultanément sur un même bien, conférant par conséquent diverses prérogatives. Ce qui a fait dire à certains qu'à la différence du droit civil, la *common law* ne poserait pas de distinction aussi claire entre les droits d'un propriétaire et ceux d'un créancier <sup>696</sup>. Ainsi, le maniement des droits ne peut être l'objet d'aucune analogie entre les deux systèmes, car le droit de propriété est divisible en *common law* alors qu'il est absolu en droit civil <sup>697</sup>. Plusieurs personnes peuvent détenir un *interest* sur un bien en

---

<sup>694</sup> Pour un historique de l'évolution de ce régime d'*Equity* et une comparaison avec la notion d'équité du droit civil, lire : Anne-Françoise DEBRUCHE, « What is "Equity" ? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures », (2009) 39 *R.G.D.* 203.

<sup>695</sup> Voir : Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2001, n° 3, p. 4.

<sup>696</sup> Voir: M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 651: « *Much more than the common law, the civil law distinguishes between owing and owning* ».

<sup>697</sup> Sur l'absolutisme du droit de propriété en droit civil et son opposition au régime féodal fragmenté (similaire à celui de l'Angleterre, qui prévalait en France avant la Révolution de 1789 et l'édition subséquente du Code Napoléon de 1804), voir : Jean LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et évolution », (2002) 36 *R.J.T.* 1, 61-62 :

*common law*<sup>698</sup>, alors qu'il n'y a qu'un seul propriétaire en droit civil<sup>699</sup>. Bien sûr, comme nous l'avons vu, la notion de droit réel a certes évolué et la propriété comporte ses démembrements. Mais l'articulation conceptuelle des deux traditions diffère profondément<sup>700</sup>.

Nous allons maintenant voir qu'à ce système de droit des biens s'ajoute une classification des biens propre aux systèmes de sûretés réformés ayant emprunté la voie du Titre 9 du UCC.

---

« Dans la nuit du 4 août 1789, l'Assemblée constituante décréta la « destruction de la féodalité » et prononça l'abolition de tous les droits réels féodaux qui grevaient les propriétés. L'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen devait affirmer que la propriété était « un droit inviolable et sacré ». L'article 544 du Code allait confirmer le caractère libre, absolu et individuel de la propriété. [...] Le droit de pleine propriété est donc consacré, c'est-à-dire une propriété libre de toutes charges ou redevances seigneuriales. Cette consécration du droit à la pleine propriété constitue, avec le contrat, le principal pilier du Code civil. L'insistance sur le caractère absolu visait, en premier lieu, à l'opposer au morcellement féodal du droit réel qu'on venait justement d'abolir et, en deuxième lieu, à rassurer les acquéreurs de biens nationaux, inquiets qu'ils étaient de se voir dépouiller de leurs biens par les anciens propriétaires ».

<sup>698</sup> Voir : Martin LAMOUREUX, « Rapport sur l'harmonisation du terme « Interest » », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études en fiscalité*, Association de planification fiscale et financière et Ministère de la Justice du Canada, 2002, 7 :1, en ligne : [http://www.apff.org/francais/Publications/bijuridisme\\_canadien.html](http://www.apff.org/francais/Publications/bijuridisme_canadien.html) (consulté le 3 avril 2010). Cet auteur recense les diverses significations de ce terme en *common law*, qui en font un terme polysémique, n'ayant pas d'équivalent en droit civil. Il propose néanmoins, aux fins du bijuridisme et de l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil du Québec, que les lois fiscales traduisent le terme « interest » par celui d'« intérêt », en *common law* française (par opposition au terme « droit » actuellement employé), puis par le terme « droit réel – real right », comme équivalent civiliste, la notion de droits réels étant celle qui s'approche le plus, malgré les différences, de celle d'*interest*. Évidemment, l'auteur est bien conscient des limites de cette approche, car les termes recouvrent des réalités intraduisibles, mais s'il le faut, au nom de l'uniformité de traitement des justiciables d'un océan à l'autre, le législateur fédéral peut établir des règles « au détriment du respect complet du système de droit privé québécois ». Cette étude démontre bien les limites du bijuridisme législatif canadien. Nous y revenons.

<sup>699</sup> A. GRENON, *loc. cit.*, *supra* note 683.

<sup>700</sup> Même si en pratique, on peut voir des rapprochements entre les finalités de chaque système, l'on ne peut, à notre avis, faire l'économie des distinctions qui leurs sont propres. N'y change rien le fait que « [I]a propriété en droit civil et en *common law* peut ainsi être définie, dans une perspective transsystémique de la propriété, comme une relation d'exclusivité du propriétaire vis-à-vis de tous, relativement à un bien corporel ou incorporel ». Voir, en ce sens : Yaël EMERICH, « Regard civiliste sur le droit des biens de la *common law* : pour une conception transsystémique de la propriété », (2008) 38 *R.G.D.* 339, 376.

- b) classification des biens telle que proposée aux termes du Titre 9 du UCC

Le système réformé du Titre 9 du UCC se superpose au système de droit des biens de *common law*<sup>701</sup>. Les rédacteurs de ce texte législatif ont donc établi un certain cadre, précisant que l'objet du *security interest* est un « *collateral* »<sup>702</sup>. Ce « *collateral* » n'est, en fait, que le bien affecté. On comprend donc que tout bien personnel peut être affecté d'un *security interest*. Mais qu'est-ce à dire ? C'est là que les choses se corsent. Les rédacteurs du Titre 9 du UCC ont érigé une nomenclature définissant les biens en plusieurs catégories. Ces catégories sont pertinentes pour connaître les règles régissant les mécanismes de publicité requis et l'ordre de priorité. Elles reflètent les pratiques commerciales existantes au moment de la codification. Entre toutes ces catégories, une distinction est posée par la doctrine entre les biens pouvant faire l'objet d'un *pledge* (i.e.

---

<sup>701</sup> C'est toute la philosophie du « *judge made law* » qui se trouve derrière cette technique de rédaction législative du « *statutory law* », où le législateur n'intervient que ponctuellement pour réglementer une frange bien délimitée du droit, laissant aux tribunaux le soin de dire le droit. Voir les savoureux et éclairants commentaires de G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 536-537 : « *Does the sweeping language of the Code "security interest" definition bring this whole Pandora's box of informal agreements between debtors and creditors within the Code, codify the whole case law of equitable liens, and reduce this involved problem to the simple choice between an Article 9 security interest and nothing? It is submitted that the answer to the question just posed should be, with an emphasis, No. We might say that if the equitable lien – or at any rate this aspect of the equitable lien – had not existed, it would have been necessary to invent it; if the Code in some sense abolishes the equitable lien, it will have to be invented all over again. Article 9, for all its comprehensiveness, is a statute drafted to regulate certain well-known or institutionalized types of financing transactions. It is fair enough to say that a transaction which sets out to be one of those types should conform to Article 9 or fall by the wayside. But beyond the area of institutionalized transaction, there stretches a no-man's land, in which strange creatures do strange things. For these strange things there are no rules; it makes no sense to measure them against the rules which professionals have developed for professional transactions. The best that can be done is to let the courts pick their way from case to case, working out their solutions ad hoc and ad hominem* ». Voir aussi, en ce sens, la disposition fondamentale du *Uniform Commercial Code* que l'on retrouve à l'article U.C.C. § 1-103 (2010). Cette disposition consacre le caractère supplétif au UCC de la *common law* et de l'*Equity*, ainsi que du droit « statutaire ». En cas de divergence cependant, les dispositions du UCC priment.

<sup>702</sup> U.C.C. § 9-105(1)(c) (1995) et U.C.C. § 9-102(a)(12) (2010). Le terme « *collateral* » est défini comme étant le « *property subject to a security interest or agricultural lien* ».

gage) et ceux qui ne le peuvent <sup>703</sup>. Ainsi, la doctrine distingue les biens « *tangibles* », les biens « *semi-intangibles* » et les biens « *intangibles* » ou « *pures intangibles* » <sup>704</sup>.

Les biens « *tangibles* », l'équivalent des meubles corporels du droit civil, se divisent en quatre catégories de « *goods* » <sup>705</sup>, qui sont les biens de consommation <sup>706</sup>, les biens d'inventaire <sup>707</sup>, les produits de la ferme <sup>708</sup> et l'équipement <sup>709</sup>. Ces catégories sont mutuellement exclusives, la catégorie de l'équipement étant résiduaire. Les définitions qui correspondent à ces catégories sont toutes, à l'exception de celle touchant les produits de la ferme, fonction de l'utilité que représentent les biens dans l'industrie. L'intérêt de cette classification a trait aux différences de traitement qui peuvent exister quant aux règles de publicité et de priorité relativement à chacune des catégories. Ces biens peuvent être engagés <sup>710</sup>.

Les biens « *semi-intangibles* » <sup>711</sup>, initialement identifiés comme étant des « *pledgeable intangibles* » <sup>712</sup>, dont la traduction civiliste serait l'expression « biens meubles « quasi-corporels » » <sup>713</sup>, se divisent en cinq catégories. Il s'agit des « *investment property* » <sup>714</sup>,

---

<sup>703</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 367-400.

<sup>704</sup> E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 21-25.

<sup>705</sup> U.C.C. § 9-105(1)(h) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(44) (2010).

<sup>706</sup> U.C.C. § 9-109(1) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(23) (2010).

<sup>707</sup> U.C.C. § 9-109(4) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(48) (2010).

<sup>708</sup> U.C.C. § 9-109(3) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(34) (2010).

<sup>709</sup> U.C.C. § 9-109(2) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(33) (2010).

<sup>710</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 368-376.

<sup>711</sup> E.E. SMITH, *op. cit.*, *supra* note 319, p. 22.

<sup>712</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 377.

<sup>713</sup> J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, n° 666, p. 238.

<sup>714</sup> U.C.C. § 9-115(1)(f) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(49) (2010).



des « *instruments* »<sup>715</sup>, des « *documents* »<sup>716</sup>, des « *chattel paper* »<sup>717</sup> et des « *letter-of-credit right* »<sup>718</sup>. L'« *investment property* » comprend les valeurs mobilières, qu'elles soient représentées par certificat ou non, les comptes de valeurs mobilières et les « *security entitlement* ». La publicité des sûretés grevant ce type de biens n'est possible que par inscription, à moins que le créancier n'en détienne la maîtrise de fait (i.e. « *control* »)<sup>719</sup>. Les *instruments* sont des titres de créance négociables par endossement et délivrance, qui ne pouvaient autrefois être publiés que par dépossession, mais qui désormais peuvent aussi l'être par voie d'inscription<sup>720</sup>. Les *documents* sont des documents de titre, tels les connaissements, négociables ou non. Les *documents* négociables peuvent être publiés par dépossession ou par inscription. Les *documents* non-négociables peuvent l'être par notification ou par inscription<sup>721</sup>. Les *chattel papers*, sous-catégorie inventée de toutes pièces par les rédacteurs de la première mouture du Titre 9 du UCC<sup>722</sup>, sont des titres de créance non négociables. Ils peuvent être publiés par dépossession, par inscription, ou encore, par la maîtrise de fait du document<sup>723</sup>. Les « *letter-of-credit right* » sont les droits au paiement du produit d'une lettre de crédit. La

---

<sup>715</sup> U.C.C. § 9-105(1)(i) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(47) (2010).

<sup>716</sup> U.C.C. § 9-105(1)(f) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(30) (2010).

<sup>717</sup> U.C.C. § 9-105(1)(b) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(11) (2010).

<sup>718</sup> U.C.C. § 9-105(3) (1995); U.C.C. § 9-102(a)(51) (2010).

<sup>719</sup> E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 26 et 31.

<sup>720</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>721</sup> U.C.C. § 9-304(1),(3),(4) (1995); U.C.C. § 9-312(a),(c),(d) (2010).

<sup>722</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 378-379.

<sup>723</sup> E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 30-31.

publicité en est assurée par dépossession ou par la maîtrise de fait de la lettre de crédit (i.e. « *control* ») <sup>724</sup>.

Les biens « *intangibles* » ou « *pure intangibles* » <sup>725</sup>, seraient des « biens incorporels « purs » » <sup>726</sup>. Ils comprennent les « *accounts* », les « *deposit accounts* », les « *contract rights* », les « *commercial tort claims* » et, enfin, les « *general intangibles* » <sup>727</sup>. Les *accounts* sont des créances, nées ou éventuelles, non représentées par un *instrument* ou par un *chattel paper*. Les *deposit accounts* sont des comptes bancaires de diverses variétés, à l'exclusion de ce qui tombe sous la catégorie des « *investment property* », c'est-à-dire concernant les valeurs mobilières. Les *commercial tort claims* sont les réclamations judiciaires en matière délictuelle. Les « *general intangibles* » constituent une catégorie résiduaire. Ces biens ne peuvent habituellement pas être engagés. Cependant, la seule façon de publiciser une sûreté grevant un *deposit account* est désormais la maîtrise de fait conférée au créancier (i.e. *control*).

Le civiliste qui fait l'effort de compréhension que demande l'entendement de cette nomenclature retient son souffle. C'est un univers qui lui est totalement étranger. La complexité technique qui en ressort fut d'ailleurs reconnue par Grant Gilmore lui-même <sup>728</sup>. Elle s'expliquerait par l'historique de la rédaction du Titre 9 du UCC. On se souviendra en effet qu'il fut initialement prévu de rédiger cinq titres distincts au *Uniform Commercial Code* en fonction des diverses catégories de financement alors identifiées.

---

<sup>724</sup> *Ibid.*

<sup>725</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 379.

<sup>726</sup> J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, n° 667, p. 238.

<sup>727</sup> E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 23-25.

<sup>728</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 367-368.

On avait commencé à articuler les définitions de biens autour de chacune de ces catégories, qui sont demeurées, par la suite, lors de leur « fusion » en un seul et même titre qu'est devenu le Titre 9 du UCC <sup>729</sup>. Grant Gilmore admit que cette classification eût pu être grandement simplifiée. Néanmoins, il ne considérait pas qu'elle présentait des difficultés insurmontables, notamment en matière de qualification. Il voyait cependant un non-sens à ce que les *chattel papers* puissent faire l'objet d'un gage <sup>730</sup>. Il reconnaissait d'ailleurs la propension du Titre 9 du UCC à élargir les catégories de biens qui puissent en faire l'objet, comparativement à l'ancien droit, et que l'accès à l'information n'en était que plus difficile pour les créanciers et les tiers <sup>731</sup>. Force est de constater que cette tendance atteint de nouveaux sommets suite à la dernière révision du Titre 9 du UCC. En effet, les *instruments* ne pouvaient, à l'origine, être publiés que par dépossession. Ils peuvent désormais l'être aussi par inscription. La logique derrière la règle initiale était simple :

It is in general true to say that if intangible property can be pledged, it must be pledged : that is to say, no perfected security interest can be created in such property except by its physical delivery to the creditor. <sup>732</sup>

[référence omise]

Nous croyons que cette règle conserve toute sa pertinence. Nous notons par ailleurs que la dématérialisation des valeurs encourage, en droit américain, le recours fréquent aux

---

<sup>729</sup> Voir notre discussion relative à la genèse, à l'historique et à l'évolution de l'approche fonctionnelle, *supra*, Partie I, sous-section II. B. 1.1.2.

<sup>730</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 379 : « *Under the perfection provisions, a security interest in chattel paper can be perfected by possession. The deletion of the transfer language from the definition [of chattel paper] seems to suggest that a security interest in chattel paper could be so perfected even though the "writing" or "paper" was not one regarded as "transferable by delivery in the ordinary course of business". This is a nonsense* ».

<sup>731</sup> *Ibid.*, p. 390.

<sup>732</sup> *Ibid.*, p. 387.

mécanismes de publicité que sont la maîtrise de fait de la créance, la notification et sa possession, le cas échéant. Autant d'exceptions au principe de la publicité par inscription ne se justifient plus. Nous verrons cependant que la fonction conférée à la publicité, dans l'édification d'un ordre de priorité, n'est pas la même en droit américain qu'en droit civil.

Loin de simplifier la nomenclature existante, la dernière version révisée du Titre 9 du UCC ajoute de nouvelles catégories et sous-catégories. Par exemple, on distingue désormais les « *tangible chattel papers* » des « *electronic chattel papers* », les premiers étant inscrits sur support papier, les seconds étant virtuels, existant sur support électronique. On permet même, dans le cas des *electronic chattel papers*, que la publicité d'une sûreté grevant de tels biens puisse s'effectuer par la simple maîtrise de fait de la créance (i.e. « *control* ») :

A secured party obtains control over electronic chattel paper if there is only one authoritative or identifiable copy of the electronic record of the chattel paper, the copy of the records identifies the secured party and its interest, the copy is communicated to and maintained by the secured party or its designated custodian, the copy is readily identifiable as the authoritative copy, and there are appropriate controls in place relating to revisions of the copy. Rev. ¶ 9-105.<sup>733</sup>

Le lecteur qui se préoccupe des qualités de certitude et de simplicité, dont doit faire preuve un système de sûretés dans son intelligibilité, croit nager en pleine science-fiction. Les problèmes de preuve inhérents à ce type de bien et à la créance qu'il représente nous semblent insurmontables. Cela encourage l'occultisme le plus total. On se rappellera que Grant Gilmore voyait un non-sens dans l'articulation de la notion même de *chattel paper*, dont la publicité d'une sûreté grevant ce type de bien pouvait s'effectuer par dépossession. L'illogisme de cette situation est poussé un cran plus loin, maintenant que

---

<sup>733</sup> E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 31.

cette publicité peut s'effectuer par simple maîtrise de fait, de surcroît lorsque le titre de créance est ainsi constaté sur support électronique.

Enfin, la catégorie des « *pure intangibles* » s'élargit, au lieu de se restreindre et de se simplifier. Gilmore signalait d'emblée que les trois catégories initialement prévues des *accounts*, des *contract rights* et des *general intangibles* auraient dû se confondre en une seule <sup>734</sup>. Nous avons aujourd'hui les *deposit accounts*, les *commercial tort claims*, les *general intangible* qui comprennent désormais les « *payment intangibles* » et les « *softwares* ».

Nous retenons que cette classification n'en est pas une qui s'opère à partir de la nature des droits, mais bien en fonction de catégories artificielles de biens, présentant toutes leurs particularités. Comme le soulignait avec justesse un auteur français,

elle apparaît quelque peu incompatible avec l'objectif de simplification et d'uniformité clairement affiché par les réformateurs américains. Une telle classification se révélant fastidieuse, superflue et dangereuse, l'on est en droit de s'interroger sur son utilité, voire sa nécessité. <sup>735</sup>

Aussi est-il suggéré, dans un contexte d'uniformisation du droit des sûretés mobilières en droit français, de ne pas retenir cette classification proprement américaine. On peut tenir compte autrement de certaines limites qu'imposeront les contingences propres à certaines transactions particulières, notamment en matière consumériste <sup>736</sup>. Nous souscrivons sans réserve à cette prise de position.

---

<sup>734</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. 380-383.

<sup>735</sup> J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, n° 668, p. 239.

<sup>736</sup> *Ibid.*, p. 240.

Cela démontre donc une incompatibilité sérieuse et fondamentale entre deux visions de la rédaction législative, deux systèmes de droit. Voyons si un arrimage de ces différentes conceptions est possible et ce qu'en proposent les instruments d'harmonisation internationaux.

### 2.1.3 de l'arrimage de ces différentes conceptions dans les instruments d'harmonisation internationaux

Nous avons déjà relevé que la terminologie employée aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* n'est pas toujours neutre <sup>737</sup>. Ainsi, elle prévoit la création de sûretés (i.e. *security interests*) sur tout type de bien meuble, comprenant une universalité de biens meubles présents et futurs, corporels et incorporels. Une sûreté publiée aux termes de cette loi confère à son titulaire un droit préférentiel de recevoir le paiement du produit de la vente des biens grevés <sup>738</sup>. On y ajoute quelques définitions ayant trait aux biens <sup>739</sup>. Celle du terme *Movable Property Collateral (Bienes Muebles en Garantía)* précise qu'il peut s'agir de tout bien meuble, incluant les comptes à recevoir et tout autre bien incorporel, dont la propriété intellectuelle et le droit au report de la sûreté sur le produit de la vente d'un bien grevé (i.e. *attributable movable property*). Des définitions particulières de l'inventaire et des comptes à recevoir sont données. Enfin, comme nous l'avons vu, les sûretés sont par la suite définies en fonctions de catégories de biens, dont plusieurs ne font pas l'objet de définition, dont les instruments et titres négociables, le droit au produit de lettres de crédit, etc. <sup>740</sup> Le droit de suite de la

---

<sup>737</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. B. 2.3.

<sup>738</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 2.

<sup>739</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>740</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. A. 1.3.2. c).

sûreté y est précisé <sup>741</sup>; il est complété par les dispositions traitant des droits du constituant et de celles relatives à l'exercice des droits du créancier. Ainsi, la vente de biens grevés par le constituant dans le cours normal de ses affaires éteint la sûreté sur les biens ainsi vendus et le droit de report du créancier sur le produit de vente ne sera opposable au constituant que si une mention spéciale à cet effet est faite au registre lors de la publication de la sûreté <sup>742</sup>. Le report de la sûreté sur tout bien de remplacement de nature équivalente n'est pas précisé <sup>743</sup>. Par ailleurs, la vente par le créancier purge les droits de ce créancier et de ceux ayant des droits postérieurs, mais non de ceux ayant des droits antérieurs <sup>744</sup>.

Nous voici donc en présence d'un régime de sûreté fondé sur l'approche téléologique, mais sans sûreté principale comme l'hypothèque. On utilise plusieurs concepts propres au droit civil, tels les biens meubles, corporels ou incorporels, ce qui suppose sa transposition dans un univers civiliste, ce que sont majoritairement les pays de l'Amérique latine auxquels ce texte est destiné. Toutefois, comme il n'y a pas de sûreté principale à l'image de l'hypothèque, qui serait fondée sur l'édifice des droits réels du droit civil, toute cette trame de fonds est absente de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, ce qui en compromet l'intelligibilité. Sa version antérieure était cependant beaucoup moins neutre et la terminologie employée était littéralement un calque du droit américain.

---

<sup>741</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 48.

<sup>742</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 49, 11.

<sup>743</sup> Ce que l'on appelle, en droit civil québécois, un bien de emploi ou de remplacement, qui constitue une modulation du droit de suite, nouvelle expression du droit réel accessoire de l'hypothèque mobilière. Voir : C.c.Q., art. 2674 et 2700 ; P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n<sup>os</sup> 3.116-3.117, p. 335-336.

<sup>744</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 67.

La *Loi type de la BERD* utilise une terminologie plus neutre. Ainsi, toutes choses et tous droits peuvent être grevés pour garantir l'exécution d'une obligation<sup>745</sup>. Le concept de « Charged Property » réfère à tous droits et toutes choses grevés aux termes d'icelle, sans plus de précision<sup>746</sup>. La sûreté s'étend à tous biens qui deviennent la propriété du constituant durant son existence. L'acquéreur dans le cours normal des affaires de biens grevés est protégé, mais dans un nombre limité de cas<sup>747</sup>. Au-delà de ces dispositions générales, là s'arrête l'énonciation des prérogatives associées à la sûreté. L'approche retenue est assurément plus souple et neutre que ne l'est celle de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*. Mais l'édifice conceptuel est trop sommaire pour être indépendant d'un véritable système juridique.

Enfin, le *Guide législatif sur les opérations garanties* procède de la même manière que le Titre 9 du UCC<sup>748</sup>. Son édifice conceptuel est beaucoup plus détaillé et il prévoit toutes les possibilités dans leurs moindres détails. Cependant, il reflète une approche qui n'est pas nécessairement adaptée à l'édifice romaniste des droits réels et qui se veut indépendante, un système en soi, à l'image du UCC.

Nous terminons notre étude des principales modalités des sûretés mobilières en abordant la notion de la cause de l'obligation dont l'exécution est garantie aux termes d'une sûreté mobilière conventionnelle.

---

<sup>745</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 1.

<sup>746</sup> *Ibid.*, art. 5.

<sup>747</sup> *Ibid.*, art. 19.2, 19.3, 20, 21.

<sup>748</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. A. 1.3.2. e).



## 2.2 la cause de l'obligation dont l'exécution est garantie aux termes de la sûreté conventionnelle

Nous allons succinctement exposer l'état du droit américain et du droit québécois relatif à l'étendue de l'obligation garantie par une sûreté mobilière, tout en faisant état des solutions proposées aux termes des instruments internationaux de l'harmonisation du droit [2.2.1]. Nous verrons par la suite l'utilité que peut présenter, dans toute législation régissant les sûretés mobilières, l'édiction d'une règle de spécialité quant au montant de la garantie et quant à sa cause [2.2.2].

### 2.2.1 dettes présentes ou futures de caractère déterminé ou indéterminé lors de la constitution de la sûreté

Le droit américain est très permissif quant à l'étendue de l'obligation garantie par un *security interest*. En effet, il est loisible au débiteur de consentir une sûreté grevant non seulement ses biens présents et ceux à venir, en totalité ou en partie, mais aussi de prévoir, au contrat constitutif de sûreté (i.e. *security agreement*), qu'il consente cette sûreté afin de garantir toute obligation, présente ou futur, le liant au créancier. L'obligation future n'a pas à être déterminée ou identifiée. De même, l'obligation garantie ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité, qu'il s'agisse du montant garanti ou de l'obligation elle-même <sup>749</sup>.

En principe, le droit civil est moins permissif que ne l'est le droit américain. La notion de la « spécialité de l'hypothèque » exige en effet des précisions de trois ordres : spécialité

---

<sup>749</sup> U.C.C. § 1-201(b)(35) (2010) (définition du terme « *Security interest* », qui signifie un intérêt dans des biens personnels ou des *fixtures* pour garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation) ; U.C.C. § 9-102(a)(73) (2010) (définition du terme « *Security agreement* », qui signifie un contrat constitutif d'un *Security interest*) ; U.C.C. § 9-201 à § 9-206 (2010) (sur la constitution d'un *Security interest*). Voir, enfin, pour les mesures de publicité : U.C.C. § 9-308 et suiv. (2010).

relative à son assiette (l'identification des biens grevés avec, pour corollaire, la spécialité de l'inscription relative à chaque bien grevé), spécialité relative à la cause (l'obligation garantie) et, enfin, spécialité relative au montant de l'hypothèque (qu'il ne faut pas confondre avec le montant de la créance garantie). L'hypothèque est donc « spéciale », c'est-à-dire limitée ou circonscrite, par opposition à « générale ». Elle est spéciale, bien sûr, en ce qu'elle constitue une dérogation au gage commun, ce pourquoi elle est traditionnellement assujettie à des conditions de fond et de forme dont dépend sa validité <sup>750</sup>.

En droit civil québécois, le débiteur peut grever ses biens présents et ceux à venir, en totalité ou en partie <sup>751</sup>. Alors que l'hypothèque traditionnelle, de nature immobilière, ne permettait pas qu'elle soit constituée sur une universalité <sup>752</sup>, le principe de la spécialité de l'inscription relativement à chaque bien prenait tout son sens. C'est toujours le cas, en matière immobilière <sup>753</sup>, mais ce ne l'est pas en matière mobilière (sauf en ce qui concerne les véhicules routiers <sup>754</sup>).

Il n'y a pas de débat, non plus, quant à la nécessité d'indiquer, à l'acte constitutif d'hypothèque, le montant précis pour lequel l'hypothèque est consentie. L'article 2689 C.c.Q. fait explicitement mention de cette exigence, tout comme le faisait l'article 2044

---

<sup>750</sup> De façon générale, voir : Jacques AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 607.

<sup>751</sup> C.c.Q., art. 2666.

<sup>752</sup> P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 4.42, p. 440.

<sup>753</sup> Voir : C.c.Q., art. 2949. Bien qu'une hypothèque puisse être constituée sur une universalité d'immeubles, présents et futurs, l'hypothèque ne grèvera chaque immeuble que lorsqu'elle sera inscrite de manière spécifique à chacun.

<sup>754</sup> *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 858, art. 14, qui précise que l'inscription d'un véhicule se fait sous une fiche descriptive établie sous son numéro d'identification.

C.c.B.C. Il s'agit donc de la règle de la spécialité du montant de l'hypothèque<sup>755</sup>. Ce montant doit faire l'objet d'une publicité<sup>756</sup>, sauf dans le cas du gage, pour lequel aucun écrit n'est exigé<sup>757</sup>.

La spécialité de l'hypothèque quant à sa cause fit l'objet d'une lente évolution. En matière d'hypothèques légales ou d'hypothèques résultant de jugements, cette règle ne fait aucun doute<sup>758</sup>. Cependant, en matière d'hypothèques conventionnelles, la question suscita plus d'interrogations. Si le Code civil semble permettre sans trop d'ambiguïté que l'hypothèque puisse servir à garantir une obligation future déterminée et identifiée, certains entretinrent des doutes quant aux obligations futures non identifiées et indéterminées<sup>759</sup>. Fallait-il, à l'acte constitutif d'hypothèque, indiquer la cause de la créance garantie et de quelle manière ? On a prétendu que le principe de la spécialité de l'hypothèque, *stricto sensu*, exigerait qu'il y soit non seulement fait référence à la créance garantie, mais que sa quotité y soit précisée, et cela en vertu du caractère accessoire de l'hypothèque à la créance. Cette hypothèse fut rejetée d'emblée, notamment pour permettre que soient considérées valides des hypothèques portant sur des ouvertures de

---

<sup>755</sup> Voir : Jacques AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », (1995) 97 *R. du. N.* 450, 454.

<sup>756</sup> Voir : QUÉBEC, REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS, *Manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers*, 28 janvier 2009, p. 31-33 (Réquisition d'inscription d'une hypothèque conventionnelle sans dépossession), en ligne : [https://www.rdprm.gouv.qc.ca/rdprmweb/publications/fr/6-Manuel\\_2009%20\(RH\).pdf](https://www.rdprm.gouv.qc.ca/rdprmweb/publications/fr/6-Manuel_2009%20(RH).pdf) (consulté le 20 février 2010).

<sup>757</sup> C.c.Q., art. 2702.

<sup>758</sup> C.c.Q., art. 2725, 2727, 2729 et 2730.

<sup>759</sup> Voir : J. AUGER, *loc. cit.*, *supra* note 755. Cet auteur a toutefois temporisé son opinion plus tard. Voir : J. AUGER, *loc. cit.*, *supra* note 750.

crédit <sup>760</sup>. Comme on le sait, le mécanisme de l'ouverture de crédit peut constituer une obligation future identifiée, mais éventuelle. Question incertaine sous l'ancien Code, l'article 2688 C.c.Q. y apporte une solution définitive. On considéra un temps qu'il fallait néanmoins référer à l'obligation garantie dans l'acte d'hypothèque <sup>761</sup>, s'inspirant en cela de la jurisprudence française <sup>762</sup>. Depuis, la question semble résolue. D'une part, l'article 2797 C.c.Q. édicte que l'hypothèque, à défaut d'être radiée du registre mobilier, survit malgré l'extinction de l'obligation, 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 de l'hypothèque* ». La jurisprudence et la doctrine soutiennent que cette disposition suffit pour conclure à la possibilité de créer une hypothèque visant à garantir des obligations futures non identifiées <sup>763</sup>. D'autre part, on a soutenu que le Code civil n'exigerait pas expressément que l'on réfère à l'obligation garantie dans l'acte d'hypothèque <sup>764</sup>. De même, l'hypothèque peut garantir tout type d'obligation, présente

---

<sup>760</sup> *Banque Mercantile c. Yves Germain*, [1984] C.S. 856 (C.S.), p. 863 et 864; *Société en commandite de La Rousselière (Syndic de)* (7 mars 1991), Montréal, 500-11-003784-903 (C.S.), p. 6-7.

<sup>761</sup> *Banque Mercantile c. Yves Germain*, [1984] C.S. 856 (C.S.), p. 864.

<sup>762</sup> Voir : C. civ., art. 2132 et 2148 (anciens) ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 623-624, 651-656. Le droit français a quelque peu évolué sur ces questions. Alors que le principe de la spécialité s'applique toujours pour les biens affectés individuellement (C. civ., art. 2418-2419, mais voir les exceptions, C. civ., art. 2420), la cause de l'hypothèque doit désormais être déterminée dans l'acte (C.civ., art. 2421), ce qui est nouveau par rapport au droit antérieur, le Code civil français n'en faisait pas autrefois mention et c'est la jurisprudence qui avait établi ce principe. Ce principe jouit de tempéraments maintenant codifiés (C. civ., art. 2422) : « *l'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément* ». Les français ont baptisé cette nouvelle modalité sous le vocable d'« hypothèque rechargeable ». Voir, sur ces questions : Y. PICOD, *op. cit.*, *supra* note 8, n<sup>os</sup> 308-311, p. 363-368.

<sup>763</sup> Voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 1244, n<sup>o</sup> 3.12, p. 212; L. PAYETTE, *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>os</sup> 639-645, p. 287-293; *St-Jacques c. Charbonneau*, [1999] R.D.I. 200, REJB 1999-11965 (C.A.), commentée par Yvan DESJARDINS, « Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel », (2000) 102 *R. du N.* 441 ; *Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec Inc.*, J.E. 2005-667 (C.S.), j. Jacques.

<sup>764</sup> P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n<sup>o</sup> 3.12, p. 212.

ou future, voire une universalité d'obligations, le seul critère de validité étant leur licéité. Le Code civil n'établit pas de distinction au chapitre des obligations qui peuvent être garanties et le principe de l'universalité met à mal celui de la spécialité. L'hypothèque peut donc garantir des obligations de faire dont la quotité n'est pas déterminée. Enfin, on ajoute que si une hypothèque peut garantir un cautionnement qui, lui, n'a pas de restriction quant aux obligations qu'il garantit, ce doit être *a fortiori* le cas de l'hypothèque <sup>765</sup>.

Ainsi, aux termes de la réforme du Code civil, le législateur québécois a voulu simplifier et rendre plus efficace le régime hypothécaire, en levant l'interdiction des sûretés conventionnelles sur une universalité de biens et l'incertitude entourant les garanties pour les dettes futures de l'ancien Code. Toutefois, l'hypothèque est l'accessoire d'une créance. La prudence s'impose afin de démontrer qu'elle puisse, en pratique, servir à garantir des obligations futures autres que celles qui sont identifiées, ce qui pourra dépendre du contexte et de la preuve disponible <sup>766</sup>. En conclusion, bien qu'étant techniquement plus restrictif que le régime américain, en ce qui a trait à la règle de la spécialité quant au montant, le régime hypothécaire québécois fait désormais montre de la même souplesse.

La *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* se démarque clairement du droit américain, en adoptant une solution qui se rapproche grandement de celle du droit

---

<sup>765</sup> C.c.Q., art. 2362 ; *Les sûretés réelles*, 3<sup>e</sup> éd., *supra* note 78, n<sup>o</sup> 642, p. 290.

<sup>766</sup> C'est également le cas, en droit américain, car un *Security agreement* est sujet aux règles d'interprétation des contrats. La jurisprudence a déjà interprété restrictivement la portée d'un tel contrat relativement aux obligations garanties, lorsqu'il fut mis en preuve que le constituant croyait s'obliger pour moins. Voir : L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 150-163, en particulier aux p. 150-151, 158-159.

civil québécois. Pour ce faire, la tradition civiliste des pays de l'Amérique latine est invoquée comme argument justificatif. Les rédacteurs affichent ainsi une conscience des règles de l'accessoire de la sûreté et de son caractère spécial<sup>767</sup>. Ainsi, la sûreté réelle mobilière peut grever les biens présents et ceux à venir<sup>768</sup> du débiteur, en garantie de l'exécution de tout type d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables<sup>769</sup>. Enfin, l'acte constitutif de la sûreté réelle mobilière doit obligatoirement contenir une mention de la somme maximale pour laquelle elle est consentie, dont la publicité est requise<sup>770</sup>, et mentionner la cause<sup>771</sup>. Rédigée de la sorte, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* laisse à penser que la règle de la spécialité de la créance pourrait être d'application plus rigide et ne pas couvrir les obligations futures indéterminées. Ce sera question d'interprétation. La *Loi type de la BERD* suit une approche similaire<sup>772</sup>. Le *Guide législatif sur les opérations garanties*, de son côté, prône l'approche la plus libérale en la matière, mais reconnaît le principe de la spécialité quant au montant de la sûreté, sans toutefois y voir là une impérative nécessité<sup>773</sup>.

---

<sup>767</sup> J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 37, p. 73 et 77.

<sup>768</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 2.

<sup>769</sup> *Ibid.*, art. 1.

<sup>770</sup> *Ibid.*, art. 38.

<sup>771</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>772</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 4.

<sup>773</sup> *Guide législatif sur les obligations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre I. Champ d'application, approches fondamentales en matière de sûretés et thèmes généraux communs à tous les chapitres du Guide », p. 35-36 ; « Chapitre II. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) », p. 101-102 (Recommandations 14-17).

Nous allons voir l'utilité découlant du principe de la spécialité de la sûreté mobilière quant à son montant et quant à la source juridique de l'obligation garantie dans tout régime de sûreté.

### 2.2.2 utilité de la règle de la spécialité de la sûreté quant à son montant et quant à sa cause

Il est vrai que la règle de la spécialité de la sûreté, dans son application la plus rigide, puisse représenter un frein à l'évolution des techniques de crédit. On soutient toutefois qu'elle s'avère nécessaire. J. Auger a bien résumé les raisons permettant de soutenir cette position :

Faut-il s'étonner de l'existence du principe de la spécialité de l'hypothèque et des conséquences qui en découlent quant à l'identification de l'obligation garantie ? Cela ne devrait pas. En effet, le droit commun des créanciers est celui qu'énoncent les articles 2644, 2645 et 2646 C.c.Q. En principe, les créanciers d'un même débiteur ont des droits égaux sur le patrimoine de ce dernier, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence. Une de ces causes c'est l'hypothèque et il est normal que le législateur assujettisse cette préférence dérogatoire au droit commun à des règles de nature à en empêcher l'usage trop facile ou même abusif. C'est à la fois l'intérêt du débiteur qui le commande et celui des tiers : le débiteur afin que son crédit ne soit pas irrémédiablement compromis et les tiers, créanciers actuels et futurs ou acquéreurs, qui ont droit de connaître la situation hypothécaire exacte du débiteur. Permettre qu'un créancier puisse détenir en permanence une hypothèque susceptible de garantir l'exécution de toutes les dettes présentes et futures d'un débiteur ne va pas dans le sens de ces intérêts légitimes. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle existe le principe de la spécialité de l'hypothèque.<sup>774</sup>

[Nos soulignements]

Ainsi, l'intérêt des débiteurs et l'égalité informationnelle des créanciers et des tiers sont les principales assises théoriques justifiant la règle de la spécialité de la sûreté<sup>775</sup>.

En ce qui a trait à la protection des intérêts du débiteur, la nature accessoire de la sûreté et le principe de la spécialité permettent d'en limiter l'étendue dans le temps. Ainsi, c'est

<sup>774</sup> J. AUGER, *loc. cit.*, *supra* note 755, p. 470.

<sup>775</sup> Pour une opinion contraire, lire : J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, n<sup>os</sup> 714-731, p. 254-260.

toute la question touchant la fin ou l'extinction de la sûreté qui s'articule autour de ces concepts. Le *Code civil du Québec*, à ses articles 2795-2802 C.c.Q., précise de façon explicite les principales modalités d'extinction de l'hypothèque. Ainsi, mentionnons la perte du bien grevé, son changement de nature, sa mise hors commerce ou son expropriation, lorsque ces événements portent sur la totalité du bien, provoquent l'extinction de l'hypothèque (art. 2795 C.c.Q.). Également, en vertu du principe de l'accessoire articulé à l'article 2661 C.c.Q., l'hypothèque s'éteint par l'extinction de l'obligation dont elle garantit l'exécution (art. 2797 C.c.Q.). On a vu précédemment que certains tempéraments sont apportés à cette dernière règle, notamment dans le cas d'ouvertures de crédit.

Le Titre 9 du UCC, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et le *Guide législatif sur les opérations garanties* ne comportent aucune disposition traitant directement de l'extinction de la sûreté. En droit américain, nous avons vu qu'il n'y a pas de principe clairement articulé de l'accessoire (bien que le *Security interest* le confirme), encore moins de notion de spécialité. On impose par contre une limite temporelle de cinq ans à la validité de l'inscription d'une sûreté au registre, si les parties ne l'ont pas autrement prévue à l'intérieur de ce cadre<sup>776</sup>. Cela ne règle toutefois pas la question de l'extinction de la sûreté proprement dite, bien qu'il existe une procédure visant à faire radier l'inscription lorsque la dette est éteinte<sup>777</sup>.

---

<sup>776</sup> U.C.C. § 9-403(2)(3) (1995) et U.C.C. § 9-515 (2010) ; LTIRSM, *supra* note 10, art. 39.

<sup>777</sup> U.C.C. § 9-404 (1995) et U.C.C. § 9-513 UCC (2010) ; *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre IV. Le système de registre », pp. 37-38 (Recommandations n<sup>os</sup> 72-75). Il n'y a pas d'équivalent dans la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*.



Sans articuler de règles propres au caractère accessoire du régime, les sûretés peuvent devenir autonomes et plomber le patrimoine du débiteur. Comment les autres créanciers et les tiers peuvent-ils avoir l'assurance de leur rang ? Qu'advient-il du crédit du débiteur ? Les caractères de l'accessoire et de la spécialité de la sûreté préviennent ce genre de difficulté. La *Loi type de la BERD* contient une disposition qui prévoit tous les cas d'extinction de la sûreté et, en ce sens, s'inspire davantage du droit civil <sup>778</sup>.

Nous passons maintenant à l'examen des considérations sur la mise en œuvre des sûretés mobilières.

### **B. De quelques considérations sur la mise en œuvre des sûretés mobilières**

Après nous être attardés à l'étude des principales modalités des sûretés mobilières, nous pouvons maintenant procéder à l'examen de leurs effets concrets. Ainsi, il s'agit de considérer la vie même de la sûreté, de sa mise en œuvre jusqu'à son extinction. Pour ce faire, nous analyserons les règles de priorités entre les créanciers [1], pour ensuite étudier les principes directeurs en matière constitution et de publicité des droits [2]. Enfin, nous terminerons ce troisième chapitre par l'examen des principes directeurs en matière de réalisation et d'exécution des sûretés mobilières conventionnelles [3].

#### 1. L'ordre de priorités entre les créanciers : ordre de collocation temporel et principales dérogations à ce principe

Nous verrons, dans un premier temps, que l'on pose généralement comme principe l'ordre de collocation temporel entre les créanciers [1.1]. Nous étudierons par la suite la principale dérogation à ce principe qu'est le *Purchase Money Security Interest* (le

---

<sup>778</sup> *Loi type de la BERD, supra* note 51, art. 32.

« PMSI ») [1.2]. Nous retracerons brièvement les autres exceptions au principe que sont le gage [1.3], les droits et priorités du fisc [1.4] et, enfin, ceux découlant du droit de l'insolvabilité [1.5].

### 1.1 le principe de l'ordre de collocation temporel

Le principe de l'ordre de collocation temporel est le principe cardinal du droit des sûretés des systèmes occidentaux : l'ordre de priorité entre les créanciers d'un débiteur est fonction de la date et de l'heure de la publicité de leurs sûretés, en ordre chronologique décroissant. « *Prior tempore, potior jure* », « *the first-in-time is the first-in-right* », tels sont les dictons résumant l'idée <sup>779</sup>.

Force est cependant de constater que ce principe est réduit à l'état de peau de chagrin, tellement les exceptions y sont nombreuses. C'est ce que soutiennent des juristes respectés, tant en droit américain <sup>780</sup> qu'en droit québécois <sup>781</sup>.

---

<sup>779</sup> Voir : U.C.C. § 9-312(5)(a) (1995) et U.C.C. § 9-322(a)(1) (2010); C.c.Q., art. 2945; LTIRSM, *supra* note 10, art. 48 ; *Loi type de la BERD*, LTIRSM, *supra* note 51, art. 17.2 ; *Guide législatif sur les opérations garanties*, LTIRSM, *supra* note 45, « Chapitre V. Priorité d'une sûreté réelle mobilière », p. 48 (Recommandation 76).

<sup>780</sup> Voir : J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 34, p. 540 : « *When one summarizes the rights of the first to file under current law, it is hard to see the principle that earns the King priority in certain circumstances and subordinates the King in others. A skeptic might say that the priority rule in Articles 2 and 9 are no more than a set of ad hoc rules that portray the power and interests of the parties that influenced the drafting of Articles 2 and 9. Although there may be a kernel of truth to that claim, I suspect that the complexities of and variation in the underlying transactions call for varied rules and sometimes obscure the guiding principles. Even if there is a principle somewhere in this dung heap, the hodge podge of current rules on priority should not satisfy us* ». Pour un survol de l'ensemble des règles de priorités en droit américain, voir : E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 33-43.

<sup>781</sup> Voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 345-366. Cet auteur parle, avec raison, du « *leurre de la collocation chronologique selon la date de l'inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers* ». On en lira le texte pour connaître dans le détail les dérogations multiples au principe de l'ordre du temps, en droit civil québécois.

Le cadre de la présente étude ne nous permet pas de passer en revue toutes les exceptions qui sont faites audit principe et de juger du bien-fondé de chaque cas. Toutefois, il importe de comprendre les implications découlant du choix de le retenir et d'envisager de façon générale les motifs pouvant servir de justifications aux dérogations. Pour ce faire, nous analyserons le concept du *Purchase Money Security Interest*. D'une part, cette notion n'existe pas comme telle dans la tradition civiliste. D'autre part, les auteurs américains identifient ce concept comme étant la principale dérogation au principe de l'ordre de collocation temporel. Enfin, les instruments internationaux d'harmonisation font la place belle au *Purchase Money Security Interest*. Dans une perspective d'harmonisation du droit, c'est donc la notion qui permet de faire le tour de toutes ces questions et de traiter de façon indirecte des autres dérogations qui sont permises au principe général de l'ordre temporel. En effet, sur le plan technique et conceptuel, le cas du PMSI soulève les difficultés les plus intéressantes. Cette mise en contexte étant faite, procédons à l'analyse de l'exception que constitue le PMSI au principe *prior tempore, potior jure*.

## 1.2 d'une première exception : le *Purchase Money Security Interest* (« PMSI »)

Nous analyserons la principale dérogation à la règle de l'ordonnancement temporel des priorités entre les créanciers. Ainsi, nous examinerons d'abord l'historique de la notion de *Purchase Money Security Interest* telle qu'elle se développa sous l'impulsion des tribunaux américains [1.2.1]. Nous cernerons ensuite la place et l'étendue de cette notion aux termes du Titre 9 du UCC [1.2.2] et des instruments internationaux d'harmonisation du droit [1.2.3]. Nous aborderons, en quatrième lieu, les diverses justifications proposées à cette dérogation [1.2.4]. Nous comparerons ce mécanisme du droit américain avec les

techniques utilisées en droit civil québécois, qui permettent l'atteinte d'objectifs similaires [1.2.5].

### 1.2.1 le PMSI : historique et présentation de la notion

La notion de PMSI a des racines historiques profondes, antérieures à l'adoption du Titre 9 du UCC, dont les sources remontent à une certaine jurisprudence de la *common law* américaine, élaborée à partir de la seconde moitié du XIX<sup>ième</sup> siècle. Grant Gilmore nous indique que l'articulation de ce concept, dans sa forme la plus primitive, remonterait même à l'Angleterre du XVII<sup>ième</sup> siècle de Lord Coke <sup>782</sup>.

Avant de s'attarder au concept du PMSI proprement dit, il faut savoir que les « *railroad mortgages* » permettaient, au créancier bénéficiaire, de grever l'ensemble des biens du débiteur, présents et à venir (i.e. *after-acquired property*) <sup>783</sup>. C'est donc le choc de la priorité conférée à un tel créancier sur les biens à venir d'un débiteur, avec celle que l'on pourrait conférer à un créancier subséquent sur lesdits biens à venir, qui résume l'origine et l'essence de la sûreté que deviendra par la suite le PMSI.

Ainsi, ce conflit s'est d'abord manifesté au sein de l'industrie ferroviaire américaine <sup>784</sup>. En 1871, la Cour suprême des États-Unis parvint à la conclusion qu'un privilège conventionnel non publié, accordé en faveur du gouvernement américain sur certaines pièces constituant le matériel ferroviaire roulant (i.e. *rolling stock*), c'est-à-dire des

---

<sup>782</sup> Voir : G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 745. Voir aussi: Grant GILMORE., « The Purchase Money Priority », (1963) 76 *Harv. L.Rev.* 1333.

<sup>783</sup> Voir : G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 746 et 748.

<sup>784</sup> *Ibid.*, p. 746 : « *The reason why our priority problem first appears in the railroad equipment cases, and for a generation or more seemed to be exclusively a problem of railroad finance, is that the railroad mortgage was the first important type of security transaction in which American courts, and subsequently American legislatures, were induced, by the logic of circumstance, to recognize such an interest in after-acquired property* ».

locomotives et des wagons, avait préséance sur des « *mortgages* » antérieurement publiées et grevant l'ensemble des biens du débiteur, présents et à venir <sup>785</sup>. Il est bon de préciser que ce matériel roulant avait initialement été vendu par le gouvernement américain au débiteur, la *New Orleans and Ohio Railroad Company*. Gilmore explique l'attitude de la Cour suprême des États-Unis comme suit :

For present purposes it is enough to say that the majority (although by no means universal) rule in nineteenth century American jurisprudence had come to be that the mortgagee's interest in after-acquired property was "merely equitable" – that is to say, in modern terminology, unperfected – until the mortgagee, by some new act (taking possession of the property of filing a supplemental mortgage with respect to it), had caused his interest to "ripen" into a legal interest, had (as we should say) perfected the interest. Under such state of law, the priority of the purchase-money interest over the "merely equitable" or unperfected claim of the earlier mortgagee went without saying. The question would not become one worthy of judicial concern until after-acquired property interest had, in some context, flowered as a legal or perfected interest. <sup>786</sup>

Les clauses permettant au *mortgagor* de grever ses biens à venir devinrent graduellement reconnues par les tribunaux et par les législatures des différents États américains, d'abord pour les compagnies ferroviaires, les compagnies de téléphone et de télégraphe et autres compagnies d'utilité publique <sup>787</sup>.

Le PMSI continua de se développer dans les années qui suivirent cette décision. Le bénéficiaire d'une telle sûreté devint indistinctement le vendeur des biens grevés ou celui en ayant financé l'acquisition <sup>788</sup>. On peut aisément concevoir que, d'une évolution prétorienne tous azimuts de ce concept, plusieurs injustices seraient apparues à l'égard

---

<sup>785</sup> *United States c. New Orleans R.R.*, 79 U.S. (12 Wall.) 362, 364-365, 20 L. Ed. 434, 436 (1871), telle que citée par G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 745.

<sup>786</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 746. On constate ici l'importance que revêt la distinction entre le *legal title* et le *equitable title* dans la tradition de *common law*. Un tel raisonnement serait impensable en droit civil.

<sup>787</sup> *Ibid.*, p. 748.

<sup>788</sup> *Ibid.*, p. 749.

des créanciers initiaux, titulaires de sûretés grevant les biens à venir du débiteur <sup>789</sup>. C'est ainsi que s'est naturellement policée l'évolution du concept, par l'apparition de limites à son amplitude, imposées par la jurisprudence.

Parmi ces limites, notons ce que l'on désigne comme étant le « *tracing requirement* », c'est-à-dire que les biens acquis subséquentement à l'octroi d'un *mortgage* auxquels prétendent avoir droit les créanciers bénéficiaires d'un *purchase-money interest*, doivent être clairement identifiables et preuve du déboursé des sommes nécessaires à leur acquisition par le créancier doit être faite.

De même, des limites ayant trait aux biens pouvant faire l'objet d'un PMSI furent tracées. En ce qui concerne l'industrie ferroviaire, la Cour suprême des États-Unis avait établi un critère, en vertu duquel la structure permanente des chemins de fers (« *permanent structure* ») était généralement grevée au bénéfice des créanciers bénéficiaires de *mortgages*, et le matériel ferroviaire roulant (« *rolling stock* »), pouvait faire l'objet d'un *purchase money interest*. Cette dichotomie ne fut pas facilement transposable au contexte des biens d'autres types d'entreprises, par exemple de l'industrie manufacturière. Les équipements, les inventaires et les comptes recevables furent particulièrement visés, non sans certaines difficultés, entre autres en raison de la *doctrine of fixtures* (i.e. les immeubles par destination du droit civil) <sup>790</sup>. On parvint à la

---

<sup>789</sup> *Ibid.*

<sup>790</sup> *Ibid.*, p. 754 : « *As to the equipment, indeed, it was frequently easy to say that no recognition of an after-acquired property interest was technically involved : the equipment, on installation in the factory, might well itself have become real property under the doctrine of fixtures and would thus, as "accessions", come automatically under the lien of the mortgage* ». Cette théorie se compare à la notion de l'immeuble par destination du droit civil. On notera que le législateur québécois, lors de la récente réforme du Code civil, en a modifié l'étendue, à l'article 903 C.c.Q. Désormais, « *les meubles utilisés comme machinerie ou outillage dans une entreprise, même lorsqu'ils sont attachés à un immeuble, ne pourront plus être immobilisés. Le législateur explique cette*

conclusion que ces biens pouvaient néanmoins faire l'objet de *purchase money interests*, même s'ils venaient qu'à faire partie de la « structure permanente » d'une usine <sup>791</sup>.

En terminant, il est important de mentionner que les conflits potentiels entre créanciers titulaires de *mortgages* grevant les biens à venir du débiteur et ceux titulaires d'un *purchase money interest* ne furent pas légion. En effet, il semblerait, toujours d'après Gilmore, que les premiers finançaient les dettes à long-terme des entreprises, laissant aux seconds le soin de financer leurs dettes à court terme. Or, les créanciers titulaires de *mortgages* ne produisirent pas de réclamations à l'égard des biens à venir en dehors de l'équipement, laissant aux créanciers titulaires de PMSI le champ libre pour les inventaires et les comptes à recevoir <sup>792</sup>.

Examinons maintenant de quelle manière cette notion fut codifiée par les rédacteurs du Titre 9 du UCC.

### 1.2.2 la place du PMSI dans le Titre 9 du UCC

On a codifié, pour l'essentiel, les critères qui avaient été élaborés par la jurisprudence antérieure. La version antérieure du Titre 9 donnait une définition du PMSI <sup>793</sup>. De cette définition, l'on retient que le PMSI est un *security interest* grevant un bien en faveur du vendeur ou d'une autre personne en ayant financé l'acquisition. Cette définition ne

---

*modification apportée au droit par la perte d'utilité de la catégorie depuis l'introduction de l'hypothèque mobilière. Auparavant, l'immobilisation fictive permettait justement d'étendre l'application de l'hypothèque à l'ensemble des biens d'une entreprise, y compris aux meubles » [références omises]. Voir : S. NORMAND, op. cit., supra note 300, p. 57-58.*

<sup>791</sup> Voir G. GILMORE, op. cit., supra note 133, p. 754 et suiv.

<sup>792</sup> Ibid., p. 778-779.

<sup>793</sup> U.C.C. § 9-107 (1995). La version révisée de l'an 2000 ne pose plus vraiment de définition et prévoit plutôt, de manière plus complexe, la portée d'un PMSI selon les diverses catégories de biens. Voir : U.C.C. § 9-103 (2010) Des auteurs américains déplorent le caractère illisible de cette nouvelle disposition. Voir : L.M. LoPUCKI et E. WARREN, op. cit., supra note 78, p. 334.

présente pas de limite quant aux catégories de biens pouvant faire l'objet d'un PMSI, bien que traditionnellement, l'on ait limité l'application de cette sûreté aux « *goods* »<sup>794</sup>. En revanche, la version révisée du Titre 9 du UCC ne propose plus de définition du PMSI, mais restreint de façon explicite l'application de cette notion aux seuls « *goods* », c'est-à-dire les biens de consommation, l'inventaire, les produits de la ferme et l'équipement. De plus, le PMSI pourra désormais grever tout logiciel dont l'utilisation est reliée aux catégories de biens susmentionnées<sup>795</sup>.

Bien sûr, dans les deux cas, le créancier titulaire d'un PMSI se voit conférer une priorité de rang face à tout autre créancier détenteur d'une sûreté grevant les mêmes biens qui aurait été publiée antérieurement, à condition d'avoir respecté les conditions prescrites à la validité et à l'opposabilité du PMSI. En ce qui a trait au PMSI grevant l'inventaire et les produits de la ferme vivants ou à naître (« *livestock that are farm products* »), le créancier doit publier sa sûreté avant que le débiteur n'entre en possession des biens, ainsi qu'envoyer un avis aux autres créanciers inscrits au registre qui sont titulaires de sûretés grevant des inventaires de même nature, de son intention de se voir conférer un PMSI dans ces dits biens lorsque le débiteur en aura la possession<sup>796</sup>. Pour l'équipement, le créancier dispose d'un délai, soit de 10 jours<sup>797</sup>, soit de 20 jours<sup>798</sup> de la réception des biens par le débiteur pour publier sa sûreté au registre.

---

<sup>794</sup> G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 133, p. 780. Gilmore évoque la possibilité théorique que le PMSI, aux termes du Titre 9 du UCC, puisse grever indistinctement tout type de biens, incluant les « *intangibles* », c'est-à-dire les biens incorporels du droit civil.

<sup>795</sup> U.C.C. § 9-103 (2010).

<sup>796</sup> U.C.C. § 9-324(b), (c), (d) (2010).

<sup>797</sup> U.C.C. § 9-312(4) (1995).

<sup>798</sup> U.C.C. § 9-324(a) (2010).



Enfin, au chapitre des nouveautés, la version révisée du Titre 9 du UCC prévoit une règle de conflit, lorsque le vendeur des biens faisant l'objet d'un PMSI et un autre créancier se prétendent tous deux titulaire d'un PMSI sur les mêmes biens. Cette règle tranche la question de la priorité de rang en faveur du vendeur <sup>799</sup>.

En aucun cas, le « *tracing requirement* » évoqué plus tôt, n'est mentionné. Les commentaires officiels de la version révisée du Titre 9 du UCC indiquent toutefois que « *[t]he concept of [PMSI] requires a close nexus between the acquisition of collateral and the secured obligation. Thus, a security interest does not qualify as a [PMSI] if a debtor acquires property on unsecured credit and subsequently creates the security interest to secure the purchase price* » <sup>800</sup>.

Voyons maintenant ce que les instruments internationaux de l'harmonisation du droit proposent eu égard à la notion de PMSI.

### 1.2.3 le PMSI et les instruments internationaux d'harmonisation du droit

La *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* prévoit des règles semblables au droit américain <sup>801</sup>. Le *Guide législatif sur les sûretés mobilières*, bien que privilégiant l'approche fonctionnelle, propose deux variantes du principe de la garantie de paiement du prix d'acquisition. La première consiste essentiellement à reproduire le modèle américain du PMSI; la seconde à réglementer les sûretés-propriété que sont la réserve de

<sup>799</sup> U.C.C. § 9-324(g)(1) (2010).

<sup>800</sup> *Uniform Commercial Code – Official Text – 2000, Official Comment, supra* note 318, U.C.C. § 9-103 (2000), p. 1608.

<sup>801</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 3, al. IX, 12, 40 et 51.

propriété et le crédit-bail dans le but d'arriver à des fins analogues <sup>802</sup>. La *Loi type de la BERD* fait bande à part en proscrivant ce type de sûreté, au moyen d'un mécanisme similaire à la présomption d'hypothèque, qui interdit la réserve de propriété et la convertit en sûreté <sup>803</sup>.

Si les solutions proposées ne sont pas identiques, d'aucuns ne considèrent que ceux qui financent l'acquisition de biens nécessaire au fonctionnement d'une entreprise méritent une certaine protection.

#### 1.2.4 les assises théoriques du PMSI

Grant Gilmore ne semble pas proposer de justification au soutien de l'inclusion du PMSI au Titre 9 du UCC, en dehors des considérations historiques qu'il expose en retraçant les origines pratiques de la notion, d'abord identifiées par la jurisprudence. Il est toutefois bien conscient des limites qui doivent en cerner l'étendue. Cependant, le bien-fondé même du PMSI ne lui pose aucun doute. Cela semble aller de soit.

L'analyse économique du droit viendra par la suite avancer ses vues sur le sujet. On tenta d'expliquer le PMSI en ce que la priorité conférée au créancier de premier rang est susceptible de présenter un coût de transaction néfaste pour les créanciers subséquents <sup>804</sup>.

Partant, cela nuirait au débiteur dans ses chances, ultérieures au premier financement,

---

<sup>802</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties, supra* note 45, « Chapitre IX. Financement d'acquisitions ».

<sup>803</sup> *Loi type de la BERD, supra* note 51, art. 9.

<sup>804</sup> Rappelons qu'en droit américain, il est loisible au débiteur de conférer une sûreté dont l'assiette soit l'universalité de ses biens, présents et à venir, qui servira à garantir l'universalité de ses obligations présentes et futures. Ces craintes d'un créancier de premier rang omnipotent seraient sans doute moins élevées et moins fondées, si le Titre 9 du UCC en limitait la portée aux seules obligations présentes et futures identifiées. L'adoption du caractère de l'accessoire, du principe de l'indivisibilité et de la notion de la spécialité de la sûreté prennent une nouvelle dimension dans ce contexte. Voir notre discussion à ce sujet, *supra*, Partie I, sous-section III. A. 2.2.

d'obtenir éventuellement crédit d'une autre source pour de nouveaux besoins, dans l'hypothèse où le premier créancier refuse de l'accommoder à ce chapitre. En effet, le créancier de second rang demandera un taux d'intérêt plus élevé et ses coûts de surveillance et de contrôle du comportement du débiteur seront plus élevés, en raison d'une possibilité de collusion entre le débiteur et le créancier de premier rang, dont il pourrait faire les frais. De même, chaque créancier peut présenter des compétences particulières dans le contrôle qu'il est en mesure d'effectuer du comportement du débiteur, les compétences de chacun pouvant s'avérer cumulatives et non pas exclusives ou antagonistes <sup>805</sup>.

On a aussi prétendu que le créancier titulaire d'un PMSI jouirait d'un avantage informationnel comparativement au créancier de premier rang, en regard des besoins économiques du débiteur <sup>806</sup>. D'autre part, ces créanciers subséquents jouiraient d'un tel avantage lorsque la priorité qui leur est conférée est limitée à un projet particulier ainsi qu'à des biens spécifiques <sup>807</sup>.

Ainsi, la mécanique du crédit, aux termes du Titre 9 du UCC, reposerait sur une « réification » des sûretés consenties aux divers créanciers d'un débiteur, qui ferait en sorte que les créanciers disposent de sûretés grevant des biens distincts et identifiables les

---

<sup>805</sup> R.E. SCOTT, *loc. cit.*, *supra* note 31, p. 1797.

<sup>806</sup> H. KANDA et S. LEVMORE, *loc. cit.*, *supra* note 139, p. 2118 : « *We have described early lenders as concerned with risk alteration and later lenders as enjoying informational advantages about the debtor's likely inclination toward risk and sometimes about the debtor's prospective investments. These factors alone suggest that the ideal priority system must balance first-in-time and late-in-time priorities* ». **Contra** : T.H. JACKSON et A.T. KRONMAN, *loc. cit.*, *supra* note 32, p. 1176-1178, en ce qui a trait aux présumés avantages informationnels dont jouiraient les créanciers titulaires de PMSI.

<sup>807</sup> H. KANDA et S. LEVMORE, *loc. cit.*, *supra* note 139, p. 2116 : « *In short, late lenders are likely to be better decision makers if given priority (only) with respect to the project or asset they decide to finance late in time* ».

uns des autres <sup>808</sup>. Chaque créancier serait théoriquement responsable de la surveillance et du contrôle du comportement du débiteur relativement à des catégories identifiées et mutuellement exclusives de biens <sup>809</sup>. Pour cela, la création d'un PMSI est souhaitable, en ce que les créanciers qui financent l'acquisition de certains biens, dont l'équipement, sont spécialisés.

Enfin, la nécessité de limiter la création d'un PMSI à certaines catégories de biens et d'exiger que ces biens soient identifiables pour conférer une validité à cette sûreté reposerait sur un motif d'ordre économique : c'est le système même des priorités temporelles qui serait remis en cause par l'absence d'une telle exigence et, partant, tout l'édifice du crédit garanti qui s'écroulerait, le titulaire d'une sûreté de premier rang ne voyant plus d'avantage à se faire conférer une sûreté, son premier rang devenant purement hypothétique <sup>810</sup>.

De plus, le PMSI, lorsque limité aux biens d'inventaires et aux équipements, ne porterait pas préjudice aux intérêts du créancier initial, cette sûreté étant dès lors bien délimitée.

En raison de la nature des biens grevés, la valeur du prêt faisant l'objet du PMSI sera

---

<sup>808</sup> Le système du Titre 9 du UCC est un système « réifié », bien qu'il soit possible de créer une sûreté grevant l'ensemble des biens présents et futurs du débiteur, visant à garantir toute dette future, à partir d'une seule et unique inscription au système de publicité approprié. Voir : H. KANDA et S. LEVMORE, *loc. cit.*, *supra* note 139, p. 2124-2125 : « *Article 9 itself can be understood as leaning toward a debtor-based regime for the first-in-time lender and an asset-based regime for late-in-time (non-risk altering) favorites. An early lender can create a security interest in virtually all of the debtor's assets by specifying and filing appropriately for all categories of collateral. This security interest can cover future advances and extend to after-acquired property. This arrangement, although nominally asset based, comes close to the fractional debtor-based scheme favored by Alan Schwartz, namely, automatic priority (that is, with no notice requirement) for the first substantial financier* ». Voir aussi R.E. SCOTT, *loc. cit.*, *supra* note 31, p. 1796.

<sup>809</sup> Cette idée a beaucoup à voir, croyons-nous, avec la conception éclatée du droit des biens, qui règne tant en *Common law* traditionnelle qu'en vertu des classifications de biens en plusieurs catégories aux termes du Titre 9 du UCC. Voir notre discussion à ce sujet, *supra*, Partie I, sous-section III. A. 2.1.2.

<sup>810</sup> T.H. JACKSON et A.T. KRONMAN, *loc. cit.*, *supra* note 32, p. 1176-1178.

rarement inférieure à celle desdits biens. Au demeurant, le PMSI ne servirait pas à financer des projets présentant des risques élevés, que le créancier initial risquerait de ne pas approuver. Ce n'est généralement que la continuation d'une entreprise déjà commencée. La valeur des biens faisant l'objet d'un PMSI représenterait généralement une portion infime de la valeur de l'ensemble des biens du débiteur et de sa dette totale<sup>811</sup>. Pareille limitation viserait par ailleurs à décourager le surendettement du débiteur<sup>812</sup>.

Suivant ces préceptes, on a critiqué, lors de la réforme, certaines modifications proposées au Titre 9 du UCC en regard de l'élargissement de la portée du concept du PMSI (mais qui ne furent pas adoptées). Plus on en élargit les limites, moins il s'avère possible de justifier cette exception au principe de l'ordre du temps. Il risque en effet de se créer un système parallèle privé de divulgation, en raison de la perte de crédibilité associé au système public de publicité des droits. Cet élargissement du PMSI serait largement tributaire du lobbying exercé par les associations de créanciers intéressées à se prévaloir de ce mécanisme<sup>813</sup>.

Pour ces raisons, on a proposé sans détour l'abrogation du PMSI<sup>814</sup>. Il semble toutefois improbable que cette sûreté disparaisse dans un avenir prochain, notamment en raison d'un attachement désormais historique à son endroit<sup>815</sup> et des pressions politiques

---

<sup>811</sup> A. SCHWARTZ, *loc. cit.*, *supra* note 30, p. 222, 242-243, 253.

<sup>812</sup> H. KANDA et S. LEVMORE, *loc. cit.*, *supra* note 139, p. 2116.

<sup>813</sup> R.E. SCOTT, *loc. cit.*, *supra* note 31, p. 1832.

<sup>814</sup> J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 34, p. 545-548, 560-563.

<sup>815</sup> A. SCHWARTZ, *loc. cit.*, *supra* note 30, p. 241.

exercées par les lobbyistes. Pour d'autres, le PMSI ne pose pas une menace aussi criante au crédit garanti et il ne faudrait pas en faire tout un plat <sup>816</sup>.

Nous allons maintenant brosser un tableau comparatif des mécanismes existant en droit civil québécois, qui poursuivent des objectifs similaires.

#### 1.2.5 comparaisons entre le PMSI et les mécanismes mis en place par le *Code civil du Québec* visant l'atteinte d'objectifs analogues

Civil law countries generally do not offer special priority for purchase-money lenders. There is a limited vendor's lien, but this priority may be better appreciated as part of a contractual regime that uses specific performance (and hence repossession rather than a suit for damages after a buyer's breach) as its centerpiece. <sup>817</sup>

The easiest way to do this is to recognize arrangements that call for the retention of title by the lender. It is therefore arguable that civil law countries are in fact more sympathetic to private agreements to give priority to later lenders. <sup>818</sup>

Hideki KANDA et Saul LEVMORE

Le concept du PMSI n'existe pas nommément en droit civil. Nous étudierons les principaux mécanismes édictés par le législateur visant l'atteinte d'objectifs analogues. Nous verrons, dans un premier temps, qu'une sûreté légale est établie en faveur du vendeur impayé d'un bien meuble à une « *personne physique qui n'exploite pas une entreprise* » [a]. En second lieu, le vendeur d'un bien meuble peut jouir, à certaines conditions, d'une hypothèque visant à garantir le paiement du prix de vente, laquelle bénéficie d'une antériorité de rang du seul fait de son inscription [b]. Nous verrons que le mécanisme de l'inscription « globale » de réserves de propriété (et d'autres sûretés-

<sup>816</sup> L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 470-471.

<sup>817</sup> H. KANDA et S. LEVMORE, *loc. cit.*, *supra* note 139, p. 2140 (note 88).

<sup>818</sup> *Ibid.*, note 89.

propriété) faisant l'objet d'une entente cadre remplit une fonction de sûreté analogue à celle du PMSI [c]. Enfin, nous envisagerons une solution alternative à celle adoptée par le législateur québécois [d].

a) priorité du vendeur impayé

L'article 2651 C.c.Q., 2<sup>e</sup> alinéa, confère une priorité au vendeur impayé pour le prix du meuble vendu à un particulier. Cette priorité est une sûreté occulte, en ce qu'aucune formalité de publicité ne lui est associée<sup>819</sup>. Puisque aucune priorité ne peut être invoquée par le vendeur d'un bien meuble à une personne morale ou à une personne physique exploitant une entreprise<sup>820</sup>, cette notion est nécessairement plus limitée que celle du PMSI. Le vendeur peut toutefois bénéficier d'une hypothèque garantissant le paiement du prix de vente, jouissant d'une antériorité de rang du seul fait de son inscription.

b) hypothèque du vendeur en garantie du prix de vente

L'article 2954 C.c.Q. confère à l'hypothèque du vendeur d'un bien meuble une antériorité de rang sur toute hypothèque antérieurement publiée et grevant les biens meubles présents et à venir du débiteur, à condition que cette hypothèque soit créée dans l'acte de vente et publiée dans les quinze jours de la vente. Les *Commentaires du ministre de la Justice* figurant sous cette disposition nous indiquent qu'une fois ce délai expiré, « l'hypothèque du vendeur prend rang suivant les règles applicables à toute autre

---

<sup>819</sup> P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 2.14, p. 81.

<sup>820</sup> *Ibid.*, n° 2.21, p. 89.

*hypothèque* »<sup>821</sup>, c'est-à-dire selon l'ordre du temps. L. Payette suggère que cette règle s'inspire de la notion de PMSI, bien que techniquement, elle se montre plus restrictive. En outre, « *il semble bien que l'article ne laisse pas place à la création d'une hypothèque sur biens présents et futurs à être acquis dans le cadre d'une entente cadre entre un vendeur et un acquéreur* »<sup>822</sup>. Les *Commentaires du ministre de la Justice*, de leur côté, ne font aucune référence à un tel emprunt législatif à la notion de PMSI par le législateur québécois, en ce qui a trait à l'édiction de l'article 2954 C.c.Q. On y indique plutôt qu'il s'agit d'une transposition d'une règle applicable aux hypothèques immobilières (art. 2948 C.c.Q.). Qu'importe l'origine de la source, l'on peut aisément conclure que cette disposition est beaucoup plus limitée, techniquement, que ne l'est le PMSI, dont elle ne serait qu'un pâle reflet, étant donné l'impossibilité de publier effectivement une entente cadre. L'inscription globale de réserves de propriété viendrait remédier à ce problème.

c) inscription globale de réserves de propriété et d'autres sûretés-propriété

On pourrait donc croire, en se fiant aux seules dispositions traitant de la priorité et de l'hypothèque du vendeur, que le législateur québécois est plus scrupuleux que les législateurs des provinces canadiennes-anglaises ou des différents États américains, dans le respect qu'il porte à la règle de l'ordre du temps. Or, il n'en est rien.

L'article 2961.1 C.c.Q. permet l'« inscription globale » de réserves de propriété, de facultés de rachat, de crédits-baux et de baux à long terme (c'est-à-dire de plus d'un an),

<sup>821</sup> QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1858.

<sup>822</sup> L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 123, n° 623, p. 199. Voir aussi : Aline GRENON, « Major Differences Between PPSA Legislation and Security over Movable in Quebec under the New Civil Code », (1996) 26 *Can. Bus. L.J.* 391, 400-402.



ainsi que leur cession, portant sur une universalité de biens meubles de même nature, prévue dans une entente cadre intervenue à cet effet entre deux parties. Il peut donc s'agir de plusieurs transactions successives portant sur des biens de même nature. On notera qu'une seule inscription suffit, même s'il y a conclusion de plusieurs transactions à répétition.

Les parallèles entre cette disposition et la notion de PMSI sont évidents et furent déjà relevés par la doctrine <sup>823</sup>. On a suggéré que cette version civiliste du PMSI possède des contours beaucoup plus vagues et imprécis que le PMSI proprement dit, laissant une large place à l'interprétation et, partant, à l'incertitude. Dans le cadre du présent texte, nous limiterons notre analyse au cas de la vente à tempérament, en indiquant les parallèles à établir avec le crédit-bail et le bail à long terme, car le Code civil lui-même distingue ces mécanismes à plusieurs égards, la principale distinction assujettissant l'exercice des recours du vendeur à tempérament aux droits hypothécaires, alors que ceux du crédit-bailleur et du locateur ne le sont pas <sup>824</sup>.

---

<sup>823</sup> Sterling H. DIETZE, « Recent Developments in Secured Financing by Way of Instalment Sale, Leasing and Lease », (1999) 59 *R. du B.* 1, 30-32.

<sup>824</sup> Le législateur n'a pas eu la main heureuse, par ailleurs, dans le choix des termes décrivant les droits du vendeur, du crédit-bailleur ou du locateur, surtout en matière de publicité. Ainsi, pour la vente à tempérament, c'est la « réserve de propriété » qui doit être publiée pour être opposable aux tiers (C.c.Q., art. 1745) ; dans le cas du crédit-bail, ce sont les « droits de propriété » du crédit-bailleur (C.c.Q., art. 1847) ; enfin, dans le cas du locateur, ce sont les « droits résultants du bail » (C.c.Q., art. 1852). De plus, les conséquences de la non publication à l'intérieur du délai de grâce de quinze jours ne sont pas précisées de la même manière pour chacun de ces régimes, quand ils le sont. Une controverse jurisprudentielle fit rage, dans un contexte de faillite, pour déterminer l'effet de la non publication ou d'une publication tardive, eu égard aux tiers et au syndic de faillite. Initialement considéré comme un délai de rigueur et de déchéance de droit par la jurisprudence majoritaire, la Cour suprême mit fin au débat, en statuant que le droit de propriété est reconnu aux termes du Code civil ; partant, c'est ce droit qui est opposable aux tiers et au syndic de faillite qui, dans ce cas, n'est pas un tiers, mais succède au failli. Le registre des droits personnels et réels mobiliers n'est pas un registre de titres, alors cette notification n'est pas prépondérante. Notons toutefois que, pour la vente à tempérament, depuis la modification à la définition du terme « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, en 2001, le vendeur est traité comme

La doctrine n'a pas manqué de souligner que ce mécanisme présente toutes les caractéristiques d'une sûreté réelle mobilière. Sa « *seule raison d'être* [est] *d'assurer le paiement du prix* »<sup>825</sup>. Paradoxalement, la vente à tempérament deviendrait, *ipso facto*, aux termes des articles 1745 et 2961.1 C.c.Q., un droit réel accessoire<sup>826</sup>, puisque la réserve de propriété s'éteint après parfait paiement du prix de la vente.

Il n'y a pas de formalisme de constitution. Aucun écrit n'est exigé<sup>827</sup>. Dans le cas de la vente à tempérament, à l'inverse de l'hypothèque mobilière sans dépossession, toute personne peut en devenir partie à titre de vendeur ou d'acheteur<sup>828</sup>, même une personne physique qui n'exploite pas une entreprise, dans les limites permises quant aux catégories de biens pouvant être grevées, ce qui suscita l'étonnement, compte tenu des restrictions initialement posées par l'article 2683 C.c.Q. relativement à la constitution par un particulier d'une hypothèque mobilière sans dépossession<sup>829</sup>. D'autre part, les articles 1745 et 2961.1 C.c.Q. se limitent initialement aux seuls vendeurs de biens. Les autres prêteurs, des institutions financières par exemple, ne pourront s'en prévaloir qu'à titre de

---

un créancier hypothécaire (ou garanti) et non pas comme un propriétaire. Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. B. 2.2, concernant l'approche du *Code civil du Québec* aux priorités, hypothèques et sûretés-propriété. Voir, pour un historique du débat : François BROCHU, « La crise d'adolescence du RDPRM », (2002) 104 *R. du N.* 323; Pierre DUCHAINE, « Le locateur à long terme d'un bien meuble doit-il publier le bail afin que son titre de propriété soit opposable aux tiers ? », (2002) 104 *R. du N.* 529; Louis PAYETTE, « La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers », (2002) 62 *R. du B.* 1. Voir enfin les décisions citées, *supra*, note 258.

<sup>825</sup> L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 386, n° 2032, p. 885.

<sup>826</sup> *Ibid.*, n° 2035, p. 887.

<sup>827</sup> *Ibid.*, n° 2041 (note 2761), p. 891.

<sup>828</sup> C.c.Q., art. 1745. Dans le cas du crédit-bail, il ne peut être consenti qu'à des fins d'entreprise, mais cela n'exclut pas la personne physique qui en exploite une. C.c.Q., art. 1842. Enfin, le bail à long terme (i.e. de plus d'un an) portant sur un véhicule routier ou pour le service ou l'exploitation d'une entreprise est soumis à la publication, mais la personne physique n'en est pas exclue non plus. C.c.Q., art. 1852.

<sup>829</sup> L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 386, n° 2048, p. 894-895.

cessionnaires de droits du vendeur et toute telle cession devra être publiée aux termes du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 1745 C.c.Q. Cet obstacle est facilement contourné. Ainsi, le vendeur ou tout financier ayant prêté les fonds nécessaires à l'acquisition du bien, pourront bénéficier de cette sûreté. Il n'est pas nécessaire, par ailleurs, de mentionner au Registre des droits personnels et réels mobiliers, le montant affecté aux biens grevés aux termes de ladite vente, contrairement au principe de la spécialité de l'hypothèque énoncé en partie à l'article 2689 C.c.Q. Il en est de même pour les crédits-baux et baux à long terme.

En vertu de l'article 1745 C.c.Q., il n'y a pas de limite quant aux biens pouvant en faire l'objet. Outre les véhicules routiers et les autres biens meubles déterminés par règlement, on retrouve à cette disposition la présence d'une catégorie de biens résiduaire, à savoir les biens meubles « *acquis pour le service ou l'exploitation d'une entreprise* ». Cela peut s'avérer très large<sup>830</sup>. L'article 2961.1 C.c.Q. permet de créer une sûreté grevant ce que l'on peut tenter d'assimiler à une universalité de biens présents et futurs, dont le vendeur se réserve la propriété aux termes d'un seul contrat cadre couvrant l'ensemble des ventes à tempérament qui interviendront successivement entre deux parties<sup>831</sup>. La même logique s'applique *mutatis mutandis* aux crédits-baux et baux à long terme. On note cependant une incertitude quant à la possibilité de grever effectivement l'universalité des biens futurs se transigeant à l'intérieur des paramètres d'un contrat cadre constitutif<sup>832</sup>.

La réserve de propriété ainsi publiée n'est pas opposable aux tiers qui acquièrent l'un des

---

<sup>830</sup> S.H. DIETZE, *loc. cit.*, *supra* note 823, p. 29. Il existe en effet un débat, en droit québécois, consistant à savoir si le concept des biens vendus dans le cours des activités de l'entreprise couvre non seulement les inventaires, mais également les équipements.

<sup>831</sup> L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 386, n<sup>os</sup> 2029, 2036-2044, p. 882, 888-893.

<sup>832</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 2047, p. 894.

biens qui en fait l'objet dans le cours des activités de l'entreprise de son « vendeur »<sup>833</sup>. Troncature naturelle portée au droit de suite que connaît l'hypothèque, qui ne transposerait cependant pas la notion de « report » de la réserve de propriété sur le produit de la vente<sup>834</sup>. Enfin, en cas de défaut de l'acheteur, le vendeur, aux termes d'une vente à tempérament, doit exercer ses recours de la manière prévue en matière hypothécaire, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés pratiques et conceptuelles<sup>835</sup>. Le crédit-bailleur et le locateur ne sont pas tenus de suivre les prescriptions du régime hypothécaire dans l'exercice de leurs droits et recours.

Il n'y a pas de mécanisme de notification préalable à la constitution de cette sûreté, servant à aviser les créanciers de rangs antérieurs, contrairement à ce qui prévaut dans le cas du PMSI pour les biens d'inventaire, en droit américain<sup>836</sup>. À l'inverse du Titre 9 du UCC, le Code civil ne formule aucune exigence à l'effet que le débiteur (dans notre cas, l'acheteur, le crédit-preneur ou le locataire) doive entrer en possession des biens, pour les biens autres que ceux d'inventaire, à l'intérieur d'un certain délai après la publication de la réserve de propriété, des droits de propriété du crédit-bailleur ou des droits résultant du bail à long terme. Les articles 1745, 1847 et 1852 C.c.Q. réfèrent seulement à un délai de publication « dans les quinze jours » de la vente, du crédit-bail ou du bail. Enfin, pour compléter le tableau, la vente à tempérament ne couvrirait pas tout le champ des réserves de propriété. On soutient qu'il serait par conséquent possible de créer certaines réserves de propriété à des fins de sûretés qui ne seraient pas soumises aux exigences de publicité

---

<sup>833</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 2084, 2116-2117, p. 914-915, 930-931.

<sup>834</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 2116, p. 930.

<sup>835</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 2101-2112, p. 923-927.

<sup>836</sup> S.H. DIETZE, *loc. cit.*, *supra* note 823, p. 31.

du régime des ventes à tempérament <sup>837</sup>. Notons cependant qu'en pratique, ces craintes ne se sont pas avérées.

On constate donc que ces dispositions législatives permettant l'inscription globale de réserves de propriété ne pèchent pas par excès de cohérence. Nous allons procéder à leur analyse critique.

d) critique des solutions mises en place par le législateur québécois et solution alternative

On aura tôt fait de remarquer que l'effet combiné des articles 1745 et 2961.1 C.c.Q. est de conférer une super-priorité au créancier vendeur, au mépris du principe de l'ordre du temps <sup>838</sup>. On peut critiquer l'apparition de ce mécanisme de l'inscription globale de réserves de propriété sous deux angles principaux. D'abord, sous l'angle économique [i]; ensuite, du point de vue technique et conceptuel [ii]. Cette dernière analyse nous amènera à identifier une solution alternative [iii].

i) critique économique

On peut s'interroger sur les effets de ce mécanisme du droit civil québécois qu'est l'inscription globale des réserves de propriété.

La crainte affichée d'un créancier de premier rang tout-puissant, bloquant l'accès du débiteur à de nouvelles sources de financement, existe aussi en droit civil. La règle de la spécialité de l'hypothèque y apporterait cependant un léger tempérament. On pourrait soutenir que l'adoption rigide du principe de l'ordre du temps, ne souffrant pas

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 9-10 et 20. On se demande, dans ce cas, quelle serait l'utilité de l'article 1801 C.c.Q., si cette interprétation était la bonne.

<sup>838</sup> *Ibid.*, p. 30.

d'exception, soit la meilleure solution <sup>839</sup>. Cependant, s'il faut accorder une priorité de rang à des créanciers subséquents, en raison d'un mode particulier de financement et des exigences qui y sont rattachées, autant le faire à l'intérieur de balises bien fixées. La réglementation posée par le *Code civil du Québec* n'est pas aussi claire que celle du droit américain. Dans cette optique, on pourrait délimiter les catégories de biens pouvant en faire l'objet. D'autre part, il faudrait prévoir un mécanisme de notification aux créanciers de rang antérieur détenant des sûretés de premier rang sur les biens que l'on se propose de grever. On sait que l'objectif d'une telle notification est de permettre au créancier de premier rang d'être informé avant la constitution effective d'une telle super-priorité, donc avant qu'elle ne lui soit opposable. Cela lui permet, le cas échéant, d'exercer ses recours contre le débiteur ou de cesser d'en assurer le financement, dans la mesure où cela contreviendrait à une clause restrictive aux termes de la convention de prêt hypothécaire de premier rang. Cela peut contribuer à éviter le surendettement du débiteur et à préserver le gage commun des créanciers, dont le gage particulier du créancier de premier rang.

D'un point de vue technique et conceptuel, l'inscription globale de réserves de propriété soulève plusieurs difficultés.

ii) critique technique et conceptuelle

Au strict point de vue technique, nous avons vu les problématiques que soulève le mécanisme de l'inscription globale de réserves de propriété successives, aux termes d'une convention cadre. Problématique de droit de suite, de report de la sûreté sur le produit de la vente du bien grevé aliéné dans le cours des activités de l'entreprise du

---

<sup>839</sup> Voir, en ce sens, J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 34.

« vendeur ». Absence de formalités de constitution, absence de règle de spécialité. Grande permissivité quant à la possibilité pour une personne physique de consentir une telle sûreté, contrairement au régime hypothécaire qui se montre, en principe, plus rigide à son endroit <sup>840</sup>. Absence d'uniformité et d'exhaustivité des règles en matière de publicité. Difficile arrimage avec les recours hypothécaires auxquels les réserves de propriété sont désormais assujetties, contrairement aux crédits-baux et baux.

D'un point de vue conceptuel, l'étude de ce cas de figure dépasse la seule question de l'ordonnement des priorités entre les créanciers. C'est toute la problématique que pose la manipulation du droit de propriété utilisé à des fins de sûretés et de sa réglementation qui est ainsi soulevée, dans un contexte de droit civil <sup>841</sup>.

En effet, on peut certes se réjouir de la nécessité de publier les droits résultants des sûretés-propriété. Cependant, la conséquence directe et immédiate de la réglementation partielle du droit de propriété à des fins de sûretés est l'apparition de plusieurs régimes de sûretés fonctionnant en parallèle au régime hypothécaire. On a craint que l'on puisse remettre en cause l'utilité de l'institution même de l'hypothèque, dont les formalités étaient, jusqu'à récemment, plus contraignantes <sup>842</sup>. On a en effet soutenu que les créanciers, pouvant alors se prévaloir de propriété-sûretés réglementées, seraient

---

<sup>840</sup> Ce qui n'est pratiquement plus le cas aujourd'hui, suite à l'adoption de l'article 2684.1 C.c.Q.

<sup>841</sup> On a résumé les diverses techniques existant pour assurer la réglementation, en droit civil, des mécanismes de propriété à des fins de sûreté, dans M.G. BRIDGE *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 654-656.

<sup>842</sup> P. Ciotola a en effet signalé ce danger, notamment quant à l'utilisation de l'aliénation fiduciaire à des fins de sûreté. Voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 3.69, p. 279. M. Deschamps illustre fort éloquemment cette proposition, lorsqu'il compare le mécanisme de la fiducie à celui de l'hypothèque. Voir : M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 386, p. 139-144.

certainement tentés d'utiliser davantage ces mécanismes au détriment de l'hypothèque. Observons toutefois qu'en pratique, ce ne fut pas le cas, du moins pour les entreprises.

Kanda et Levmore ont cependant raison de soutenir que les pays de tradition civiliste sont plus sympathiques à l'établissement d'une super-priorité en faveur de prêteurs subséquents par la voie des propriété-sûretés<sup>843</sup>. Quoi qu'il en soit, dans le contexte du droit civil québécois, il est possible d'envisager une solution alternative, qui permettrait de conférer une priorité au vendeur de biens d'inventaire ou d'équipements, analogue au concept de PMSI.

### iii) solution alternative

On pourrait envisager de conférer une priorité spéciale aux créanciers qui financent l'acquisition des biens d'inventaire ou de l'équipement destinés à l'exploitation d'une entreprise. Pour ce faire, le mécanisme de l'hypothèque serait parfaitement adapté. Une disposition spéciale eu égard au rang de l'hypothèque couvrant de tels biens, pourrait régler la question. L'exemple de la priorité de rang conférée à l'hypothèque légale de la construction trace la voie (art. 2952 C.c.Q.). D'autre part, il y aurait uniformisation des règles de constitution et des mécanismes de recours. Le caractère spécial de la sûreté serait préservé. Les notions de droit de suite et de report sont parfaitement articulées dans ce contexte, en raison du régime hypothécaire qui le sous-tendrait. Enfin, les recours hypothécaires ne soulèveraient pas de problématique d'ordre conceptuel ou pratique. Le droit de propriété, associé aux réserves de propriété utilisées à des fins de

---

<sup>843</sup> C'est également le cas en droit français. Voir : Y. PICOD, *op. cit., supra* note 8, p. 239, 449-477. Ainsi, en raison de la prolifération des sûretés réelles et de l'effet des procédures collectives sur le droit de préférence normalement associé à la sûreté, les créanciers désirent échapper à la loi du concours : les garanties favorisant l'*exclusivité* sont privilégiées face à celles ne conférant qu'une simple *préférence*.



sûretés, ne deviendrait pas *ipso facto* un droit réel accessoire, contrairement à toute logique. Cette solution est possible : la *Loi type de la BERD* l'entérine<sup>844</sup>. Mais cette solution n'est certainement pas à l'ordre du jour, maintenant que la jurisprudence a précisé les contours des propriété-sûretés en droit civil québécois<sup>845</sup>.

Le PMSI et ses variantes civilistes ne constituent pas les seules exceptions au principe de l'ordre du temps. Le créancier gagiste bénéficie souvent, lui aussi, d'un traitement de faveur.

### 1.3 d'une seconde exception : le gage

Le gage, sûreté avec dépossession, bénéficie habituellement d'une priorité, afin d'assurer la fonction privative de la dépossession.

À la fois mécanisme de constitution et de publicité du gage, la dépossession opère une fonction qualifiée de traditionnelle chez les uns<sup>846</sup> et de modèle chez les autres<sup>847</sup>. Dans le gage traditionnel ou modèle, la dépossession rencontre deux objectifs qui sont décrits systématiquement par la doctrine française.

En premier lieu, la dépossession est une mesure de constitution, qui est parfaite par la remise du bien au créancier gagiste. C'est un déplacement de la détention du bien du constituant au créancier gagiste et, parfois, à un tiers convenu dans le cadre de l'entiercement. Traditionnellement, cette dépossession au profit du créancier gagiste lui assure la possibilité d'exercer le droit de rétention du bien nanti, non seulement à

<sup>844</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 9 et 17.3.

<sup>845</sup> Voir les décisions citées, *supra*, note 258.

<sup>846</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 664, p. 531.

<sup>847</sup> Dominique LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002, n° 374, p. 298.

l'encontre du constituant, mais aussi des créanciers de ce constituant. Elle permet donc au créancier gagiste de faire obstacle aux recours que peuvent exercer les autres créanciers, chirographaires ou privilégiés, en leur opposant le droit de retenir le bien sous réserve d'être désintéressé.

En second lieu, puisqu'elle a pour effet de priver le constituant de la détention du bien grevé, la dépossession est une mesure de publicité : elle informe les tiers de l'existence du contrat de gage<sup>848</sup>. La doctrine française lui attribue principalement un « *rôle de publicité matérielle* »<sup>849</sup>. Cette fonction privative confère habituellement au créancier gagiste un privilège opposable aux tiers, permettant ainsi son plein accomplissement. C'est une mesure de protection contre la fraude et le détournement du bien mis en gage, qui « *protège le créancier gagiste contre un risque de détournement du gage par le constituant* »<sup>850</sup>, qui « *évite les gages généraux, grevant un ensemble de biens indifférenciés* »<sup>851</sup>, qui contraint le constituant à la prudence lors du dessaisissement, l'invitant ainsi à une meilleure compréhension de la gravité du geste posé et de ses conséquences. La dépossession devient donc l'acte fondateur du gage ainsi qu'une formalité de protection du constituant<sup>852</sup>.

---

848 *Ibid.*, n° 382, p. 301.

849 M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit. supra* note 124, n° 665, p.532.

850 Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Éditions Cujas, 8<sup>e</sup> éd., 1996, n° 506, p. 188.

851 *Ibid.*

852 P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit., supra* note 344, n° 602, p. 501-502. Voir, en droit américain : L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit., supra* note 78, p. 327-333, 341; J.J. WHITE et R.S. SUMMERS, *op. cit., supra* note 472, p. 769-778.

Le droit américain ne confère pas de priorité au simple créancier gagiste, qui détient des biens autres qu'un compte bancaire<sup>853</sup>, des valeurs mobilières ou titres intermédiés<sup>854</sup>, le droit au produit d'une lettre de crédit<sup>855</sup>, un *chattel paper* ou titre négociable<sup>856</sup>. En revanche, pour les sûretés constituées sur ces biens par la maîtrise ou le « contrôle », priorité de rang est conférée au créancier. Le créancier qui acquiert le « contrôle » en devenant titulaire du droit primera tous les autres; celui qui détient le « contrôle », sans être titulaire du droit, primera ceux qui ne le détiennent pas; le créancier en possession d'une valeur représentée par certificat primera un créancier dont la sûreté est inscrite au registre, même s'il n'en détient pas le « contrôle ». En résumé, la titularité du droit prime toute autre forme de contrôle; le « contrôle », par convention, prime la simple détention et l'inscription; la simple détention prime l'inscription.

Le régime québécois, depuis l'adoption de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, est au même effet<sup>857</sup>. Le gage portant sur des biens autres que des valeurs mobilières et des titres intermédiés, régi par le régime général des articles 2702 et suivants du Code civil, ne jouit cependant d'aucun privilège ou priorité, pas plus qu'un droit de rétention ne lui est conféré, contrairement au gage de l'ancien Code<sup>858</sup>. Notons toutefois que dans ce dernier cas, la fonction privative est accomplie par la remise matérielle d'une chose corporelle ou d'un titre négociable.

---

<sup>853</sup> U.C.C. § 9-327 (2010).

<sup>854</sup> U.C.C. § 9-328 (2010).

<sup>855</sup> U.C.C. § 9-329 (2010).

<sup>856</sup> U.C.C. § 9-330 (2010).

<sup>857</sup> C.c.Q., art. 2714.2 et 2714.4. L'hypothèque mobilière avec dépossession consentie en faveur d'un courtier en valeurs mobilières sur un compte de titre prime toutes les autres hypothèques. C.c.Q., art. 2714.3. Sur ces questions, voir : M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 83, p. 560-565.

<sup>858</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92, p. 33, 40-51.

La *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, qui ne prévoit pas de régime spécial relativement aux valeurs mobilières et titres intermédiés, confère toutefois priorité de rang au titulaire d'une sûreté avec dépossession sur le produit de disposition d'une lettre de crédit <sup>859</sup>. La *Loi type de la BERD* confère priorité de rang, sans égard à l'ordre du temps, au créancier en possession de titres négociables <sup>860</sup>. Enfin, le *Guide législatif sur les opérations garanties* recommande l'adoption de principes similaires à ceux du droit américain, aux termes de la *Convention de Genève sur les titres*, pour les valeurs mobilières et titres intermédiés. Il ne traite pas de ce genre de biens. Cependant, il prévoit des règles particulières en matière de priorité pour les sûretés grevant des titres négociables, un compte bancaire, des espèces, le droit au produit d'une lettre de crédit. Ces règles sont inspirées du droit américain <sup>861</sup>.

À l'exception du gage au principe de l'ordre du temps, s'ajoute celle de plusieurs sûretés légales.

#### 1.4 d'une troisième exception : les sûretés légales

Nous n'allons pas discuter des questions entourant les sûretés légales. Bien que certaines d'entre elles suivent l'ordre du temps et doivent être inscrites à un registre pour être opposables, plusieurs sont occultes et font fi de l'ordre du temps. Nous avons déjà commenté cette situation <sup>862</sup>.

---

<sup>859</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 52.

<sup>860</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 17.4.

<sup>861</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre V. Priorité d'une sûreté réelle mobilière », p. 52-54 (Recommandations 101 à 109).

<sup>862</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section III. A. 1.1.

1.5 d'une quatrième exception : les droits et priorités des autorités fiscales

Les droits et priorités des autorités fiscales sont des formes particulières de sûretés légales. Le même commentaire que celui formulé à l'égard de ces sûretés s'applique ici.

1.6 d'une cinquième exception : les droits et priorités découlant des procédures collectives des créanciers

Enfin, sans reprendre la discussion à ce sujet, on ne peut passer sous silence l'impact des procédures collectives sur le rang des sûretés conventionnelles. D'une part, ces procédures diminuent l'efficacité des sûretés, en suspendant les recours des créanciers garantis; d'autre part, la valeur des sûretés conventionnelles peut s'en trouver affectée. De plus, la modification de l'ordre de priorité prévu dans le régime de sûreté, par l'octroi de privilèges ou de priorités en faveur d'autres catégories de créanciers, présente un impact majeur quant à l'effectivité des sûretés mobilières conventionnelles <sup>863</sup>.

\* \* \*

Cet exposé permet de réaliser que, si tous s'entendent pour ériger en principe l'ordre de collocation des créanciers en fonction de la date et de l'heure de la publication de la sûreté, force est de constater qu'un sentiment d'impuissance ou de résignation règne à ce sujet. En effet, les justifications apportées aux exceptions ne reposent sur aucune démonstration scientifique probante <sup>864</sup>. On privilégie différents créanciers; on ne tient pas compte de la cohérence intrinsèque du régime; on reproduit, à grande échelle, les principes du droit américain. Le principe de l'ordre du temps bat de l'aile. Par

---

<sup>863</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. A. 2.3.

<sup>864</sup> J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 34.

conséquent, il n'est pas exagéré de parler du « *leurre de la collocation chronologique selon la date de l'inscription au registre* »<sup>865</sup>. Nous sommes loin des propositions faites par les réformateurs de tout acabit afin de réduire les exceptions au strict nécessaire.

Cette complexité des règles de priorités entre les créanciers se reflète en matière de publicité des droits, dont nous allons maintenant étudier les principes fondamentaux.

## 2. Les principes fondamentaux en matière de publicité des sûretés mobilières conventionnelles

Notre discussion des principes directeurs en matière de publicité des sûretés mobilières conventionnelles ne se veut pas la reprise de ce que nous avons exploré précédemment lors de notre examen des mécanismes de publicité<sup>866</sup>. Nous allons cependant compléter cet exposé en traitant des règles de conflit de lois, qui ont leur importance tant en ce qui concerne la constitution que la publicité d'une sûreté [2.1]. L'harmonisation de ces règles constitue d'ailleurs l'une des clefs de l'harmonisation du droit des sûretés. Nous retiendrons par la suite les principaux éléments du fonctionnement d'un système de publicité moderne, fondé sur le principe de l'inscription à un registre mobilier unitaire et centralisé [2.2]. Nous verrons, en dernier lieu, que le système de publicité moderne tend néanmoins à régresser et à souffrir de la renaissance de la publicité par dépossession, principalement fictive [2.3].

### 2.1 des règles de conflits de lois

Les règles de conflits de lois permettent de déterminer la loi qui régira la constitution d'une sûreté et sa publicité. Si de telles règles ne sont pas nécessaires dans le cas d'une

---

<sup>865</sup> P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 345.

<sup>866</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section III. A. 1.3.2.

sûreté sur un immeuble, parce que la loi du *situs* s'y appliquera, il en ira autrement pour les biens meubles qui, par définition, sont mobiles, et peuvent ainsi passer d'une juridiction à l'autre.

Lorsqu'une entreprise et ses biens sont localisés dans une seule juridiction et que l'entreprise ne fait des affaires que dans cette juridiction, la loi de cette juridiction devrait normalement s'appliquer à la constitution et à la publicité de sûretés sur ses biens.

Cependant, lorsqu'une entreprise a des biens et fait affaires dans plusieurs juridictions, comment déterminer la loi applicable à la constitution et à la publicité de sûretés ? Les réponses vont varier selon le type de biens grevés et la nature de la sûreté, qu'elle soit avec ou sans dépossession. Les réponses seront fonction, aussi, du facteur de rattachement utilisé <sup>867</sup>.

Une sûreté avec dépossession sur un bien corporel ou un titre négociable ne posera pas de difficulté. Sa constitution et sa publicité obéiront à la loi du *situs* du bien grevé <sup>868</sup>.

---

<sup>867</sup> Nous ne traiterons pas, ici, des règles entourant les biens en déplacement ou en transit, et les questions relatives au changement de nom ou de statut du constituant, qui présentent un impact sur la loi régissant les sûretés. Notons toutefois que les systèmes nord-américains comportent des règles similaires en la matière. Pour un énoncé des règles générales de conflits de lois en matière de sûretés mobilières au Québec et dans une perspective comparatiste nord-américaine, voir : Jeffrey A. TALPIS et Constantine TROULIS, « Conflict of Laws Rules under the Civil Code of Quebec Relating to Security », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents sur l'hypothèque (1997)*, vol. 89, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1997, 187; Jeffrey A. TALPIS, « La reconnaissance et l'exécution des sûretés mobilières étrangères en droit international privé québécois : où en sommes-nous ? », dans *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, 485; Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. II, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2003, p. 353-371, 724-728; Michel DESCHAMPS, « Les conflits de lois en droit des sûretés au Canada et aux États-Unis – Comparaison entre le Code civil du Québec, les PPSAs et le UCC », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit bancaire (2003)*, EYB2003DEV548.

<sup>868</sup> U.C.C. § 9-301(2) et § 9-305(a)(1) (2010) ; C.c.Q., art. 3102 ; LTIRSM, *supra* note 10, art. 69; *Guide législatif sur les opérations garanties, supra* note 45, « Chapitre X. Conflits de lois », p. 7 et

Une sûreté avec dépossession sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés, avant l'avènement de la réforme proposée aux termes des Titres 8 et 9 du UCC et des autres outils d'harmonisation qui ont suivi dans leur sillage, soulevait plus d'incertitudes<sup>869</sup>. En effet, les diverses lois ne permettaient pas de constituer et de publier aisément une sûreté avec dépossession sur un compte de titres. Quelle est la nature d'un tel bien ? Quel en est le *situs* ? Est-ce l'endroit où est situé l'intermédiaire en valeurs mobilières ? Est-ce l'endroit où sont véritablement détenus les titres, à savoir le lieu où est située la chambre de compensation ? Le Titre 9 du UCC a proposé les changements que l'on sait, d'abord en ce qui a trait à l'identification des valeurs ou titres intermédiés et des droits en découlant, ensuite quant à la façon de constituer une sûreté sur ce type de biens. La maîtrise ou le contrôle feront office de modalités de constitution et de publicité. Ainsi, pour une valeur représentée par certificat, la loi du *situs* s'appliquera; pour une valeur non représentée par certificat mais détenue directement, ce sera la loi de l'État de constitution de l'émetteur; enfin, pour un titre intermédié, ce sera la loi désignée par les parties à la convention de compte ou, à défaut, la loi de la situation de l'intermédiaire en valeurs mobilières. Ces règles sont désormais pratiquement identiques en Amérique du Nord, tant en vertu du *Uniform Commercial Code* que des *Securities Transfer Acts* des provinces canadiennes de *common-law* ou du *Code civil du Québec*<sup>870</sup>. Cependant, le

---

23 (Recommandation 203). Curieusement, la *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, ne contient aucune disposition régissant les conflits de lois.

<sup>869</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92, p. 36-40.

<sup>870</sup> U.C.C. § 9-305 (2010) ; C.c.Q., art. 3108.8. Voir aussi : M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 83, p. 567-571.



*Uniform Commercial Code* comporte des règles relatives aux comptes bancaires et aux lettres de crédit, qui ne se retrouvent pas dans les juridictions avoisinantes <sup>871</sup>.

Par ailleurs, une sûreté sans dépossession grevant des biens meubles corporels utilisés dans plus d'un État et celle grevant un meuble incorporel sera régie soit selon la loi de l'État du domicile du constituant, au Québec <sup>872</sup>, soit selon la loi de l'État d'incorporation, aux États-Unis <sup>873</sup>. Le facteur de rattachement américain, plus neutre que celui du domicile permet, dans les États américains, de centraliser les informations relatives à une entreprise figurant tant au registre des entreprises qu'au registre des sûretés. La logique derrière ce critère est de permettre à toute personne intéressée d'effectuer une recherche sur une compagnie en se fiant exclusivement aux informations publiques figurant aux registres <sup>874</sup>. De plus, dans le cas où la loi d'incorporation d'un débiteur ne comporte pas de système de publicité comparable au système américain, le *Uniform Commercial Code* indique alors que la sûreté doit être publiée dans le district de Columbia, aux États-Unis <sup>875</sup>. L'idée, derrière ces principes, est de conférer au système de publicité par inscription toute son importance, mais le système de publicité américain n'entend pas, ce faisant, se conférer une juridiction extraterritoriale qui éliminerait les règles de publicité dans les autres pays <sup>876</sup>.

---

<sup>871</sup> U.C.C. § 9-304 et § 9-306 (2010). Le *Guide législatif sur les opérations garanties* en comporte également. Voir : *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre X. Conflits de lois », p. 24-25.

<sup>872</sup> C.c.Q., art. 3105.

<sup>873</sup> U.C.C. § 9-301 (1) et (3), § 9-307 (2010). Les organisations qui ne sont pas « enregistrées », telles les fiducies ou sociétés, obéissent au critère du lieu de résidence.

<sup>874</sup> L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p.404-414, en particulier à la p. 406.

<sup>875</sup> U.C.C. § 9-307 (c) (2010).

<sup>876</sup> L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p.412-413.

Ce facteur de rattachement américain, plus neutre, ne suscite pas l'adhésion de tous. Ainsi, dans le cadre des travaux de rédaction de la *Convention des Nations Unies sur la Cession de créances*, on opta plutôt pour le critère du lieu de la situation du cédant (ou constituant), qui est celui de son principal établissement, car le critère de la loi d'incorporation ne satisfait pas aux attentes raisonnables des parties<sup>877</sup>. Cela étant, les facteurs de rattachement du Québec et des provinces de *common-law* ne sont pas les mêmes pour une sûreté grevant des créances. Alors que le Québec opte pour la loi du domicile du constituant, soit celle de son siège, les autres provinces optent pour la loi du lieu de son principal établissement (*chief executive office*), qui ne correspond pas nécessairement au lieu du siège<sup>878</sup>. Ainsi, un créancier pourra être tenu de satisfaire aux lois de deux provinces, selon ces règles disparates, qui peuvent provoquer également des conflits en ce qui a trait à l'établissement d'une priorité. La *Convention des Nations Unies sur la Cession de créances* apporte une solution à ces problèmes, en assujettissant la validité, l'opposabilité et la priorité d'une cession de créance, qu'elle soit faite à titre de sûreté ou à titre de cession véritable, à la loi de la situation du constituant. Elle adopte, ce faisant, le critère des PPSAs des provinces canadiennes, qui était anciennement celui utilisé en vertu du Titre 9 du UCC mais qui fut abandonné au profit d'un critère plus neutre de la loi constitutive du constituant<sup>879</sup>. Pour cela, sans doute, la *Convention des*

---

<sup>877</sup> *Convention des Nations Unies sur la Cession de créances*, supra note 79, art. 22. Voir aussi : M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, supra note 82, p. 395. Le même critère est suivi par la *Loi interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et par le *Guide législatif sur les opérations garanties* pour les sûretés sans dépossession sur des biens mobiles et sur des biens incorporels. Voir : LTIRSM, supra note 10, art. 70-72; *Guide législatif sur les opérations garanties*, supra note 45, « Chapitre X. Conflits de lois », p. 24, 27.

<sup>878</sup> OPPSA, art. 7. Ce résultat fut critiqué par : Martin BOODMAN, « Quelques problèmes de publicité à propos de l'hypothèque mobilière », (1995) 1 *C.P. du N.* 435.

<sup>879</sup> L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, supra note 78, p. 407-410.

*Nations Unies sur la Cession de créances* n'a pas reçu encore un large assentiment, du moins celui des américains qui lui donnerait certainement l'impulsion dont elle a besoin.

À côté des valeurs mobilières, titres intermédiés et créances qui, chacun, vont soulever des difficultés quant au choix de la loi applicable pour régir une sûreté les grevant, s'ajoutent les biens mobiles que sont les aéronefs, le matériel ferroviaire roulant et les satellites. La *Convention du Cap (2001)* propose l'établissement d'un régime international pour ce type de biens, avec registre international centralisé à Dublin. L'inscription des droits au registre sera essentielle pour des parties contractantes situées dans des États ayant ratifié cette convention. Cependant, la *Convention du Cap (2001)* n'a pas pour effet de supprimer les sûretés légales pouvant grever de tels biens telles qu'édictées dans les États contractants <sup>880</sup>.

Ainsi, la question de la publicité des droits est fortement influencée par la nature des biens et le mode de constitution de la sûreté qui, à leur tour, sont influencés par l'internationalisation des pratiques commerciales. Sa résolution est simple dans le cas de biens immeubles, meubles corporels ou titres négociables; elle l'est moins dans le cas de valeurs mobilières et titres intermédiés, de créances et de biens mobiles de grande valeur. On envisage alors soit la création de régimes spéciaux à l'interne, soit la conclusion de conventions internationales, soit les deux.

L'établissement de règles de conflits de lois qui soient claires et uniformes encouragera l'essor du crédit garanti, d'une part en rendant la tâche plus facile aux créanciers et emprunteurs pour la constitution et la publication des sûretés, d'autre part pour les tiers et

---

<sup>880</sup> *Supra*, notes 78 et 469.

les créanciers, afin de savoir où effectuer des recherches pour vérifier l'état d'endettement d'un débiteur, le nombre et la nature des sûretés qui affectent ses biens. Bien sûr, ce dernier avantage ne se mesure qu'en fonction d'un régime de publicité fondé sur l'inscription des droits à un registre, dont nous allons maintenant voir qu'il constitue, à l'origine, la prémisse à l'élaboration d'un régime de sûretés moderne.

## 2.2 de la publicité par inscription à un registre : fondement d'un régime de sûretés moderne

Nous allons commenter les principaux éléments du fonctionnement du système de publicité moderne, c'est-à-dire la manière dont sont inscrites les sûretés au registre mobilier, et la fonction dudit registre [2.2.1]. En second lieu, nous exprimerons quelques considérations au sujet de la possibilité d'inscrire une sûreté au registre avant sa constitution [2.2.2].

### 2.2.1 fonction du registre de publicité et inscription des droits

Au Québec autant qu'aux États-Unis, la réforme du droit des sûretés impliqua une réforme majeure des règles de publicité qui prévalaient sous l'ancien droit<sup>881</sup>. D'une multiplicité de registres étalés partout sur le territoire québécois ou américain et s'appliquant à diverses formes de sûretés mobilières sans dépossession aux règles tout aussi diverses, la création d'un registre étatique unique, centralisé et informatisé, permettrait enfin la simplification et l'uniformisation tant souhaitée des règles de constitution et de publicité des sûretés mobilières sans dépossession, ainsi que

---

<sup>881</sup> Voir, notamment : Lise CADORET, « RDPRM : de plus en plus connu », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit civil (2001)*, v. 161, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2001, 55, p. 59-62; Lise CADORET et Nicole PAGÉ, « RDPRM, facile comme 2 + 2 = 4 ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 93 ; L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 411-413.

l'édification d'un ordre de priorité cohérent entre les créanciers, idéal autrefois pratiquement impossible avant l'apparition des nouvelles avancées technologiques et progrès informatiques <sup>882</sup>.

L'efficacité et l'effectivité de tout régime de sûretés repose sur le système de publicité qui le sous-tend. Longtemps, les sûretés mobilières furent limitées aux seuls biens meubles corporels. Les progrès informatiques ont changé la donne. Ce qui était autrefois impensable est devenu réalité. D'un régime de sûretés mobilières fondé sur la tradition matérielle de la chose par le débiteur en faveur du créancier, l'on est passé à un régime permettant au débiteur de conserver la détention de biens meubles tout en les affectant de sûretés au profit de créanciers. Les sûretés mobilières sans dépossession, bien que présentant toujours plus d'incertitudes que les sûretés immobilières, sont néanmoins biens desservies par l'établissement d'un registre nominatif informatisé, unique, centralisé, pour une région géographique donnée. Pour cette raison, les instruments internationaux d'harmonisation du droit le recommandent <sup>883</sup>. Dans cette même veine, on envisage la création de registres internationaux <sup>884</sup>.

---

<sup>882</sup> Grant Gilmore souhaitait l'avènement d'un registre étatique uniforme dans chaque État, ce qui ne fut pas fait immédiatement ; des registres pour le UCC furent d'abord établis dans les différents « *counties* », où des bureaux d'enregistrement existent pour les droits immobiliers. Longtemps après, on a regroupé, dans chaque État, les registres qui se trouvaient autrefois dans tous ces « *counties* », qui servent toujours, aujourd'hui, aux fins immobilières. Aujourd'hui, certains voudraient qu'un seul registre uniforme existe pour l'ensemble des États-Unis, mais les résistances auxquelles Gilmore se buta, dans chaque État dans les années 1940, demeurent au niveau national. Il s'agirait d'une question de chasses gardées. Voir : L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 411.

<sup>883</sup> LTIRSM, *supra* note 10, art. 1 ; *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre IV. Le système de registre », p. 1-3. La *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, ne va pas aussi loin que de recommander la création d'un registre centralisé et uniforme, mais elle propose néanmoins des règles générales d'inscription, art. 34.

<sup>884</sup> C'est le cas du Registre international pour les garanties internationales portant sur des biens aéronautiques aux termes de la *Convention du cap (2001)* et du *Protocole aéronautique (2001)*.

On admet généralement qu'un registre de publicité, en matière mobilière, soit un registre informatif (i.e. *notice filing system*) et non pas un registre de titres ou de dépôt des actes. Un tel registre informatif suppose un minimum d'exigences pour la publication d'un avis. L'objectif de mettre sur pied un tel registre est de permettre une publicité effective des droits grevant des biens meubles de toute nature. Puisqu'il n'est pas nécessaire de publier l'acte constitutif de la sûreté, on évite ainsi une lourdeur au système. On permet également la préservation d'une certaine confidentialité des transactions financières. Au Québec, certains ont critiqué cette approche comme ne présentant pas les garanties de fiabilité et d'intégrité auxquelles on serait en droit de s'attendre, contrairement au registre foncier<sup>885</sup>. L'Angleterre, l'Écosse et le Mexique formulent aussi des réserves et les pays

---

Voir : *supra*, note 68. Voir aussi les visées de l'OÉA de constituer un registre « hémisphérique » pour les deux Amériques, *supra*, note 55.

<sup>885</sup> Voir : Pierre DUCHAINE et Denys-Claude LAMONTAGNE, « Rdprm : Duplicité ou Publicité du Registre Mobilier ? », (2003) 105 *R. du N.* 795. En effet, le registre foncier procède encore par l'enregistrement et le dépôt des actes. Des attestations sont requises pour s'assurer de l'identité des parties et l'expression des volontés consignées. L'officier de la publicité des droits a pour fonction de vérifier que les conditions de forme et de validité des actes sont respectées. L'inscription des actes se fait désormais autant en ligne que par le dépôt de l'original et les internautes peuvent consulter tous les actes inscrits au registre. Cependant, le registre foncier du Québec n'est pas à l'abri de critiques, car d'un régime d'inscription des droits, initialement prévu lors de la réforme du Code civil, l'on est retourné à un régime d'enregistrement et de dépôt des actes. Si le registre foncier est désormais dans la modernité informatique, on déplore le fait qu'il maintienne une forme archaïque de publicité des droits et que les titres publiés ne soient pas garantis par l'État québécois au bout d'un certain temps. Voir : François BROCHU, « Critique d'une réforme cosmétique en matière de publicité foncière », (2003) 105 *R. du N.* 761. La question se pose de savoir si une fusion des deux registres et de leurs principes respectifs ne serait pas souhaitable. En tout cas, c'est en quelque sorte la voie choisie par le législateur mexicain, qui permet la création de sûretés mobilières sans dépossession, mais les assujettit au respect la forme notariée et à la publication par le dépôt et l'enregistrement des actes. Des mécanismes de certification et d'attestation sont mis en place afin d'assurer l'intégrité et le caractère complet des informations publiées au registre des compagnies, qui fonctionne lui aussi de manière électronique. Pour l'heure, seulement deux types de sûretés mobilières sans dépossession sont assujetties au régime de la publicité par enregistrement (le gage sans dépossession et la fiducie), le législateur mexicain n'ayant pas adopté l'approche unitaire ou fonctionnelle. Un auteur américain signale que, ce faisant, le Mexique est sur la bonne voie pour une adoption éventuelle d'un système de publicité informationnel mais qu'au fond, son régime actuel est peut-être le meilleur de deux mondes : « *As noted above, it would take no more than the stroke of the legislature's pen to extend the special regime surrounding the prenda sin transmisión de posesión to all security devices when processed through registration at the [Public Registry of Commerce]. If it were to happen, Mexico would have a straightforward filing system with an extra benefit: its database*

d'amérique latine sont plus enclins à adopter un régime formaliste, assujettissant la constitution de la sûreté au respect de la forme notariée et sa publicité à un système d'enregistrement et de dépôt des actes <sup>886</sup>.

La façon de publiciser une sûreté sans dépossession à un registre informatif consiste en l'inscription d'un avis qui véhiculera aux tiers l'information relative à la sûreté créée. L'information qui sera publicisée variera. La publicité se fait habituellement par l'indication du nom des parties (constituant et titulaire de la sûreté) et l'avis doit comporter une description suffisante du bien grevé, sauf dans le cas de biens spécifiquement immatriculés. On pourra prévoir que le montant de la sûreté et sa période de validité soient précisées et, facultativement, l'obligation garantie. Au Québec, le Code civil va plus loin, en exigeant que soit indiquée la qualification du droit soumis à l'inscription, son étendue <sup>887</sup>, une référence à l'acte constitutif du droit inscrit et la date

---

*would also include the full texts of actual documents that created the security interests* ». Voir: D. BECK FURNISH, *loc. cit.*, *supra* note 422, p. 22.

<sup>886</sup> Les critiques du droit québécois trouvent écho en droit écossais, en droit anglais, en droit mexicain et dans les pays d'amérique latine qui, pour l'instant, n'ont pas adopté le « *notice filing approach* », mais qui procèdent plutôt par système d'enregistrement et de dépôt des actes. Voir, en droit anglais: H. BEALE *et al.*, *The Law of Personal Property Security*, *supra* note 28, p. 13; en droit écossais: G. GRETTON, *loc. cit.*, *supra* note 360, p. 281; en droit mexicain et dans les pays d'amérique latine: D. BECK FURNISH, *loc. cit.*, *supra* note 637. Cette approche plus « formaliste » des pays civilistes se traduirait également dans les mesures visant à préserver l'accès aux registres électroniques et, partant, leur intégrité, comprenant des clefs de signatures électroniques spéciales, alors que les pays de *common law* ne l'exigeraient pas ou moins, ce qui suscite des critiques et, en certains cas, des commentaires soulignant la soi-disant infériorité économique des systèmes de droit civil. Voir, à ce sujet: Jane K. WINN et Mariana C. SILVEIRA, « Secured Transactions and Electronic Commerce Law : Diverging Perspectives in North and South America », (2007) 16 *Michigan State Journal of International Law* 239.

<sup>887</sup> Dans le cas de l'hypothèque, on doit indiquer la somme pour laquelle elle est consentie. Comme nous l'avons déjà souligné, cette exigence est absente en ce qui a trait à la publication des réserves de propriété et des autres droits de même nature. On consultera, à ce sujet: QUÉBEC, REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS, *Manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers*, 28 janvier 2009, en ligne: <https://www.rdprm.gouv.qc.ca/rdprmweb/publications/fr/Manuel%20complet%202009.pdf> (consulté le 22 février 2010), en particulier les détails relatifs au formulaire RH (i.e. la réquisition d'inscription d'une hypothèque mobilière) et au formulaire RD (i.e. la réquisition d'inscription d'une réserve de propriété, des droits résultant d'un bail ou de certains autres droits).

extrême d'effet de l'inscription <sup>888</sup>. Ainsi, tout « *tiers qui consulte le registre doit se fier uniquement aux mentions faite dans l'inscription pour évaluer la nature du droit, son assiette et son étendue, car l'acte constitutif signé par les parties n'est pas produit et n'est pas opposable aux tiers* » <sup>889</sup>.

En revanche, le *Uniform Commercial Code* ne se préoccupe aucunement de la qualification des droits. Cela tient, d'une part, à l'approche fonctionnelle choisie et, d'autre part, à la nature du *security interest*, notion de sûreté désincarnée des origines du droit des biens de la *common law*, le caractère « réifié » du droit des sûretés étant ce qui ressort de l'information disponible sur consultation du registre mis en place aux termes du UCC, car tout ce qu'un tiers pourra découvrir, après consultation du registre, c'est le type de bien qui est grevé d'un *security interest*. Aucune information quant à la source de l'obligation garantie, ni quant à l'étendue de la sûreté, ne lui sera fournie.

Le *Code civil du Québec* instaure donc un régime de publicité différent du régime prévu sous l'empire du *Uniform Commercial Code*, bien qu'il s'en inspire grandement. C'est un régime d'inscription et de publicité des « droits », réels et personnels, qui peuvent affecter les biens meubles d'une personne. On peut connaître, en consultant le registre, l'étendue des sûretés ou des droits qui grèvent les biens d'un débiteur, bien que les précisions soient moins nombreuses en ce qui concerne les sûretés-propriétés que les

---

<sup>888</sup> Pour le contenu de la fiche nominative aux termes du *Code civil du Québec*, voir le *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, CCQ r. 5, art. 25; pour le contenu du *financing statement* aux termes du Titre 9 du UCC, voir : U.C.C. § 9-502, § 9-503 et § 9-504 (2010); pour le contenu du *registration form*, voir : LTIRSM, *supra* note 10, art. 38; pour le contenu du *registration statement*, voir : *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 8.4. Enfin, voir le *Guide législatif sur les opérations garanties*, *supra* note 45, « Chapitre IV. Le système de registre », p. 35 (Recommandation 57, « Teneur exigée de l'avis »).

<sup>889</sup> L. CADORET et N. PAGÉ, *loc. cit.*, *supra* note 881, p. 101. Voir aussi : J. PINEAU, *loc. cit.*, *supra* note 458, p. 441-442.



hypothèques. Ainsi, plus les informations publiées sont détaillées, plus elles donnent un sens aux caractéristiques fondamentales de l'accessoire et de la spécialité de la sûreté, qui permettent l'édification d'un ordre de priorité cohérent.

En droit civil, la publicité n'a pas seulement pour fonction d'informer les tiers et les autres créanciers relativement aux droits qui grèvent les biens d'une personne; elle consiste à leur rendre ces droits opposables et, partant, à établir un ordre de priorité<sup>890</sup>. En regard de ce rôle conféré à la publicité, le *Uniform Commercial Code* ne conçoit pas l'édification de l'ordre de priorité entre les créanciers de la même manière que l'entend le droit civil. Ainsi, le titulaire d'une sûreté non-publiée se verra-t-il conférer une priorité face à tout créancier chirographaire, qui tombe toutefois en cas de faillite<sup>891</sup>. En vertu du principe de l'égalité des créanciers, seule la publicité devrait conférer une priorité au titulaire d'une sûreté. C'est par ailleurs la solution retenue aux termes de la *Convention du Cap (2001)*<sup>892</sup>.

Les cessions de droits, ou cessions de priorités de rang, doivent être inscrites en la manière prescrite. La radiation de l'inscription se fera automatiquement au bout d'une période déterminée, soit de cinq ans aux termes du *Uniform Commercial Code*, soit de dix ans aux termes du *Code civil du Québec*. Les parties sont évidemment libres de convenir d'une période inférieure.

---

<sup>890</sup> P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, n° 3.30, p. 232.

<sup>891</sup> U.C.C. § 9-201 (1995) et U.C.C. § 9-201 (2010). En droit américain, cette priorité ne survivrait pas en matière de faillite. Voir : E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 33.

<sup>892</sup> S. POTVIN PLAMONDON, *loc. cit.*, *supra* note 68, p. 22-23; Ronald C.C. CUMING, « Considerations in the design of an International Registry for interests in mobile equipment », (1999) *Rev. dr. unif.* 275, 276.

L'attitude américaine plus permissive nous amène à nous pencher sur la problématique soulevée par la possibilité d'inscrire une sûreté au registre avant sa constitution.

### 2.2.2 inscription d'une sûreté au registre avant sa constitution (les sûretés prospectives)

Le régime du Titre 9 du UCC <sup>893</sup> et ceux qui s'en inspirent, de même que la *Convention du Cap (2001)* <sup>894</sup>, permettent la publication de la sûreté mobilière avant sa constitution. On pourrait référer à cette technique en parlant de « pré-inscription ». À l'inverse, le *Code civil du Québec* ne permet pas une telle pré-inscription de l'hypothèque, bien qu'un mécanisme de pré-inscription d'une demande en justice concernant un droit réel mobilier y soit prévu (art. 2966 C.c.Q.) <sup>895</sup>.

On a identifié un certain nombre d'avantages découlant de la possibilité de pré-inscrire une sûreté. D'abord, cela peut constituer un moyen de contourner les délais inhérents à l'inscription même de la sûreté, lorsque la fiche d'inscription doit faire l'objet de vérifications préalables par l'Officier de la publicité <sup>896</sup>. Ce mécanisme préserve la priorité du créancier et permet de déboursier les fonds lors de la séance de clôture du prêt <sup>897</sup>.

Toutefois, cette méthode n'est pas sans présenter d'inconvénients. D'une part, elle peut être préjudiciable au débiteur, dans la mesure où la transaction en cours de négociations,

---

<sup>893</sup> U.C.C. § 9-502 (d) (2010).

<sup>894</sup> *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64, art. 16 (1) (a), 18 (3), 19 (4) et 20 (1). Voir aussi : 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, 47.

<sup>895</sup> L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 386, n<sup>os</sup> 394-398, p. 157-159.

<sup>896</sup> J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 37, p. 93-94.

<sup>897</sup> L. PAYETTE, *op. cit.*, *supra* note 386, n<sup>o</sup> 394, p. 158.

qui fait l'objet de la pré-inscription, n'est pas conclue. On suggère que le débiteur devrait pouvoir faire radier cette inscription en tout temps s'il est prouvé que la convention de sûreté n'est jamais née<sup>898</sup>. On voit tout de suite la boîte de Pandore que cela peut ouvrir. Si le créancier est de mauvaise foi, il peut causer tracasseries au débiteur et provoquer un litige<sup>899</sup>. Même si, aux termes du Titre 9 du UCC<sup>900</sup> et de la *Convention du Cap (2001)*<sup>901</sup>, la pré-inscription ne peut se faire qu'avec l'assentiment du débiteur, il peut s'agir là d'une mesure dangereuse.

D'autre part, elle est source d'incertitude pour les tiers qui consultent le registre. On soutiendra que le registre ne vise pas à informer de l'existence d'une sûreté, mais de son existence « potentielle »<sup>902</sup>. Cette vision de la fonction d'un registre nous apparaît incompatible avec sa mission de publicité, qui est de procurer aux transactions leur caractère d'opposabilité et, par voie de conséquence, de permettre l'édification d'un ordre de priorité simple et cohérent. On pourrait soutenir que la sécurité du crédit exige qu'un registre de publicité donne une information complète et ne soit pas source de litiges inutiles<sup>903</sup>.

---

<sup>898</sup> J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, n° 784, p. 284.

<sup>899</sup> Notons que cette perspective de litige inutile ne semble pas en effrayer certains. Voir R.C.C. CUMING, *loc. cit.*, *supra* note 892, p. 287.

<sup>900</sup> C'est ce que soutient E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 28, en vertu des sections U.C.C. § 9-502(d) et § 9-509 (2010).

<sup>901</sup> *Convention du Cap (2001)*, *supra* note 64, art. 20.

<sup>902</sup> R.C.C. CUMING, *loc. cit.*, *supra* note 892, p. 277.

<sup>903</sup> Cette approche ne fait pas l'unanimité. Elle fut rejetée en droit anglais et écossais pour des raisons similaires. Voir : H. BEALE *et al.*, *The Law of Personal Property Security*, *supra* note 28, p. 770-771; G. GRETTON, *loc. cit.*, *supra* note 360, p. 280-281.

Ce bref survol des principes fondamentaux de la publicité par inscription et de l'importance d'un registre uniforme et centralisé nous amène à constater que l'entendement de la notion de publicité n'est pas la même en droit civil et en *common law* anglo-américaine. Il y a bien sûr des recoupements et une direction commune, mais le système américain est tout de même plus permissif que ne l'est le système de droit civil, et même ceux de l'Angleterre et de l'Écosse. Ce qui n'en fait pas pour autant des systèmes moins efficaces.

Cela étant, l'idée même de la publicité par inscription à un registre est malmenée, et ce, peu importe le système étudié, car la renaissance de la publicité par dépossession, principalement fictive, est à l'œuvre partout.

### 2.3 de la renaissance de la publicité par dépossession

En raison de l'avènement du système de publicité par inscription, plusieurs ont suggéré d'abolir le gage comme mécanisme de publicité ou de le circonscrire aux seuls biens meubles corporels et titres négociables<sup>904</sup>. Dans une certaine mesure, c'est ce que le droit américain et le droit québécois font, sauf que la création d'un régime spécial sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés, puis, aux États-Unis, sur les comptes bancaires et les lettres de crédit<sup>905</sup>, ont pour effet de diminuer grandement l'efficacité du régime de l'inscription et d'aller à contre-courant de la mission de la publicité, où l'occultisme ne doit pas être encouragé.

---

<sup>904</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92, p. 60-74; J.J. WHITE, *loc. cit.*, *supra* note 34, R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 27.

<sup>905</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section III. A. 1.3.2.

Ainsi, on peut déplorer la renaissance de ce mécanisme de dépossession fictive, à une époque de progrès informatiques majeurs et soutenir que la véritable réforme du droit des sûretés mobilières est indissociable des mécanismes de publicités qui en sous-tendent l'édifice. Cependant, cette renaissance se constate à l'échelle internationale et il sera désormais très difficile, voire impossible, de l'arrêter.

Nous allons terminer notre survol sur les considérations de mise en œuvre des sûretés mobilières en énonçant les principes directeurs en matière de réalisation et d'exécution.

### 3. Les principes directeurs en matière de réalisation et d'exécution des sûretés mobilières conventionnelles

Nous ne discuterons pas, dans les menus détails, de chacun des recours mis à la disposition des créanciers en cas de défaut du débiteur, aux termes des différents textes comparés. Une telle analyse dépasse le cadre de la présente étude. Nous allons toutefois identifier les principes directeurs en la matière, qui concilieront tant les intérêts du créancier que ceux du débiteur. Cette analyse recèle toute son importance, car la réforme du droit des sûretés en droit interne et son harmonisation à l'échelle internationale visent l'uniformisation des modes de constitution, de publicité et de recours. Au final, c'est de la simplicité du régime dont il s'agit. L'approche fonctionnelle, on l'a vu, permet conceptuellement cette uniformisation. L'approche formaliste permet une plus grande variété de recours, selon la forme de la transaction, qui ne vont pas nécessairement de pair avec l'idée de simplification, dont tant les créanciers que les débiteurs bénéficieront. Exécution rapide de la sûreté pour les uns, droit de contestation et mécanismes de protection pour les autres, voilà autant d'intérêts qui nécessitent un arbitrage.

Ainsi, l'uniformisation des recours engendrera leur limitation et permettra l'instauration de modalités similaires et connues de tous, allant dans le sens du principe de l'égalité des créanciers. Les mécanismes d'exécution doivent être souples et efficaces. Ainsi, on doit permettre au créancier de reprendre possession du bien grevé et d'en disposer à la satisfaction de sa créance, à l'intérieur d'un court délai. Le créancier pourra donc, alternativement, prendre possession du bien grevé (s'il ne le détient pas déjà), le vendre ou le faire vendre, ou le reprendre à la satisfaction de sa créance. Dans le cas de sûretés grevant des créances tels des comptes à recevoir, le créancier pourra en percevoir lui-même le produit auprès des débiteurs cédés. Idéalement, ce processus de réalisation pourra être extrajudiciaire, sauf en cas de contestation. Dans cette hypothèse, afin d'éviter les abus, un mécanisme de notification sera établi, pour permettre au débiteur de s'opposer. Le débiteur doit ainsi être informé du défaut qu'on lui reproche. On doit lui accorder un délai suffisant pour qu'il puisse y remédier. Les autres créanciers détenant des sûretés dûment inscrites grevant le même bien doivent également être avisés du recours que l'on se propose d'exercer, afin qu'ils puissent faire valoir leurs droits, le cas échéant. Ce processus doit donc être encadré et publicisé dans son ensemble. Il pourra se réaliser de manière extrajudiciaire, sauf en cas d'opposition légitime de la part du débiteur ou d'un autre créancier <sup>906</sup>. À la lumière de ces principes <sup>907</sup>, nous pouvons dégager quelques différences dignes de mention entre les régimes.

---

<sup>906</sup> Pour un résumé des droits hypothécaires mis à la disposition des créanciers en droit québécois, on lira P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 367-371, 375-381. Pour un résumé des mesures d'exécution en droit américain, consulter : E.E. SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 319, p. 53-58. Enfin, pour un résumé des mécanismes de réalisation aux termes de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, voir : B. KOZOLCHYK et J.M. WILSON, *loc. cit.*, *supra* note 10, 88-93.

Le *Code civil du Québec* a uniformisé les recours hypothécaires et les procédures préalables à leur exercice, qui sont obligatoires dans chaque cas<sup>908</sup>. Le créancier hypothécaire bénéficie des droits hypothécaires suivants (en plus de son action personnelle et des mesures provisionnelles prévues au *Code de procédure civile*) : la prise de possession à des fins d'administration; la prise en paiement; la vente par le créancier; la vente sous contrôle de justice<sup>909</sup>. Le créancier hypothécaire doit signifier au débiteur un préavis d'exercice du recours hypothécaire qu'il entend exercer dans un délai préalable de vingt jours<sup>910</sup>, lequel doit être publié et inscrit au registre mobilier<sup>911</sup>. Par la suite, le débiteur délaissera le bien grevé, soit volontairement, soit de manière forcée. Ce délai de vingt jours sera abrégé en cas d'urgence, suite à l'obtention d'une ordonnance émise à cet effet par le tribunal. Après délaissement du bien, le créancier peut exercer les divers recours qui sont mis à sa disposition par le Code civil; si le délaissement est forcé, il peut s'obtenir dans des délais beaucoup plus longs que ceux prévus au Code civil<sup>912</sup>. Sauf dans le cas de la vente sous contrôle de justice, qui nécessite l'obtention d'une

---

<sup>907</sup> Pour un résumé de ces principes, lire : *Principes de la Banque Mondiale – 2001*, supra note 40, p. 29-30, principes 5 (Exécution des sûretés); *Principes de la Banque Mondiale – 2005*, supra note 40, p. 14, principe A-5.

<sup>908</sup> J. PINEAU, *loc. cit.*, supra note 458, p. 441. J. Pineau précise que ce faisant, le législateur québécois a voulu atteindre l'équilibre entre les droits des créanciers et ceux des débiteurs et des tiers.

<sup>909</sup> C.c.Q., art. 2748.

<sup>910</sup> C.c.Q., art. 2757 et 2758.

<sup>911</sup> C.c.Q., art. 2757.

<sup>912</sup> La requête en délaissement forcé et pour exercice du recours de prise en paiement ou de vente sous contrôle de justice sera assujettie aux règles du *Code de procédure civile*, prévues notamment aux art. 110, 111-112, 151.4, 796-799 C.p.c., ce qui signifie que des délais s'ajouteront à ceux du préavis d'exercice, faisant en sorte que le processus de liquidation et de recouvrement, en cas de contestation, peut s'étirer jusqu'à 180 jours et même au-delà, si ce délai est prolongé avec l'autorisation de la Cour, à moins que le créancier n'invoque des motifs d'urgence, tel que le permettent les art. 2767 C.c.Q., 113, 151.4, 796, 798-799 C.p.c. Toutefois, le débiteur peut délaisser volontairement et consentir à la prise en paiement par le créancier au moyen d'un écrit (art. 2764 et 2781 C.c.Q.).

ordonnance du tribunal, et sauf en cas d'opposition du débiteur ou d'un autre créancier, les autres recours s'exerceront de manière extrajudiciaire. Ces mesures préalables à l'exercice de droits hypothécaires assurent donc une uniformité des règles du délaissement, des exceptions, des mesures de notification et de publicité aux tiers. Le processus de réalisation est ainsi bien délimité et encadré, conciliant les intérêts du créancier et ceux du débiteur et des autres tiers ou créanciers. Il s'applique tant aux sûretés avec que sans dépossession, mobilières qu'immobilières mais, dans ce dernier cas, le préavis pour délaisser est de soixante jours et il s'inscrit au registre foncier. Enfin, ce processus s'applique aux hypothèques légales; les titulaires de priorités ne peuvent exercer directement quelque recours, la priorité existant à l'état latent et ne prenant vie que lors de la collocation. En matière hypothécaire, donc, le législateur québécois a voulu créer un « effet de système » propre à la codification civiliste.

Cependant, en ce qui concerne les sûretés-propriétés, seuls le vendeur à tempérament, le vendeur à réméré et le fiduciaire d'une fiducie-sûreté sont assujettis à ces modalités, qui ne sont pas sans poser certains problèmes d'ordre conceptuel au niveau des recours proprement dits<sup>913</sup>; le crédit-bailleur et le locateur en sont exemptés, leur liberté contractuelle n'étant pas affectée<sup>914</sup>. De plus, le titulaire d'une hypothèque sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés en est également dispensé<sup>915</sup>, contrairement à ce qui prévalait antérieurement aux modifications apportées par la *Loi sur le transfert de*

---

<sup>913</sup> C.c.Q., art. 1263, 1749 et 1756.

<sup>914</sup> C.c.Q., art. 1842-1850 ; art. 1851-1891.

<sup>915</sup> C.c.Q., art. 2759, tel que remplacé aux termes de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*, *supra* note 100, art. 138.



*valeurs mobilières*<sup>916</sup>. Ce régime spécial fait fi des mesures de protection dont les débiteurs bénéficient dans le régime général en raison, d'une part, de la nature du bien grevé et de la dépréciation rapide dont il peut faire l'objet, mais en raison, surtout et d'autre part, de l'arrimage de ce régime avec les diktats de l'harmonisation internationale alignée sur le droit américain. Mentionnons, enfin, que l'exercice des droits aux termes d'une hypothèque sur des créances est assujéti à certaines formalités additionnelles de notification au débiteur cédé<sup>917</sup>. L'uniformisation des recours et des mesures préalables à leur exercice n'est donc pas complète, mais cela traduit bien le choix de politique législative faite par le législateur québécois, qui n'a pas retenu l'approche fonctionnelle, mais plutôt un mi-chemin entre les approches formaliste et fonctionnelle. Cette conciliation entre les intérêts des débiteurs et des créanciers est mise à mal par les régimes d'exception, ainsi que le principe de publicité de l'exercice des recours en ce qui concerne les crédits-baux et les baux.

Le droit américain, même s'il a retenu l'approche fonctionnelle dans le Titre 9 du UCC, n'a pas tout à fait réussi une parfaite uniformisation des recours, lui non plus, et sa méthode est finalement plus disparate que celle préconisée par le Code civil. D'une part, en raison de son champ d'application, il ne vise pas les sûretés légales et les sûretés immobilières. Dans ce domaine, les règles sont aussi diverses qu'il y a d'États américains<sup>918</sup>. Pour les sûretés mobilières conventionnelles, le Titre 9 du UCC établit

---

<sup>916</sup> La mécanique du délaissement était très lourde, surtout dans le cas de valeurs mobilières cotées et négociées à une bourse reconnue, car elles peuvent exiger que l'on procède à une vente rapide des titres afin d'éviter la chute des cours. Sur l'état du droit antérieur, voir : P. CIOTOLA et A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 92, p. 51-57.

<sup>917</sup> C.c.Q., art. 2710, 2745.

<sup>918</sup> L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 31-34.

que le créancier peut disposer du bien grevé en le vendant, en le louant, en conférant des droits de licences; il peut aussi en disposer de toute autre manière <sup>919</sup>. Aux termes du Titre 9 du UCC, le créancier n'a pas d'obligation formelle d'aviser le débiteur avant de prendre possession du bien grevé afin d'en disposer, ni de publier un tel avis. Cependant, cette prise de possession ne peut s'effectuer que du consentement du débiteur, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas troubler l'ordre public, ce qui n'est pas toujours le cas : on recense des cas où créanciers et débiteurs en viennent aux coups, quand ce n'est pas carrément à l'usage d'armes à feu, les agences de recouvrement n'utilisant pas toujours les méthodes les plus courtoises pour récupérer un bien grevé <sup>920</sup>. En cas d'opposition du débiteur, le créancier doit s'adresser au tribunal afin d'obtenir le délaissement forcé du bien <sup>921</sup>. Pour reprendre possession du bien grevé, le créancier garanti doit exercer une action en vertu de la *common law* (i.e. *action for replevin*). Dans plusieurs États, le créancier devra aviser le débiteur au préalable (occasionnant un délai oscillant entre dix et vingt jours) alors que dans d'autres États, cette mesure s'obtiendra *ex parte*, sans préavis <sup>922</sup>. À défaut de prendre possession du bien avant d'en disposer, le créancier pourra le rendre inutilisable par le débiteur tout en le laissant en possession du bien <sup>923</sup>. Le créancier peut dès lors disposer du bien grevé, ce qui peut prendre de deux à trois semaines. Le créancier a cependant l'obligation d'aviser le débiteur et les autres créanciers avant de disposer du bien en réalisation de sa créance <sup>924</sup>. Sauf en matière de biens de

---

<sup>919</sup> U.C.C. § 9-610 (2010). Voir : L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 35.

<sup>920</sup> L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 44.

<sup>921</sup> U.C.C. § 9-609 (2010).

<sup>922</sup> L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 38-49.

<sup>923</sup> U.C.C. § 9-609(a)(2) (2010).

<sup>924</sup> U.C.C. § 9-611 (2010).

consommation, le créancier n'est pas astreint à un délai à l'intérieur duquel il devrait compléter la vente. Il peut dès lors utiliser le bien et, éventuellement, le garder en paiement de sa créance <sup>925</sup>. Ces mesures ne font pas l'objet d'une publicité.

Si le régime de réalisation du Titre 9 du UCC est d'abord conçu pour s'appliquer de manière extrajudiciaire, les créanciers lui préfèrent souvent, en pratique, l'obtention d'un jugement, ce que le UCC permet. Ce régime s'applique en réalisation de biens tangibles. Il ne fait pas de distinction entre les sûretés-propriété et les sûretés conventionnelles <sup>926</sup>. Cependant, des régimes spécifiques sont prévus pour les comptes bancaires, les sûretés avec dépossession et celles faisant l'objet du contrôle du créancier <sup>927</sup>. Aussi, les sûretés sur créances sont assujetties à des formalités additionnelles de notification aux débiteurs cédés <sup>928</sup>. De plus, le UCC laisse une grande place à l'autonomie de la volonté des parties en matière d'exercice des recours. Ce faisant, le régime du *Uniform Commercial Code* n'est pas si uniforme qu'on le prétend.

La *Loi type interaméricaine sur les sûretés réelles mobilières* se situe à mi-chemin entre les régimes québécois et américain. D'une part, elle se montre plus rationnelle et systématique, à l'image du droit québécois, quant aux recours et à leurs modalités d'exercice; d'autre part, les délais consentis aux débiteurs et les motifs de contestation sont circonscrits de telle façon que le processus se veut plus expéditif, à l'américaine. Au chapitre des recours, le créancier peut vendre lui-même les biens grevés ou le vendre aux

---

<sup>925</sup> U.C.C. § 9-620 (2010). Voir aussi, de façon générale : L.M. LoPUCKI et E. WARREN, *op. cit.*, *supra* note 78, p. 78-92.

<sup>926</sup> Pour l'énoncé des règles générales, voir : U.C.C. § 9-601 (2010).

<sup>927</sup> U.C.C. § 9-601(b) et § 9-207 (2010).

<sup>928</sup> U.C.C. § 9-607 (2010).

enchères publiques <sup>929</sup>. Il ne peut le faire avant d'avoir publié et transmis un préavis au débiteur, lequel préavis doit être notarié ou attesté par un juge <sup>930</sup>. Sur réception du préavis, le débiteur dispose alors d'un délai de trois jours pour remédier au défaut et la seule façon pour lui de le faire consiste à rembourser la dette au complet, en capital et intérêts <sup>931</sup>. À l'expiration de ce délai, le créancier peut obtenir jugement, la seule contestation possible portant sur le paiement de la dette et le jugement étant exécutoire nonobstant appel <sup>932</sup>. Toute autre défense ne peut donner lieu qu'à une action en dommages contre le créancier selon les procédures en vigueur dans l'État et le débiteur peut invoquer l'abus de droit <sup>933</sup>. Un ordre de collocation est prévu et tout créancier postérieur peut être subrogé dans les droits d'un créancier antérieur en le désintéressant de sa créance <sup>934</sup>. La vente purge les droits réels, sauf ceux qui sont antérieurs à ceux du créancier qui exerce ses droits <sup>935</sup>. Enfin, suite à l'envoi du préavis d'exercice, le débiteur ne peut plus continuer à vendre lui-même les biens grevés dans le cours normal de ses affaires <sup>936</sup>; le débiteur et le créancier peuvent toutefois convenir entre eux, avant ou après l'envoi du préavis, d'autres mécanismes de règlement de la dette <sup>937</sup>. La loi type n'indique cependant pas si le créancier peut éteindre la dette en devenant propriétaire du bien. Un régime additionnel de notification aux débiteurs de créances cédées ou

---

<sup>929</sup> LTIRSM, *supra* note 10, par. 59 (IV).

<sup>930</sup> *Ibid.*, art. 54-55.

<sup>931</sup> *Ibid.*, art. 56.

<sup>932</sup> *Ibid.*, art. 57 et 61.

<sup>933</sup> *Ibid.*, art. 57 et 63.

<sup>934</sup> *Ibid.*, art. 60 et 64.

<sup>935</sup> *Ibid.*, art. 67.

<sup>936</sup> *Ibid.*, art. 65.

<sup>937</sup> *Ibid.*, art. 62.

hypothéquées est prévu<sup>938</sup>. Ainsi, la *Loi type interaméricaine sur les sûretés réelles mobilières* encadre judiciairement le processus de réalisation et en balise les délais. Les droits du débiteur sont limités mais il peut poursuivre en dommages pour abus de droit. L'objectif de la réalisation rapide au profit du créancier l'emporte donc sur la protection des droits du débiteur. L'assujettissement des procédures de recouvrement au processus judiciaire, aux termes de la *Loi type interaméricaine sur les sûretés réelles mobilières*, découle très certainement du fait que, dans plusieurs pays d'Amérique latine, le recouvrement volontaire par les créanciers est prohibé par la Constitution, comme c'est notamment le cas au Mexique<sup>939</sup>.

En revanche, la *Loi type de la BERD* opte résolument en faveur de la protection des droits du débiteur. Un créancier ne peut exercer ses droits que suite à l'envoi et à la publication d'un préavis de soixante jours. À terme, le créancier peut vendre le bien. Le débiteur et les autres créanciers ont la possibilité de contester le préavis et de remédier au défaut et les causes de contestations ne sont pas limitées<sup>940</sup>.

Le *Guide législatif sur les opérations garanties* reprend ces éléments mais s'inspire essentiellement du régime américain. Les droits du créancier consistent à obtenir la possession du bien meuble, puis le vendre, le louer ou le mettre sous licence ou l'acquérir en paiement de la créance garantie; le créancier peut aussi exercer tous les autres droits prévus à la convention de sûreté; des régimes spéciaux sont prévus pour les créances,

---

<sup>938</sup> *Ibid.*, par. 59 (II).

<sup>939</sup> Voir : Michael L. OWEN, « Reforms of the Law of Secured Transactions in Mexico and the United States », (2002) 10 *U.S. – Mexico Law Journal* 99, 104. Voir aussi: A.M. GARRO, *loc. cit.*, *supra* note 405, p. 206.

<sup>940</sup> *Loi type de la BERD*, *supra* note 51, art. 22-32.

comptes bancaires, titres négociables, droit au paiement de lettres de crédit<sup>941</sup>. Un préavis doit être transmis au débiteur avant l'exercice de recours, sauf s'il s'agit d'un bien périssable ou d'un type qui soit vendu sur un marché reconnu<sup>942</sup>. La prise de possession et la disposition extrajudiciaire est permise avec le consentement du débiteur, autrement la réalisation sera judiciaire<sup>943</sup>.

En résumé, le régime québécois, de droit civil, est très certainement le plus uniforme et intégré, malgré ses quelques exceptions. Le suit de près celui proposé aux termes de la *Loi type interaméricaine sur les sûretés réelles mobilières* qui, tout en ménageant les droits du débiteur, n'en reconnaît pas moins la primauté des droits du créancier garanti. Le législateur québécois tirerait d'ailleurs avantage à s'en inspirer. Le régime de la *Loi type de la BERD* s'inscrit dans la même veine mais se montre beaucoup plus restrictif quant à l'exercice des droits des créanciers. Enfin, le régime américain est plus confus et difficile d'approche. Il est, conceptuellement, celui qui est le moins uniforme, malgré ce que son titre suggère. Dégager des principes généraux est chose très difficile en la matière. Cela tient probablement à la nature du régime, qui repose plutôt sur des catégories de biens et de créanciers, que sur des concepts généraux abstraits applicables selon la nature de la situation. Le *Guide législatif sur les opérations garanties* constitue, en fait, la reproduction de ce régime.

---

<sup>941</sup> *Guide législatif sur les opérations garanties, supra* note 45, « Chapitre VIII. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière », p. 39-40, 45-46 (Recommandations 141, 167-177).

<sup>942</sup> *Ibid.*, p. 41-42 (Recommandations 149-151).

<sup>943</sup> *Ibid.*, p. 38, 40, 41 (Recommandations 138, 142, 147-148).

Notons cependant que ces régimes sont très souvent contournés par les créanciers qui leur préfèrent les mesures plus expéditives du régime d'insolvabilité<sup>944</sup>, venant ainsi jeter en pâture l'équilibre visé par le régime hypothécaire (ou de sûretés mobilières) usuel entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs.

Cet exposé complète notre survol des fondements, des valeurs et des concepts qui sous-tendent les principaux régimes de sûretés mobilières en Occident. Nous pouvons maintenant aborder la quatrième partie de notre étude portant sur la réforme et l'harmonisation du droit des sûretés mobilières au plan systémique en Occident, qui consiste à entrevoir la manière qui puisse assurer la mise en œuvre de ces valeurs et de ces concepts, dans un contexte d'harmonisation du droit.

---

<sup>944</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. 2.3. En droit canadien de l'insolvabilité, l'exercice des droits hypothécaires est progressivement délaissé, en matières commerciales, au profit des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, permettant la prise de contrôle rapide par un créancier garanti des biens de l'entreprise et leur vente éventuelle. Avant la réforme de septembre 2009, on y procédait par l'entremise s'un séquestre intérimaire de l'article 47 LFI (appelé le « super-séquestre »); désormais, c'est par l'entremise du séquestre dit « national » de l'article 243 LFI. Ces ordonnances de vente qui purgent les droits réels, appelées « *vesting orders* », sont beaucoup plus expéditives et s'obtiennent pratiquement sans préavis. Voir, sur ces questions, P.H. BÉLANGER et S. RIGAUD, *op. cit.*, *supra* note 232, p. 95 et suiv.

#### **IV- DE L'HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES : DES VALEURS ET DES CONCEPTS À LEUR MISE-EN-ŒUVRE**

La longue analyse de droit comparé à laquelle nous nous sommes livrés, dans les chapitres précédents de cette étude, nous permet d'aborder, dans ce quatrième chapitre et de manière plus spécifique, la question des enjeux de l'harmonisation du droit des sûretés mobilières. Pour ce faire, il importe, en premier lieu, d'esquisser à grands traits les principales caractéristiques des traditions juridiques en présence et des techniques législatives qui leur sont propres [A]. Cet examen initial nous amènera, dans une deuxième étape, à pleinement considérer l'harmonisation du droit des sûretés mobilières [B] pour, en dernier lieu, répondre à l'une des questions de notre thèse, consistant à savoir si nous progressons vers l'uniformisation du droit des sûretés mobilières en Occident [C].

##### **A. Des traditions juridiques et des techniques législatives**

Il est de bon ton, en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, de considérer l'étude des traditions juridiques plutôt que celle des systèmes, la notion de « tradition » pouvant s'avérer plus large et, de ce fait, moins restrictive, que ne le serait l'idée même de « système juridique »<sup>945</sup>. On a cru que cette perspective, davantage axée sur la notion de « tradition », pouvait s'avérer, à plus long terme, porteuse d'une intéressante piste de réflexion, notamment du point de vue de la philosophie et de la théorie générale du droit<sup>946</sup>. Cette opposition entre « traditions » et « systèmes » juridiques nous apparaît cependant factice. On pourrait en effet considérer qu'elle ne fait que participer, au fond,

---

<sup>945</sup> *Supra*, note 17.

<sup>946</sup> Voir, en ce sens : Martin BOODMAN, « The Myth of Harmonization of Laws », dans *Contemporary Law / Droit contemporain*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 126, 130.



à cette tendance lourde et généralisée du relativisme culturel, qui s'érige en rempart contre une véritable analyse du droit dans son expression la plus organisée et achevée de « système juridique », qui découle nécessairement d'une tradition juridique<sup>947</sup>. Notre objectif, à ce stade-ci, consiste plutôt à entrevoir les voies possibles, d'une manière concrète, de l'harmonisation du droit dans une sphère juridique bien précise. Ainsi, dans une perspective de droit comparé « appliqué », il nous apparaît nécessaire, avec les risques et les failles que cela comporte inévitablement, de nous limiter ici à une analyse dite plus « systémique ».

Comme nous l'avons déjà souligné, il est néanmoins possible de concevoir que « traditions » et « systèmes » ne soient pas deux idées nécessairement opposées, mais qu'elles soient, en fait, la succession logique d'un même continuum. De cette manière, nous nous proposons de distinguer, dans un premier temps, les caractéristiques propres au système de droit civil québécois, en comparaison à celles de la *Common Law* anglo-américaine [1]. Nous pourrions dès lors mieux envisager les divers contextes et les diverses formes que peut prendre l'harmonisation du droit [2].

---

<sup>947</sup> À cette aune, l'harmonisation du droit passe par la formulation d'un droit comparé approximatif, dégagé de ses contingences systémiques, appelant à la création d'un *jus commune* transnational qui échapperait aux législateurs et à leur cadre juridique trop étroit, remettant le véritable pouvoir de dire le droit, dans les faits, aux juges. Sur ces idées subversives et non démocratiques, voir notamment : H. Patrick GLENN, « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 339 [« **Disposition préliminaire** »] ; H. Patrick GLENN, « Harmonization of Private Law Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions », dans ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ / INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW, *Rapports généraux, XIII<sup>e</sup> congrès international, Montréal 1990, XIII<sup>th</sup> International Congress General Reports*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 79 [« **Harmonization** »] ; L. Le BEL et P.-L. Le SAUNIER, *loc. cit.*, *supra* note 101.

## 1. En droit civil québécois et en *Common Law* anglo-américaine

Le droit civil québécois appartiendrait à la famille dite « romano-germanique », tandis que le droit américain appartiendrait à la famille de la *common law*. En cela, il existe une proximité entre ces deux familles, qui incite à parler de l'existence d'une famille de droit « occidentale », puisque leurs solutions respectives relèvent essentiellement d'une même conception du droit et de la justice <sup>948</sup>. Cela est d'autant plus vrai que le droit québécois, pris dans son ensemble, est un droit « mixte », car son droit privé est d'origine civiliste et son droit public, d'origine britannique <sup>949</sup>. Notre attention portera surtout sur la notion de « codification » en droit civil [1.1], pour ensuite comparer cette idée et voir de quelle manière elle peut se traduire en droit anglo-américain, un droit certes inspiré du *judge made law*, où le droit légiféré occupe néanmoins une place sans cesse grandissante [1.2].

### 1.1 la codification du droit : but, objet et technique de rédaction législative

*Portalis, soucieux avant tout de faire œuvre pratique, tentait de concilier les opinions adverses. Il cherchait la leçon des traditions du Nord et de celles du Midi, invoquant l'Histoire, cette « physique expérimentale des lois ».*

Jean GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 206-207.

L'Histoire, physique expérimentale des lois. Portalis était bien inspiré de conférer une telle portée à l'étude de l'Histoire du droit dans un contexte de réforme. S'il cherchait la leçon des traditions du Nord et de celles du Midi <sup>950</sup>, nous cherchons, dans le cas qui nous

<sup>948</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 358, n<sup>os</sup> 16-19, p. 16-19.

<sup>949</sup> Sur le caractère de droit mixte du droit québécois, lire : John E.C. BRIERLEY, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 103.

<sup>950</sup> L'importance du Code civil ne s'est jamais démentie en France. Avec le temps, plusieurs juristes et sociologues français estiment que le Code civil est, à tout le moins sociologiquement, la

occupe, la leçon des traditions de droit civil et de celles du droit américain. Nous tenterons de cerner, dans un premier temps et de façon générale, le but et l'objet de la codification [1.1.1], pour nous attarder, en second lieu, aux aspects qui sont les propres de cette technique de rédaction législative [1.1.2].

### 1.1.1 but et objet de la codification

Parler de « la codification », de façon imprécise, s'avère beaucoup trop large. On sait en effet qu'à lui seul, le terme « codification » réfère, en droit contemporain, à un phénomène « *complexe et multiforme* »<sup>951</sup>. A.-F. Bisson a bien dégagé « *l'inventaire [qui] peut être fait des considérations d'ordre juridique, social ou technique qui sont à la base des codifications : unifier ou harmoniser le droit; le rendre plus certain, plus simple ou plus accessible; consolider l'ordre social ou en imposer le renouveau total ou partiel; rehausser le prestige de l'État ou en assurer son indépendance* »<sup>952</sup>. Ces considérations ne seraient pas, du reste, mutuellement exclusives, ce qui dès lors empêche de réduire l'entendement de la notion à la simple expression d'un dénominateur commun à toutes formes de codification<sup>953</sup>. Pour fins de compréhension et de circonspection de la matière, A.-F. Bisson distingue les codifications dites « organisatrices » des codifications dites « palliatives », les premières répondant aux objectifs classiques de la codification réelle, les secondes participant davantage de la compilation :

---

véritable Constitution de France, à titre de symbole d'unification. Voir : Rémy CABRILLAC, « Le *Code civil* est-il la véritable constitution de la France ? », (2005) 39 *R.J.T.* 245. En ce sens, l'adoption d'un Code civil Européen aurait une fonction symbolique et unificatrice aussi puissante qu'une monnaie ou une Constitution communes.

<sup>951</sup> Voir : Alain-François BISSON, « Aspects contemporains de la codification », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The Legal Order and the Realm of Commerce*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 135, 139.

<sup>952</sup> *Ibid.*

<sup>953</sup> *Ibid.*

Entre ces deux types [de codifications], des compénétrations sont sans doute toujours possibles et effectivement parfois présentes. Il ne paraît toutefois pas illégitime de les opposer, si l'on considère que la façon dont sont vécues les codifications organisatrices est un révélateur tenace de certaines différences essentielles entre les traditions de droit civil et de common law, tandis que, malgré la diversité des réponses techniques, les codifications palliatives ont tendance à faire passer au second plan les spécificités des traditions, soudain réunies face au même mal existentiel.<sup>954</sup>

Ce mal existentiel, c'est la prolifération de lois particulières et de textes réglementaires.

Cette inflation législative serait inévitable, même lorsque l'on procède à une codification organisatrice du droit. Nous traiterons de cet aspect, ainsi que des codifications palliatives, en deuxième partie de chapitre. Pour l'instant, concentrons-nous sur l'aspect « organisateur » de la codification, tel qu'il s'entend dans la tradition de droit civil.

En droit québécois, le *Code civil du Québec* établit le « droit commun », nous indique sa Disposition préliminaire<sup>955</sup>. On a vu, dans le texte de cette Disposition, unique en son genre parmi les pays de la tradition civiliste, une intention non équivoque de

---

<sup>954</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>955</sup> Voir le texte de la Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, qu'il apparaît utile de reproduire, afin d'en bien montrer le sens et la portée :

#### DISPOSITION PRÉLIMINAIRE

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le Code est ainsi constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

#### PRELIMINARY PROVISION

The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.

The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

concrétisation de l'effet de codification, voir même d'un effet de « système »<sup>956</sup>. Cet effet de système conférerait, au *Code civil du Québec*, « la plus grande extension possible [à son] champ opérationnel, tant conceptuel que normatif »<sup>957</sup>. Il devient ainsi la source première du droit, constituant de ce fait un « réservoir de concepts »<sup>958</sup> et, partant, la toile de fond de l'ensemble du système juridique. Ce faisant, la Disposition préliminaire joue une fonction organisatrice du système et s'érige en rempart contre toute interprétation « statutaire » que l'on pourrait être tenté d'en faire, qui lui conférerait alors le statut d'une loi parmi tant d'autres<sup>959</sup>. Enfin, la Disposition préliminaire reconnaîtrait l'« incomplétude » du Code civil de deux manières, soit en référant aux principes généraux du droit, soit en référant aux lois particulières ou spéciales, qui viennent y ajouter ou y déroger<sup>960</sup>.

---

<sup>956</sup> Voir l'exposé magistral d'Alain-François BISSON, « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 539, 546.

<sup>957</sup> *Ibid.*, p. 552.

<sup>958</sup> Voir: Alain-François BISSON, « A Comparison Between Statutory Law and a Civil Code », dans Raymond A. LANDRY et Ernest CAPARROS, dir., *Essays on the Civil codes of Québec and St. Lucia*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1984, 225, 232-233.

<sup>959</sup> A.-F. BISSON, *loc. cit.*, *supra* note 682, p. 44 et suiv. La Cour suprême du Canada a reconnu que le *Code civil du Québec*, de par sa Disposition préliminaire, constitue le droit commun du Québec. Voir : *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862, n<sup>os</sup> 15-16, en particulier au n<sup>o</sup> 15 : « Cette disposition édicte en termes explicites que le Code civil constitue le droit commun du Québec. Ainsi, contrairement au droit d'origine législative des ressorts de common law, le Code civil n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet ». Cette distinction de la *common law* entre le droit « statutaire » et la *common law* non-écrite tendrait à s'amenuiser de nos jours, même si le *statute law* conserve sa nature d'exception. Voir : L. Le BEL et P.-L. Le SAUNIER, *loc. cit.*, *supra* note 101, p. 230-231. Ce qui amène à une plus grande convergence entre les deux traditions, car les divergences d'interprétation s'estompent et la *common law* se « civilise », en quelque sorte.

<sup>960</sup> A.-F. BISSON, *loc. cit.*, *supra* note 682, p. 46-47. Certains voient dans cette référence aux « principes généraux du droit » une ouverture du Code civil à la *common law* et aux autres traditions juridiques, et ce, afin d'éviter toute interprétation « hermétique et étroite ». Voir : L. Le BEL et P.-L. Le SAUNIER, *loc. cit.*, *supra* note 101, p. 203-206. Voir aussi : H.P. GLENN, *Disposition préliminaire*, *supra* note 947. Avec déférence, nous croyons que les tenants de cette opinion font fausse route. En effet, dans les sources du droit civil même, l'on identifie les « principes généraux du droit » qui réfèrent à ces principes tels qu'entendus dans la tradition

L'œuvre de codification organisatrice en est une de rationalisation du droit, c'est-à-dire de « *recomposition d'ensemble sur une branche du droit, obéissant à un ordonnancement raisonné et construit de la matière* »<sup>961</sup>. Son modèle le plus répandu est celui du *Code civil des Français* de 1804 dit, un temps, « *Code Napoléon* ». L'apparition du Code Napoléon ne fut pas spontanée. Cet œuvre fut le résultat d'une lente évolution du droit s'échelonnant sur plusieurs siècles. Il avait été précédé, entre autres, de la consignation par écrit de nombreuses coutumes du royaume. De grands auteurs procédèrent ensuite à la synthèse de ce droit coutumier, que l'on identifiera par la suite comme étant le « droit commun coutumier », et dont l'œuvre de Pothier en sera incontestablement l'aboutissement, qui précédera la codification. Objectifs de certitude, d'accessibilité et d'unification du droit; objectif d'unification politique et commerciale de la nouvelle République; continuation de l'ancien droit sur certains aspects mais rupture sur d'autres

---

civiliste. Il ne faudrait donc pas conclure à une ouverture tous azimuts qui permettrait de dénaturer le Code civil par des emprunts trop fréquents ou non justifiés, banalisant ainsi l'originalité et la cohérence intrinsèque de l'œuvre de codification. Sur ces questions, voir : Paul-André CRÉPEAU, *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification (1965-1977)*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003 [« *Une certaine conception* »], p. 14-29. De même, la lecture du message législatif ne commande pas toujours son interprétation et, lorsqu'elle s'avère nécessaire, l'interprétation, en droit civil, consiste en la recherche de l'intention du législateur, car c'est ce dernier qui établit le droit, non pas le magistrat. Voir, à ce sujet : Paul-André CRÉPEAU, « Essai de lecture du message législatif », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1995, 199 [« *Essai de lecture* »]. Enfin, le juge Beetz ne rappelait-il pas, avec beaucoup d'à-propos, que « [l]e droit civil, qui est un ensemble de règles de droit privé, se compose en grande partie, mais non pas exclusivement, du droit énoncé dans le Code civil du Bas-Canada et le Code civil du Québec » ? Voir : *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1. R.C.S. 705, 715.

<sup>961</sup> Voir : Dominique GAURIER, « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) 31 *R.G.D.* 1, 65.

pour laisser place aux nouvelles idées révolutionnaires, voilà ce que l'on chercha à accomplir <sup>962</sup>.

L'entreprise de codification Bas Canadienne reposerait essentiellement sur des motifs d'ordre technique, bien que l'on puisse inférer, du contexte de l'époque, des facteurs socio-politiques qui aient pu jouer un rôle <sup>963</sup>. L'adoption, en 1866, du *Code civil du Bas Canada*, était le fruit d'une certaine évolution juridique ayant pris cours sur plusieurs années <sup>964</sup>. Elle visait à assurer la certitude et l'accès au droit, tant en langue française qu'anglaise.

On sait maintenant, en ce début de millénaire, qu'un code civil, tout parfait qu'il puisse être lors de son adoption, n'atteint jamais un degré absolu et immuable de perfection, ni qu'il ne présente un caractère exhaustif et complet, contrairement à ce que l'on a pu croire et véhiculer à ce sujet au XIX<sup>ième</sup> siècle. Les détracteurs de la codification de style français s'attaquèrent à ces idées reçues <sup>965</sup>. Désormais, on s'entend généralement pour

---

<sup>962</sup> Pour des synthèses autorisées et éclairantes du processus ayant mené à la codification napoléonienne et des objectifs que l'on poursuivait, lire J. GAUDEMET, *op. cit.*, *supra* note 1, p. 178-221; D. GAURIER, *loc. cit.*, *supra* note 961.

<sup>963</sup> Voir : John E.C. BRIERLEY, « Quebec Civil Law Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L.J.* 521.

<sup>964</sup> Voir : Sylvio NORMAND, « La codification de 1866 : contexte et impact », dans H. Patrick GLENN, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 43.

<sup>965</sup> C'est, entre autres, cette conception de la codification civiliste que retient Grant Gilmore. Voir G. GILMORE, *op. cit.*, *supra* note 317, p. vii-viii. Cependant, ces idées firent l'objet de débats et de contestations vigoureuses en France, notamment par Raymond Saleilles et François Gény. Voir, à ce sujet : Marie-Claire BELLEAU, « Les *juristes inquiets* : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », (1999) 40 *Les Cahiers de droit* 507.

concevoir le Code civil comme étant « *le reflet des réalités sociales, morales et économiques d'une société* », à un moment donné de son histoire <sup>966</sup>.

Enfin, l'entreprise de codification en est une de réflexion, de volonté politique et de démocratisation du droit. La récente réforme du droit civil québécois, qui culminera par l'adoption, en 1991, du *Code civil du Québec*, et par son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994, se sera étendue sur une longue période de trente-six ans, qui aura permis une profonde réflexion de société <sup>967</sup>. Ce qui a fait dire à certains commentateurs avisés que son adoption « *aura supposé, quoi qu'on en ait dit, des volontés politiques non négligeables en fin de compte* » <sup>968</sup>.

Cela paraîtra banal de le dire : la codification ou la recodification, vaste entreprise de réforme du droit, suppose toujours volonté politique et investissement des ressources intellectuelles et pécuniaires nécessaires à sa concrétisation. Rappelons seulement le rôle

---

<sup>966</sup> Paul-André CRÉPEAU, « Les enjeux de la révision du Code civil », dans André POUPART, dir., *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Faculté de l'éducation permanente, Université de Montréal, 1979, 11 [« *Les enjeux* »], 13. Voir aussi : P.-A. CRÉPEAU, *Une certaine conception*, *supra* note 960, p. 3-6, 20-21.

<sup>967</sup> P.-A. CRÉPEAU, *Une certaine conception*, *supra* note 960, p. 15-16 :

« Le Code civil est une œuvre doublement démocratique sur le plan formel des sources. D'une part, en effet, selon la conception la plus classique, le Code civil est œuvre démocratique du fait qu'elle émane directement du pouvoir législatif. C'est dire que les politiques, les techniques et le langage juridiques qui sont privilégiés reçoivent la sanction des organes politiques représentatifs de la société. En un mot, « faire la loi », dans ce contexte, constitue une fonction législative et non une fonction judiciaire. C'est ainsi, notamment, que se distingue le droit civil codifié de la common law, où les normes sont, de principe, l'œuvre des tribunaux.

Dans une société démocratique, en pleine évolution sur le plan des valeurs sociales, morales et économiques, il nous paraît, non seulement éminemment souhaitable, mais, en vérité, essentiel que les grands choix fondamentaux en vue d'accorder le droit aux réalités contemporaines, concernant le statut des personnes, l'organisation de la famille et des successions, le régime des biens, la réglementation des contrats et de la responsabilité civile, soient fixés par la voie délibérative des représentants de la société. » [référence omise]

<sup>968</sup> A.-F. BISSON, *loc. cit.*, *supra* note 951, p. 142.



indispensable de Napoléon lui-même à l'adoption du Code de 1804 <sup>969</sup>. Ces éléments doivent se retrouver également dans un projet de réforme et d'harmonisation du droit, tel que celui étudié dans le cadre du présent travail. Nous y reviendrons en conclusion.

Retenons, en terminant ce bref exposé des buts et des objectifs visés par la codification organisatrice dans la tradition de droit civil, qu'il s'agit de produire un effet de système et de créer le droit commun. Cette codification présentera également des caractéristiques qui lui seront propres dans l'articulation de ses règles et dans leur ordonnancement. Nous considérerons maintenant ses aspects relevant davantage de la technique de rédaction législative.

#### 1.1.2 technique de rédaction législative propre à la codification organisatrice de la tradition civiliste

Les thèmes que nous abordons dans cette partie de notre étude sont bien connus. Il importe néanmoins de les exposer succinctement et d'en faire la synthèse, afin d'en tirer profit dans le cadre de notre projet d'harmonisation du droit des sûretés.

La problématique de la technique de rédaction législative utilisée pour achever l'œuvre de codification sous-entend les objectifs de forme et de présentation de la matière que

---

<sup>969</sup> Voir, en ce sens : Xavier MARTIN, « Fondements politiques du Code Napoléon », (2003) *Rev. trim. dr. civ.* 247, 256. Cet auteur expose également les véritables fondements politiques du Code Napoléon. Au-delà de l'unification des droits du Nord et du Sud, il s'agissait de rétablir la paix sociale dans la République après la Terreur de la Révolution, qui avait plongé l'Homme dans l'état de nature, dans un individualisme exacerbé. Et cet état, ce n'était pas celui du « bon sauvage », mais bien du cannibale, de l'anthropophage, du mauvais sauvage. Il s'agissait de rétablir les liens sociaux, le tissu social, qui passait par la prédominance du père, son pouvoir de librement tester, d'administrer un patrimoine, et d'être propriétaire foncier, car l'équilibre de l'Empire repose essentiellement sur le « gouvernement des familles ». Sur ces questions et le rôle fondamental de Bonaparte, voir aussi : J. LECLAIR, *loc. cit.*, *supra* note 697.

l'on se propose d'atteindre <sup>970</sup>. Les qualités formelles présentant pour nous le plus grand intérêt, on nous autorisera à reproduire ce qu'écrivait P.-A. Crépeau à ce sujet :

Un Code civil ne saurait être un livre secret, accessible aux seuls spécialistes du droit. Un Code civil est d'abord et avant tout destiné au citoyen; il doit pour cela, en évitant autant qu'il est possible le jargon professionnel, parler avec simplicité et netteté, concision et clarté.

Il convient également de souligner l'intérêt que comportait la rédaction du *Projet [de Code civil]* en langues française et anglaise, les deux langues législatives du Québec. L'on a voulu que les deux versions fussent rédigées de telle façon que l'une ne soit pas une simple traduction de l'autre, mais bien que chacune s'exprime selon le génie propre de la langue utilisée. Et combien de fois, dans la confrontation des textes, n'a-t-on pas pu constater qu'il fallait remettre sur le métier un texte, tantôt français, tantôt anglais, car l'on se rendait compte que l'idée des rédacteurs avait été mieux exprimée dans une langue plutôt que dans l'autre.

On a donc consacré beaucoup de temps à la forme des textes, non pas certes pour procurer des satisfactions littéraires à quelque Stendhal du vingtième siècle, mais pour atteindre à cet idéal qu'incarnait le Code civil de 1804. <sup>971</sup>

[Nos soulèvements]

Atteindre à cet idéal qu'incarnait le Code civil de 1804, code conçu par des praticiens, pour des praticiens et pour le public non-spécialiste, en opposition au modèle et au style de codification allemands du BGB de 1896, un code de spécialistes, un code de professeurs, un *Professorenrecht* <sup>972</sup>. Le droit civil cherche donc à faire œuvre simplificatrice, et non œuvre simpliste. La nuance est importante. Au demeurant, on a souligné que si l'achèvement législatif moderne de la tradition du droit civil est la codification, cette codification n'est pas de l'essence du droit civil <sup>973</sup>. Au delà de la cohérence que cherche à accomplir toute codification, dans quelque tradition juridique, il

<sup>970</sup> P.-A. CRÉPEAU, *Les enjeux*, supra note 966, p. 31.

<sup>971</sup> *Ibid.*, p. 31. Voir aussi : Louise LANGEVIN et Denise PRATTE, « Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française », dans H.Patrick GLENN, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 63.

<sup>972</sup> D. GAURIER, *loc. cit.*, supra note 961, p. 81.

<sup>973</sup> A.-F. BISSON, *loc. cit.*, supra note 682, p. 43. Par exemple, le droit civil écossais n'est pas codifié.

existerait une « *cohérence propre à la pensée civiliste* », c'est-à-dire un « *goût particulier de la synthèse normative* », qui se traduira par une « *[p]ensée liante, plutôt que juxtaposante, la pensée civiliste procéd[ant] plus volontiers que d'autres par vues d'ensemble et par catégories, auxquelles on s'efforcera, dans la recherche des solutions pratiques, de ramener toute situation imprévue* ». On a ainsi parlé d'une façon « *centripète de penser par éléments recomposables* »<sup>974</sup>.

Ce style de rédaction législative sera plus ou moins bien reçu selon la tradition juridique en place dans une juridiction donnée, dont le rôle conféré au droit légiféré pourra en favoriser une interprétation restrictive<sup>975</sup>. C'est ce que nous allons maintenant étudier en retraçant les particularismes propres au droit américain dans le domaine.

---

<sup>974</sup> *Ibid.*, p. 43-44. En ce sens, il fut jugé que le *Code civil du Québec*, du moins en ce qui concerne sa plus récente réforme des sûretés réelles regroupées sous le seul concept unificateur de l'hypothèque, est demeuré fidèle au style civiliste, bien qu'opérant une rupture face à l'ancien droit et au droit français, car « *innover n'est pas trahir* ». Voir : Jacques AUGER, « Le style civiliste et le droit des sûretés réelles », dans Nicholas KASIRER, dir., *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, 47. Par ailleurs, le ministère de la Justice du Canada a récemment procédé à une analyse des particularismes propres aux « styles législatifs » des deux traditions que sont le droit civil et la *common law*. Force est cependant de constater que cette analyse ne mène pas à une conclusion particulière quant à l'arrimage de ces styles différents au niveau de la rédaction de la législation fédérale. Voir : M.-C. GERVAIS et M.-F. SÉGUIN, « Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 2, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 1, p. 4-6, en ligne : <http://canada.justice.gc.ca/fr/min/pub/hfl/fascicule2.pdf>, (consulté le 20 août 2001).

<sup>975</sup> Il est important de noter que la technique de rédaction législative relevant de cette pensée civiliste ne serait présente qu'à divers degrés, en droit québécois, selon qu'il s'agisse du Code civil ou des lois particulières. Un auteur a bien retracé l'évolution des techniques de rédaction législative en droit québécois, largement tributaires de ses origines juridiques mixtes. On lira avec intérêt, à ce sujet, ce qu'écrivit Pierre ISSALYS, « La rédaction législative et la réception de la technique française », dans H.Patrick GLENN, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 119. Voir également Marie-Josée LONGTIN, « Les incidences de la réforme du Code civil sur la législation », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1998, 1, concernant l'évolution plus récente de la technique de rédaction législative en droit légiféré québécois.

## 1.2 du *judge made law* au droit légiféré

Le droit américain, tout en affichant d'indéniables racines et appartenances à la famille de la *common law*, n'en constitue pas moins un droit original. De ce fait, on ne peut pas en fournir les mêmes explications qu'en regard du droit anglais <sup>976</sup>.

À l'instar du droit anglais, le droit américain est un droit jurisprudentiel. Ce droit jurisprudentiel, dont les fondements sont anglais, puise ses racines dans une conception initialement procédurière de la justice. Justice royale qui s'implantera à travers tout le royaume, suite à la Conquête normande de 1066, par l'établissement de Cours royales de justices. La *common law* constituera, de ce fait, le droit commun à toute l'Angleterre, par opposition aux coutumes locales, qui disparaîtront graduellement par le seul effet du temps. En outre, la *common law* constitue toujours le droit commun de l'Angleterre et, généralement, des autres pays du *Commonwealth*. C'est aussi le droit commun des États-Unis d'Amérique, dans sa fonction de réservoir de concepts, de toile de fond à l'ensemble du système juridique.

Il ne nous appartient pas, ici, de refaire l'Histoire de la *common law*. Pour paraphraser A.-F. Bisson, elle a déjà été faite, et bien faite, par nombre d'auteurs. Ce qu'il nous importe de retenir tient en deux idées, de formulation simple. La première, c'est que le juge de *common law* ressent toujours une certaine forme de malaise face aux lois particulières. On a dit que la loi, dans un pays de *common law*, ne deviendra source de droit qu'après avoir été, en quelque sorte, « sanctionnée » par le juge, qui dira ce qu'elle veut dire. Ce malaise se traduirait habituellement par une interprétation restrictive du texte. On verra toutefois qu'une nouvelle forme d'interprétation et de conception de la

---

<sup>976</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 358, n° 366, p. 328.

loi comme source normative du droit se frayerait tranquillement un chemin, du moins en droit américain. La seconde tient à la technique de rédaction législative. Généralité et abstraction, propres à cette « pensée civiliste » à laquelle nous référerions plus tôt, ne seraient toujours pas l'apanage des législateurs issus de la tradition de *common law*, qui voient cette technique avec « suspicion »<sup>977</sup>.

Le droit américain connaît l'idée de codification organisatrice du droit. L'exemple le plus éloquent est celle opérée par le *Uniform Commercial Code*. La section U.C.C. § 1-103 (2010) indique les objectifs visés par cette vaste législation. Il s'agirait de simplifier, clarifier et moderniser le droit régissant les relations commerciales, de permettre le développement continu des pratiques commerciales à travers les coutumes, les usages et la liberté contractuelle des parties et, enfin, d'uniformiser le droit commercial à l'échelle des États-Unis d'Amérique.

Le *Uniform Commercial Code*, sans être devenu le droit commun, serait devenu un texte de loi fondamental : il va au-delà du simple *statute* et présente l'effet d'une codification organisatrice<sup>978</sup>. Issu des visées du « *legal realism* » américain et de la pensée de Karl Llewellyn, la loi fut dès lors perçue dans sa fonction directrice, organisatrice et créatrice de normes sociales et juridiques. La loi devra graduellement occuper le rôle de moteur de changement de l'ordre social et juridique. Ainsi, le *Uniform Commercial Code* serait à la fois un « *statute* » et une source de droit. Dans cet ordre d'idée, on constaterait une évolution de l'interprétation de ce texte législatif par les magistrats, qui auraient tendance

---

<sup>977</sup> *Ibid.*, n° 353, p. 316-317.

<sup>978</sup> Voir, à ce sujet : Sarah HOWARD JENKINS, « Preemption & Supplementation Under Revised 1-103 : The Role of Common Law & Equity in the New U.C.C. », (2001) 54 *SMU Law Review* 495; Robin L. MEADOWS, « Code Arrogance and Displacement of Common Law and Equity : A Defense of Section 1-103 of the Uniform Commercial Code », (2001) 54 *SMU Law Review* 535.

à déduire des normes juridiques de l'interprétation téléologique ou historique du texte même, tout en continuant d'avoir recours aux précédents<sup>979</sup>. La valeur conférée aux précédents serait toutefois atténuée, dans ce contexte, pour se rapprocher de celle que les civilistes lui confèrent traditionnellement, c'est-à-dire, pour employer la désormais célèbre maxime énoncée par Adjutor Rivard, que « *les précédents ne valent que ce que valent leurs motifs* »<sup>980</sup>.

Ainsi y observe-t-on un certain effet de codification, qu'il serait imprudent de conclure à la présence d'un effet de système, résultant de ce texte. La disposition de la section U.C.C. § 1-103 (2010) nous rappelle en effet que

Unless displaced by the particular provisions of this Act, the principles of law and equity, including the law merchant and the law relative to capacity to contract, principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake, bankruptcy, or other validating or invalidating cause shall supplement its provisions.

La *common law* et ses institutions constituent donc toujours le droit commun applicable sous l'empire de cette loi et est considérée comme telle aux États-Unis, de façon plus générale. Il s'agit là d'une différence notoire entre cette codification organisatrice et celle observée dans la tradition de droit civil<sup>981</sup>.

---

<sup>979</sup> Pour une formulation plus détaillée de ces idées, lire: Shael HERMAN, « Llewellyn the Civilian : Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code », (1982) 56 *Tul. L. Rev.* 1125. Voir aussi, en ce qui a trait aux influences germaniques ayant inspiré la rédaction du *Uniform Commercial Code*, James WHITMAN, « Commercial Law and the American Volk : A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code », (1987) 97 *Yale L. J.* 156.

<sup>980</sup> Voir : Adjutor RIVARD, *Manuel de la Cour d'Appel*, Montréal, Éditions Variétés, 1941, p. 55.

<sup>981</sup> A.-F. Bisson a déjà bien noté ces divergences. Voir : A.-F. BISSON, *loc. cit.*, *supra* note 951, p. 144-145. Sur l'histoire de la codification du droit privé dans son ensemble aux États-Unis et son impossible avènement, voir : David GRUNING, « *Vive la différence ? Why No Codification of Private Law in the United States ?* », (2005) 39 *R.J.T.* 153.

Enfin, il nous sera permis de dire un mot au sujet du style de rédaction du *Uniform Commercial Code*. Un auteur aura relevé que « [n]o feature of the *Uniform Commercial Code* disturbs a civilian ear more than its verbosity »<sup>982</sup>. Cette prolixité propre au *Uniform Commercial Code* et au droit « statuaire » anglo-américain, pris de façon plus générale, tient à plusieurs facteurs. Deux de ces facteurs retiennent notre attention de façon plus spécifique. D'abord, une aversion, affichée par Llewellyn lui-même, à l'égard de principes généraux et abstraits, ce dernier leur préférant une conception qui décrirait la succession pratique des événements qui s'observent dans les transactions commerciales, allant des négociations à leur extinction. En deuxième lieu, compte tenu d'une forte tradition les incitant à la prolixité, on aurait présument voulu que les juristes de *common law* se retrouvent en paysage familier<sup>983</sup>.

En terminant ce bref survol de l'entendement de la codification organisatrice en droit civil québécois et en droit américain, on constate un rapprochement et une convergence de vues qui tend à s'accroître, au fil du temps, entre ces deux traditions, notamment en ce qui a trait à l'établissement de normes juridiques et aux moyens utilisés pour ce faire. H.P. Glenn y aurait vu une certaine « *civilisation de la common law* »<sup>984</sup>. Les différences systémiques demeurent, ce dont il faudra inévitablement prendre en compte lors de la rédaction et de l'élaboration d'outils juridiques internationaux d'harmonisation du droit.

---

<sup>982</sup> S. HERMAN, *loc. cit.*, *supra* note 979, p. 1166.

<sup>983</sup> *Ibid.*, p. 1163-1167.

<sup>984</sup> Voir : H.Patrick GLENN, « La civilisation de la common law », dans *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 595. Un auteur américain semble d'accord quant à l'adaptation culturelle et à l'importance du changement que suscita l'adoption du *Uniform Commercial Code* dans les années 1950 aux États-Unis. Voir : D. BECK FURNISH, *loc. cit.*, *supra* note 422, p. 6-7.

À cet égard, nous verrons maintenant qu'il existe divers contextes et diverses formes de l'harmonisation du droit.

## 2. Les divers contextes et formes de l'harmonisation du droit

L'harmonisation du droit prend, en ce début de millénaire, de multiples visages. Dans notre perspective, il importe de considérer les tenants et les aboutissants du bijuridisme canadien [2.1], pour ensuite étudier les aspects généraux de l'harmonisation du droit à l'échelle internationale [2.2].

### 2.1 pays de droit mixte : le bijuridisme canadien

On observe, au Canada, la coexistence de deux systèmes juridiques, à savoir le droit civil d'inspiration française, au Québec, et la *common law* d'inspiration anglaise, dans les autres provinces et territoires. Cette réalité s'observe également au niveau du législateur fédéral<sup>985</sup>.

Comme on le sait, le Canada est une fédération. Il y existe deux principaux paliers de législateurs, à savoir ceux des provinces et celui du gouvernement fédéral. Leurs compétences législatives leur sont attribuées aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>986</sup>. En raison de ce partage de compétences législatives, on remarque qu'il y

---

<sup>985</sup> Une analyse éclairante de ce phénomène fut rédigée par John E.C. BRIERLEY, « Bijuralism in Canada », dans *Contemporary Law / Droit contemporain*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 22. J. Brierley fournit une définition générale de la notion (à la p. 22) : « *Bijuralism (bijuridisme) in Canada signifies the coexistence of the English Common law and the French Civil law traditions within a country organized along federal lines* ». Le mérite et l'originalité du texte de J. Brierley est de décrire et de précéder la venue d'un bijuridisme systématique tel qu'il semble être en train de se forger au Canada. Voir aussi, en ce sens, Michel BASTARACHE, « Le bijuridisme au Canada », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien* : fascicule 1, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 17, en ligne : <http://Canada.justice.gc.ca/fr/min/pub/hfl/fascicule1.pdf> (consulté le 19 août 2001).

<sup>986</sup> *Supra*, note 74.



existerait trois (3) niveaux de bijuridisme<sup>987</sup>. En premier lieu, la province de Québec vivrait elle-même une certaine forme de bijuridisme ou de mixité juridique, par son droit privé, d'inspiration civiliste, et son droit public, d'inspiration britannique. Suite à l'adoption du *Code civil du Québec*, on note d'ailleurs certains efforts du côté du législateur québécois, visant l'« harmonisation » terminologique et conceptuelle du *corpus* des lois dites « publiques » avec le Code civil<sup>988</sup>. En second lieu, dans les autres provinces et territoires canadiens, c'est la *common law* d'inspiration anglaise qui régit tant le droit privé que les institutions publiques. Enfin, au niveau du gouvernement fédéral canadien, on note l'adoption du modèle du parlementarisme britannique, où la *common law* d'inspiration anglaise constitua longtemps le fondement de son organisation. Si cela est toujours vrai aujourd'hui, on observe néanmoins une certaine volonté d'intégration des préceptes civilistes à la législation fédérale. On peut expliquer les raisons de ce phénomène par un certain nombre de facteurs. D'une part, par le bilinguisme institutionnel et législatif; d'autre part, en raison de l'impulsion d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil québécois, dans la foulée de l'adoption et de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Ce faisant, la législation fédérale « harmonisée » et « bijuridique » a pour effet d'exposer, de façon incidente, les provinces de *common law* à la tradition du droit civil, telle qu'elle s'entend et se construit au Québec.

Le Canada, au niveau fédéral, est un pays officiellement bilingue. Le français et l'anglais sont les deux langues officielles de ce pays. Ce qui signifie, concrètement et pour ce qui

---

<sup>987</sup> J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, *supra* note 985, p. 24-25.

<sup>988</sup> Voir, à ce sujet, de façon générale, M.-J. LONGTIN, *loc. cit.*, *supra* note 975.

nous intéresse au premier plan, que les lois fédérales sont édictées dans ses deux langues officielles. Au niveau provincial, cette réalité s'observe à divers degrés. Le Nouveau-Brunswick procède du même niveau de bilinguisme que le gouvernement fédéral. Le Québec est tenu d'édicter ses lois et règlements tant en anglais qu'en français. Ainsi, le *Code civil du Québec* est-il rédigé dans ces deux langues, comme nous avons voulu le souligner tout au long du présent texte. Les jugements y sont cependant rendus et publiés, le cas échéant, dans la langue du juge, et ne sont pas traduits, bien que le procès ait pu se dérouler tant en français qu'en anglais. Le Manitoba est tenu au bilinguisme législatif, ce qui fut confirmé par la Cour suprême du Canada. L'Ontario édicte aussi, de façon volontaire, ses lois et règlements en français et en anglais<sup>989</sup>. Ce « bilinguisme législatif » n'est qu'une caractéristique « transversale » du bijuridisme canadien, pour reprendre le mot de J.E.C. Brierley, suggérant qu'aucune langue ne saurait plus être propre et exclusive à traduire les préceptes d'une tradition juridique en particulier.

Ainsi, le bijuridisme « canadien » se refléterait par les efforts du législateur fédéral consistant à harmoniser ses lois avec le droit civil québécois. C'est cette dernière forme de bijuridisme qui retiendra davantage notre attention, et qui présente le plus d'intérêt dans le cadre de l'étude de projets d'harmonisation du droit des sûretés mobilières à l'internationale. Pour plus de clarté, il importe de préciser ce dont il s'agit, lorsqu'il est question d'harmoniser la législation fédérale avec le droit civil québécois. Nous parlerons, ici, du bijuridisme canadien « législatif », que d'autres identifient comme étant

---

<sup>989</sup> J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, *supra* note 985, p. 26-27. Voir aussi : André BRAËN, « L'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif », dans *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 807.

le bijuridisme canadien « institutionnel », par opposition à un vague bijuridisme canadien « culturel », dont on souhaite l'avènement mais sans trop y croire <sup>990</sup>.

On conviendrait généralement qu'il n'existe pas de droit commun « fédéral » ou national en matière de droit privé <sup>991</sup>. Partant, il en résulterait donc une « complémentarité » entre le droit fédéral et le droit commun de la province d'application de l'un des textes fédéraux présentant une certaine « dépendance » eu égard aux concepts du droit privé (c'est-à-dire ceux touchant la « *propriété et les droits civils* »). Ce droit commun applicable en droit fédéral sera, au Québec, le droit civil; dans les autres provinces et territoires, ce sera la *common law*, à moins, dans chacun de ces cas, que le gouvernement fédéral choisisse de s'en dissocier, de façon partielle ou complète, par l'adoption de règles *sui generis* édictées par lui de façon précise, qui écartent d'emblée le recours à ces droits communs à titre « supplétif » <sup>992</sup>, ce qui n'est pas sans soulever, bien sûr, la question de la constitutionnalité d'un tel droit privé fédéral « dissocié » ou « supplétif ». Une telle question, cependant, ne semble plus émouvoir grand monde <sup>993</sup>; certains rêvent même d'une rencontre des traditions juridiques, de *common law*, de droit civil, voire autochtone ou autre, dans l'élaboration de ce droit fédéral privé « dissocié »,

---

<sup>990</sup> Voir : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 7 et suiv.

<sup>991</sup> J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, *supra* note 985, p. 35.

<sup>992</sup> *Loi d'interprétation*, L.R.C., 1985, c. I-21, art. 8.1 et 8.2. Voir, de façon générale au sujet de ces notions, M.-C. GERVAIS et M.-F. SÉGUIN, *loc. cit.*, *supra* note 974, p. 7-12.

<sup>993</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. A. 2.3.4. b), relative au financement postérieur à l'ouverture d'une procédure collective au Canada, qui aborde la récente réforme du droit de l'insolvabilité au Canada.

« multijuridique » (et non pas seulement bijuridique), que l'on souhaiterait « métissé »<sup>994</sup>.

Cette interprétation du droit fédéral découle de multiples facteurs, ayant pour vecteur commun la reconnaissance progressive de l'autonomie du droit civil comme système, tant au niveau judiciaire<sup>995</sup> que politique<sup>996</sup>. Concrètement, cela signifie que l'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec

[...] vise à assurer que les notions, concepts et institutions propres au droit civil de [cette] province [...] soient adéquatement reflétées dans le corpus législatif fédéral. Le Programme a aussi pour but d'assurer que les modifications apportées à la législation fédérale tiennent compte de la terminologie française de common law.<sup>997</sup>

Il s'agit donc de faire en sorte que la législation fédérale soit en mesure de bien refléter cette « cohabitation »<sup>998</sup> des systèmes de *common law* et de droit civil afin de rejoindre les « quatre auditoires » résultant de cet entendement du bijuridisme canadien, à savoir les civilistes de langues française et anglaise, et les *common lawyers* de langues française et anglaise. Ce faisant, il s'agirait « d'harmoniser la législation fédérale, sans modifier la

---

<sup>994</sup> J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *loc. cit.*, *supra* note 990, p. 9, 20-21.

<sup>995</sup> La Cour suprême du Canada aurait graduellement reconnu cet état de faits. Voir, notamment, John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, *supra* note 985, 39-40. De plus, cette Cour a reconnu que le *Code civil du Québec*, de par sa Disposition préliminaire, constitue le droit commun du Québec. Voir : *Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862, n<sup>os</sup> 15-16.

<sup>996</sup> Pour un résumé des mouvements plus politiques ayant conduit à l'adoption d'une politique du bijuridisme canadien, lire, entre autres, L.A. LEVERT, « La cohabitation du bilinguisme et du bijuridisme dans la législation fédérale canadienne : mythe ou réalité ? » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 1, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 5; M.-C. GERVAIS, « Harmonisation des lois fédérales avec le droit civil du Québec et le postulat de la complémentarité », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 1, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 10; L. MAGUIRE WELLINGTON, *loc. cit.*, *supra* note 12, p. 1-3.

<sup>997</sup> L. MAGUIRE WELLINGTON, *loc. cit.*, *supra* note 12, p. 3.

<sup>998</sup> M.-C. GERVAIS et M.-F. SÉGUIN, *loc. cit.*, *supra* note 974, p. 18 (note 58).

*common law*, de façon à ce que les juristes civilistes y reconnaissent les concepts de leur droit privé et appliquent plus adéquatement les textes normatifs fédéraux au Québec »<sup>999</sup>. Ne pas modifier la *common law* : qu'est-ce à dire ? Cette question est fondamentale dans un contexte de bijuridisme. À l'heure actuelle, le bijuridisme canadien s'articule surtout autour de l'intégration de la terminologie et des concepts civilistes à la législation fédérale, suite aux bouleversements suscités par l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*. Cependant, dans une perspective où l'on considère cette *common law* comme référant au droit commun applicable dans une province donnée, de façon complémentaire dans le cadre de la mise en œuvre dans une juridiction provinciale donnée d'une loi fédérale référant à des concepts de droit privé, on peut s'interroger sur l'étendue même et sur le sens de cette notion de *common law*. Est-ce que cela inclut le droit provincial légiféré (ou « statutaire ») en matière de propriété et de droits civils par une législature provinciale de *common law* ? Nous ne pouvons malheureusement pas débattre, de manière satisfaisante à l'intérieur de ces pages, de cette importante et incontournable question. Qu'il nous suffise de mentionner que la logique inspirant le bijuridisme canadien législatif devrait ultimement atteindre ce résultat, c'est-à-dire celui d'harmoniser le droit fédéral avec toutes les législations provinciales en matière de droit privé, puisque la *common law* des provinces canadiennes-anglaises comporte aussi bon nombre de textes légiférés. En cela, nous pensons notamment à l'intégration plus marquée des concepts émanant des législations de type PPSA au sein de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les arrangements*.

---

<sup>999</sup> Mario DION, « Bijuridisme canadien et harmonisation du droit », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 1, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, 38, p. 42.

Ce qu'il importe de retenir, à ce stade-ci, c'est que résulte de cette philosophie propre au bijuridisme canadien législatif, dans son entendement actuel, une juxtaposition et un parallélisme des deux systèmes de droit privé du Canada au sein de la législation du droit fédéral. Cependant, ce parallélisme n'aurait de résonance qu'au Québec, suscitant l'indifférence généralisée de l'auditoire de *common law*, en raison de plusieurs barrières : linguistiques, culturelles <sup>1000</sup>.

Nous allons maintenant considérer la notion de l'harmonisation du droit dans une perspective plus globale, c'est-à-dire dans un contexte international. Nous pourrions alors être en mesure d'entrevoir quelle peut être l'utilité de la méthode propre au bijuridisme canadien législatif dans cette nouvelle dimension, lorsque nous aborderons, en deuxième section de chapitre, la problématique que soulève l'harmonisation du droit des sûretés mobilières.

## 2.2 perspective internationale

À l'instar de la codification, la notion de l'harmonisation du droit couvre des réalités complexes et multiformes. Il s'avère commode d'opérer une distinction entre l'harmonisation « formelle » et l'harmonisation « informelle » du droit <sup>1001</sup>. L'harmonisation formelle du droit procède d'institutions politiques organisées et de leur pouvoir créateur de normes. Il peut s'agir soit d'atteindre l'unification des normes d'un champ juridique donné. On parle alors d'uniformisation ou d'unification juridique. Il peut autrement s'agir de viser l'atteinte de l'uniformité des résultats, en procédant par l'unification des objectifs, et ce, sans nécessairement procéder par l'unification des

---

<sup>1000</sup> J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *loc. cit.*, *supra* note 990.

<sup>1001</sup> H.P. GLENN, *Harmonization*, *supra* note 947, p. 80.

normes ou de leurs sources systémiques <sup>1002</sup>. Cette intégration juridique est certes la plus radicale et vise, de façon générale, à réduire les différences d'un système à l'autre. Les instruments propres à la réalisation de cette forme d'harmonisation sont les conventions ou traités et, dans une certaine mesure, les lois types <sup>1003</sup>. On comprendra que cette forme d'intégration juridique se bute à de nombreux obstacles, dont les différences systémiques et la souveraineté des États, lorsque l'on vise l'élimination de la diversité à l'intérieur des divers droits internes nationaux <sup>1004</sup>.

À l'inverse, l'harmonisation du droit peut emprunter une voie plus ou moins informelle. Dans ce cas, il s'agit de préserver la diversité des traditions juridiques en présence et de susciter un dialogue créateur entre celles-ci. On conçoit alors la diversité juridique comme un trait culturel, d'une part; on entrevoit par ailleurs la possibilité de générer des solutions novatrices à des problèmes communs, résultant de ce choc des cultures et des idées <sup>1005</sup>.

Il appert donc que la notion de l'harmonisation juridique n'est pas certaine, tant dans sa nature que dans son objet <sup>1006</sup>. Quant à l'objet des projets d'harmonisation internationaux, on note qu'on tend désormais à préciser les règles applicables dans des situations juridiques « authentiquement internationales », c'est-à-dire touchant des

---

<sup>1002</sup> *Ibid.*, p. 81-88.

<sup>1003</sup> Voir, entre autres : Herbert KRONKE, « International uniform commercial law Conventions : advantages, disadvantages, criteria for choice », (2000) 5 *Unif. L. Rev.* 13 (n.s.).

<sup>1004</sup> M. BOODMAN, *loc. cit.*, *supra* note 946, p. 134.

<sup>1005</sup> H.P. GLENN, *Harmonization*, *supra* note 947, p. 88-95. Pour une discussion de ces diverses formes d'intégration juridique dans le contexte du droit africain, voir : Joseph ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 5.

<sup>1006</sup> M. BOODMAN, *loc. cit.*, *supra* note 946, p. 131, 133-135.

transactions commerciales transfrontalières. Quant à la nature même de ces projets internationaux, en ce qui a trait à la notion même de l'harmonisation, il ne s'agit plus de présenter et de retenir les solutions propres à un système juridique en particulier, mais bien d'établir un *corpus* de principes aussi neutres que possible, systématiquement, qui refléteront un choix de valeurs conscient eu égard aux solutions à préconiser. En tout cas, c'est ce que l'on remarque de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*<sup>1007</sup>, des *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*<sup>1008</sup> et de la *Convention du Cap (2001)*<sup>1009</sup>. Lorsque ces projets présentent objectivement, d'un point de vue juridique, une grande valeur, leur influence peut se disséminer à l'intérieur des divers droits nationaux, à l'occasion de réformes locales<sup>1010</sup>.

Mais les tenants de l'harmonisation du droit vont désormais plus loin. C'est l'harmonisation plus formelle qui est recherchée, entre autres par l'adoption de règles similaires dans le domaine du transfert de valeurs mobilières et de titres intermédiés. L'unification des droits internes, en ce domaine, tant en Amérique du Nord qu'en Europe ou en Australie, et leur alignement sur les solutions préconisées par le droit américain, est remarquable. Encouragés par *Unidroit*, la *Conférence de La Haye de droit international*

---

<sup>1007</sup> Supra, note 58. Ainsi, ce texte, mieux connu sous le nom de « Convention de Vienne », « [...] ne réglemente pas les questions concernant la validité du contrat, d'une de ses clauses ou de ses usages. [...] Cette exclusion s'explique principalement par les différences importantes qui existent entre les pays de droit civil et de common law sur ces questions ». Voir : G. LEFEBVRE et E. SIBIDI DARANKOUM, *loc. cit.*, supra note 58, p. 402-403.

<sup>1008</sup> Voir, notamment : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, supra note 52.

<sup>1009</sup> Supra, note 64.

<sup>1010</sup> Voir, entre autres : Julio CÉSAR RIVERA, « Le droit comparé et le droit uniforme dans l'élaboration du projet de Code civil argentin (1998) », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 863; Pierre-Gabriel JOBIN, « Le droit comparé dans la réforme du Code civil du Québec et sa première interprétation », dans H. Patrick GLENN, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 69.



*privé*, la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, la *Conférence canadienne pour l'harmonisation des lois*, ce mouvement a produit, en très peu de temps, des bouleversements législatifs importants à travers l'Occident. C'est ainsi que la science du droit comparé fait œuvre d'« unification », si l'on peut dire, en ce début de millénaire.

Avec ces données en tête, nous sommes maintenant prêts à considérer la question de l'harmonisation du droit des sûretés mobilières.

## **B. L'harmonisation du droit des sûretés mobilières**

Nous traiterons des diverses problématiques que soulève l'harmonisation du droit des sûretés mobilières, d'abord dans une perspective panaméricaine et internationale [1], puis, enfin, dans une perspective pancanadienne [2].

### 1. À l'échelle panaméricaine et internationale

Dans une première étape, nous reviendrons sur l'exposé des chapitres deuxième et troisième de la présente partie de cette étude, afin de brièvement dégager les points de convergences et de divergences quant aux valeurs et aux concepts, qui découlent de cette analyse comparative des systèmes américains, québécois et de ceux proposés aux termes de la *Loi type interaméricaine sur les sûretés réelles mobilières*, de la *Loi type de la BERD*, des *Principes de la Banque mondiale*, de l'*Énoncé de principes du FMI* et, enfin, du *Guide législatif sur les opérations garanties* [1.1]. Cela nous permettra, dans une seconde étape, de formuler certaines conclusions quant à la technique législative à préconiser et quant à l'objet de l'harmonisation du droit à ce niveau [1.2].

## 1.1 points de convergences et de divergences

Dans cette analyse des points de convergences et de divergences entre les systèmes de droit étudiés, il apparaît utile de préciser nos remarques et de les organiser autour de deux thèmes, à savoir celui des valeurs [1.1.1] et, en second lieu, celui des concepts [1.1.2].

### 1.1.1 valeurs

Nous avons pu constater, d'entrée de jeu, que s'il existe certaines différences notables eu égard aux valeurs que préconisent les divers systèmes de sûretés en Occident, il en ressort néanmoins une certaine communion de pensée quant aux principes fondateurs d'un tel système. Partant, ces valeurs reflètent des choix de sociétés, qui peuvent habituellement se justifier aisément selon les contextes, peu importe le point de vue que l'on préconise. Ce n'est donc pas tant à ce niveau qu'à celui des concepts et de leur articulation, de la structure qui les sous-tend, que l'on observe des difficultés d'harmonisation parfois inextricables. Il importe néanmoins de souligner les lignes de forces au chapitre des valeurs, en ce qui a trait aux modalités de constitution de la sûreté [a], à ses mécanismes de publicité [b], à son objet et à sa cause [c] et, enfin, aux priorités entre les créanciers, aux mesures d'exécution et de publicité de la sûreté [d]. Un dernier mot sera dit quant au choix de l'approche globale de ces systèmes et de la cohérence intrinsèque qui en ressort [e].

#### a) constitution de la sûreté

On permet, de façon générale, à toute personne de constituer une sûreté mobilière, avec ou sans dépossession. Les restrictions du droit de la consommation sont évoquées, soit par des restrictions sur les biens de consommation, aux États-Unis, soit par des mesures particulières dans la législation, dans les autres textes. Le droit québécois a imposé, un

temps, certaines restrictions quant à la possibilité de constituer une sûreté sans dépossession pour les personnes physiques « *qui n'exploitent pas une entreprise* », qui sont pratiquement disparues depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Le constituant doit être propriétaire du bien qu'il se propose d'affecter, aux termes du droit québécois et de la *Loi type de la BERD*; le Titre 9 du UCC et la *Loi type interaméricaine sur les sûretés réelles mobilières* ne tiennent pas compte de cette exigence. Seule la *Loi type de la BERD* propose que l'écrit soit obligatoire à tout type de sûreté mobilière (le *Guide législatif sur les opérations garanties* le recommande cependant), à l'inverse du droit américain, du droit québécois et de la *Loi type interaméricaine sur les sûretés réelles mobilières* qui ne formulent pas cette exigence pour ce qui est des sûretés avec dépossession (sauf pour l'entiercement). Cependant, en droit québécois et américain, certaines sûretés constituées par le mécanisme du « control » (ou « maîtrise ») doivent être constatées par écrit. Les biens visés par ce mécanisme sont plus nombreux en droit américain, qui couvrent non seulement les titres intermédiés et les valeurs mobilières, mais aussi les comptes bancaires et les droits résultant des lettres de crédit. Ce mécanisme n'est pas prévu dans les autres textes, qui considèrent néanmoins qu'un régime spécial pour les titres intermédiés et les valeurs mobilières doit être établi. Enfin, le *Guide législatif sur les opérations garanties* s'aligne sur le droit américain et prévoit des régimes spécifiques aux comptes bancaires et les droits résultant des lettres de crédit, la *Loi type interaméricaine sur les sûretés réelles mobilières* prévoyant elle aussi un régime pour les lettres de crédit. Ainsi, au-delà de certains particularismes, les régimes sont de même nature en ce qui a trait aux modes de constitution.

## b) mécanismes de publicité de la sûreté

Au chapitre des mécanismes de publicité, la dépossession du bien grevé perdure dans tous ces systèmes, malgré la possibilité de constituer effectivement une sûreté sans dépossession, grâce à l'existence de registres informatisés. Nous avons soulevé les difficultés du mécanisme de la dépossession, surtout fictive, notamment en ce qui a trait à l'éradication de l'occultisme et à la création d'un ordre de priorité qui soit cohérent. Tous les régimes limitent le gage à des biens corporels et titres négociables. On suggère même que seule la publicité par voie de dépossession dans le cas de titres créances négociables par endossement ou délivrance ou « au porteur » soit effective. Le concept de maîtrise ou de « contrôle » règne désormais sans partage pour les sûretés grevant des valeurs mobilières ou des titres intermédiés. Le *Uniform Commercial Code*, le *Guide législatif sur les opérations garanties* et, dans une moindre mesure, la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières*, en prônent l'élargissement aux compte bancaires et aux lettres de crédit. En raison de la dématérialisation des valeurs, ces questions méritent d'être sérieusement étudiées et considérées par tous les réformateurs du droit des sûretés, à quelque niveau que ce soit <sup>1011</sup>.

## c) objet et cause de la sûreté

Tous les textes législatifs étudiés tendent à permettre au constituant d'une sûreté de grever le plus de biens possibles. Se pose toutefois la délicate question de la sûreté affectant le bien d'autrui. Les solutions seront variables, selon le système de droit des biens utilisé et l'étendue conférée au droit de propriété. On tend également à permettre

---

<sup>1011</sup> Voir, à ce sujet, CNUDCI NU, *Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés*, 34<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/CN.9/496 (2001) [Miméo.], p. 13-22, n<sup>os</sup> 62-122, en ligne : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm> sous la rubrique « Sessions de la Commission » (consulté le 21 août 2001) [« CNUDCI - *Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés 2001* »].

l'affectation de biens à venir. Les mécanismes du droit de suite ou du report de la sûreté sont présents dans tous les textes, mais sont davantage articulés en droit civil québécois. Notons cependant une différence majeure entre le droit québécois et le droit américain. Le droit des biens ne s'articule pas de la même manière et les différences entre les deux systèmes sont marquées. De plus, le *Uniform Commercial Code* tend à décrire toutes les catégories de biens possibles et imaginables dans leurs moindres détails, alors que le *Code civil du Québec* y va plutôt par l'énonciation de principes généraux. Les deux lois types suivent plutôt l'exemple du Code civil, mais le *Guide législatif sur les opérations garanties* reproduit l'approche américaine par types de biens.

La problématique soulevée par la notion de cause de la sûreté est tout aussi complexe. On remarque en effet une tendance très nette à confondre les obligations ou dettes futures avec la notion de biens à venir<sup>1012</sup>. On conçoit que la sûreté soit l'accessoire d'une créance. Ce principe est clairement établi en droit civil québécois par une disposition législative. Il l'est également dans les autres textes, mais ses conséquences logiques sont moins bien articulées, sauf pour la *Loi type de la BERD*. Le principe de l'accessoire confère à la sûreté un caractère spécial, qui se traduira par une restriction plus ou moins grande de la possibilité de consentir effectivement une sûreté visant à garantir des avances futures. Le droit américain permet la constitution de telles sûretés pratiquement sans restriction. Le droit québécois, la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières*, la *Loi type de la BERD* et le *Guide législatif sur les opérations garanties* formulent clairement une règle de la spécialité de la sûreté quant à son montant, qui doit faire l'objet d'une publicité. Certains textes indiquent qu'il faut préciser à l'acte

---

<sup>1012</sup> *Ibid.*, p. 8, n° 35.

constitutif de sûreté sa cause, c'est-à-dire l'origine de l'obligation garantie, mais ce n'est pas uniforme. La sûreté idéale devrait permettre de grever effectivement des biens futurs en garantie de dettes futures déterminées (ou déterminables), posant comme principe fondamental celui de la spécialité dans l'édification d'une publicité complète et d'un ordre de priorité cohérent. Si les systèmes se rejoignent tous, on note qu'ils tendent à se distinguer du droit américain quant à ces dernières balises.

- d) priorités entre les créanciers, mesures d'exécution et de publicité de la sûreté

Le régime de sûretés idéal consacre la prépondérance du principe de l'ordre temporel de collocation entre les créanciers. C'est ce que les divers systèmes admettent d'emblée. Cependant, ce principe ne fait pas l'objet d'un scrupuleux respect, dans tous les cas, et les exceptions sont nombreuses. La façon de traiter un créancier qui finance l'acquisition d'un bien variera, soit par la technique du PMSI, soit par l'aménagement de sûretés-propriété, mais le résultat sera le même et priorité de rang lui sera *de facto* conférée par l'exclusion du concours. Le gage jouit d'une priorité, *a fortiori* lorsqu'il est constitué par la fiction de la maîtrise. Les sûretés légales, les priorités du fisc et celles découlant du droit de l'insolvabilité, font obstacle à l'édification de cet ordre de priorité fondé sur le temps. Mais ces dérogations sont essentiellement les mêmes, d'un régime à l'autre.

En ce qui a trait aux mesures de publicité de la sûreté, les textes étudiés préconisent tous l'établissement d'un registre unitaire et uniforme, qui soit informatif, plutôt qu'un registre de titres. C'est là le point central de toute réforme en droit des sûretés. Des registres spécialisés sont toujours envisagés, certains par nécessité, comme le registre international aux termes de la *Convention du Cap (2001)*, d'autres en fonction des particularismes

propres à chaque État, qui font tiquer. Cependant, dans tous les régimes, les exceptions sont nombreuses, et la dépossession fictive est revenue en force pour y rester. En matière de règles de conflits de lois, la règle du *situs* ne pose pas de problème pour les biens meubles corporels ou les titres négociables. Cependant, pour les biens incorporels et ceux qui se déplacent d'un État à un autre, le facteur de rattachement n'est pas le même : certains préconisent le domicile, d'autres la loi constitutive, d'autres la principale place d'affaire du constituant. Les règles vont vraisemblablement continuer de varier en la matière et nécessiteront que les créanciers se conforment à plusieurs droits différents pour la constitution et la publication de leurs sûretés, mais c'est pourtant à ce niveau que l'uniformisation serait la plus facile à réaliser et produirait ses effets les plus significatifs dans un contexte de mondialisation des échanges.

Notons aussi que le droit américain permet la publicité de sûretés prospectives, à la différence du droit québécois. C'est toute la question de la fonction du registre de la publicité qui est ainsi posée quant à l'opposabilité qu'elle procure aux titulaires de sûretés publiées. Nous avons déjà indiqué notre préférence pour la solution québécoise.

Enfin, la réforme du droit des sûretés suppose une simplification des modes de constitution, de publicité et d'exercice des recours. À ce chapitre, l'approche fonctionnelle permettrait, en théorie du moins, une parfaite adéquation de tous ces éléments. Or, nous avons vu que son application américaine est loin du résultat escompté et qu'en fin de compte, le droit américain est loin d'être uniforme. Le droit québécois, en revanche, ne suit pas cette approche, mais propose très certainement le droit le plus cohérent et le plus intégré à tous les niveaux. Les régimes de la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières* et celui de la *Loi type de la BERD* s'inscrivent dans cette

dernière tendance, alors que le *Guide législatif sur les opérations garanties* nous ressort les préceptes du droit américain.

Alors, y a-t-il une approche législative à privilégier plutôt qu'une autre ?

e) approches retenues et cohérence intrinsèque

L'approche fonctionnelle et son contraire, la situation « formaliste », présentent l'une et l'autre leurs forces et leurs faiblesses. Nous les avons évoquées tout au long de notre analyse. Force est de constater, cependant, quelque soit l'approche choisie, que la cohérence intrinsèque dépendra de plusieurs facteurs. D'abord, le nombre d'exceptions permises aux principes établis affectera nécessairement cette cohérence; d'autre part, la façon de l'exprimer et la toile de fond à la mise en œuvre du régime seront tout aussi déterminantes. En cela, comme nous venons de le voir, le régime québécois constitue une solution originale et novatrice, qui repose sur d'intenses travaux de réflexions s'échelonnant sur plusieurs années. Il n'est pas parfait mais il recèle, malgré tout, une cohérence intrinsèque qui lui permet de soutenir avantageusement toute comparaison. Les résultats de ces différentes approches, cependant, aboutissent en pratique à des résultats similaires.

Ainsi, il règne une relative harmonie quant aux valeurs qui doivent être mises de l'avant par l'établissement d'un régime de sûretés. La dissonance, en ce qui a trait aux concepts, est cependant bien réelle et plus marquée.



### 1.1.2 concepts

Évoquer la notion de concepts, c'est référer directement aux différents systèmes juridiques, à leurs structures, à leurs manières de dire le droit et de l'interpréter. Ainsi, l'asymétrie la plus évidente entre le droit civil et la *common law* se retrouve dans une articulation profondément différente du droit des biens et du droit de propriété. On constate par ailleurs la présence de styles et de philosophies de la rédaction législative fortement opposés.

La différence résultant des différents systèmes de droit des biens et des manières qu'ils ont de concevoir le droit de propriété ne permet pas de poser des solutions identiques à des problèmes communs et partagés par les deux systèmes, du moins en ce qui concerne la technique juridique permettant d'articuler une solution donnée. À ce titre, la nécessité de créer un régime unique et uniforme de sûretés mobilières passera, en pays de *common law*, par l'approche fonctionnelle et unitaire du *security interest* telle que développée aux termes du Titre 9 du UCC. En droit civil, on pourrait idéalement constituer un régime de sûretés unique qui soit d'ordre public, fondé sur l'hypothèque, proscrivant ainsi le recours aux mécanismes de sûretés-propriété, tel que le concevait l'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL et telle que la *Loi type de la BERD* l'envisage. La solution mitoyenne adoptée par le législateur québécois parvient néanmoins à un résultat comparable, bien que les sûretés-propriété y soient permises, provoquant du coup l'exclusion du concours des créanciers qui s'en prévalent. De même, les différentes classifications des biens adoptées aux termes des différents systèmes soulève un autre problème relativement à l'intelligibilité du droit. Il est certes moins infranchissable que ne l'est la différence de conception du droit de propriété entre les deux systèmes, la classification des biens du

Titre 9 du UCC étant une conception artificielle des rédacteurs de ce texte. Certains civilistes soutiennent en effet que rien ne s'objecte à l'articulation de nouvelles catégories de biens, à l'intérieur des grandes divisions que le droit civil reconnaît déjà<sup>1013</sup>. À preuve, les notions nouvelles de « titres intermédiés » et d'« actif financier » de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières*. Cependant, les multiplier est contraire à l'économie du droit civil, qui s'exprime par l'énonciation de principes généraux, féconds de conséquences.

De ces constatations, nous devons tirer certaines conclusions quant à la technique législative à préconiser et l'objet de l'harmonisation du droit des sûretés mobilières à ce niveau.

#### 1.2 technique à préconiser et objet de l'harmonisation à ce niveau : traité, convention, loi type, principes généraux ou guide législatif

D'un point de vue formel, il y a plusieurs techniques permettant l'harmonisation du droit, auxquelles on peut y voir un effet d'ensemble ou d'entraînement.

En ce qui a trait aux techniques, elles sont bien connues : des plus rigides aux plus souples, on dénombre les conventions ou traités, les lois types, les principes généraux et, maintenant, les guides législatifs. Dans le domaine des sûretés et de l'insolvabilité, nous les avons toutes utilisées. Les conventions ou traités sont plus rigides, car les pays signataires doivent les incorporer dans leur droit interne sans y apporter de modifications. Les lois types présentent un cadre déjà établi, prêt à être édicté, mais le législateur qui y

---

<sup>1013</sup> M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, *loc. cit.*, *supra* note 102, p. 150 : « *Enfin, de nouvelles formes de richesses sont difficiles à classer parmi les catégories existantes de biens que sont les droits réels, les droits personnels et les droits intellectuels, mais rien en droit n'empêche d'admettre de nouvelles catégories de biens, pour autant que leur spécificité le justifie* ».

adhère peut y déroger ou simplement s'en inspirer pour édicter une nouvelle loi. Enfin, les principes généraux ou guides législatifs ne se veulent pas contraignants. Ils énoncent les grands principes applicables à un domaine du droit, dont tout législateur peut choisir de s'inspirer ou non. On compte sur la force persuasive de ces derniers instruments pour que leurs principes essaient à grande échelle.

À défaut de parler de stratégie d'ensemble dans ces domaines, on peut toutefois constater l'effet d'ensemble ou d'entraînement de ce nouveau corpus d'instruments de l'harmonisation du droit. Depuis la fin des années 1980, chaque organisation internationale y est d'abord allée à tâtons et il n'existait pas de stratégie concertée. D'une multiplicité d'organismes, cependant, force est de constater qu'ils ont à peu près tous abordé ces domaines, si bien que lors du 75<sup>e</sup> anniversaire d'Unidroit, on s'interrogeait sur la cohérence possible de tous ces travaux et des instruments qui en découlaient<sup>1014</sup>. La Banque mondiale, le FMI, UNIDROIT, la CNUDCI, la BERD, la *Conférence de La Haye de droit international privé*, l'OÉA, l'OHADA<sup>1014a</sup>, la Banque Asiatique pour le

---

<sup>1014</sup> De façon générale sur cette problématique, voir : Jürgen BASEDOW, « Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration – General Report », (2003) *Rev. dr. unif.* 31; de manière plus particulière, relativement aux sûretés, lire : Roy GOODE, « Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions : General-Sectorial, Global-Regional », (2003) *Rev. dr. unif.* 341, cet auteur signalant qu'il n'y a pas nécessairement conflit à avoir plusieurs organisations travaillant sur les mêmes sujets, mais il faut tenter d'éviter qu'elles ne se contredisent; en fait, sur ce dernier point, les contradictions entre des instruments internationaux qui n'ont pas force contraignante est moins dommageable que ne le seraient celles entre des instruments internationaux qui ont force obligatoire et, dans ce dernier cas, il faut les éviter à tout prix : U. DROBNIG, *loc. cit.*, *supra* note 187, p. 354-355. Voir enfin : Carlos Manuel VÁSQUEZ, « Regionalism versus Globalism : a View from the Americas », (2003) *Rev. dr. unif.* 63.

<sup>1014a</sup> Il s'agit de l'*Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*, mieux connue sous l'acronyme « OHADA », qui compte 16 pays membres : la RDC est en voie d'y accéder. Un *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, adopté le 17 avril 1997, propose d'harmoniser ce droit entre pays membres en s'inspirant essentiellement du droit civil français. Compte tenu de ce fait, nous n'avons pas cru bon d'analyser de manière spécifique cet Acte et les projets qui s'en inspirent. Voir cependant, à ce sujet : OHADA, *Acte uniforme portant organisation des sûretés*,

développement, ont tous produits des instruments d'harmonisation du droit des sûretés ou de l'insolvabilité à plus d'un titre. Plusieurs conventions ont vu le jour et elles sont appelées à instaurer des régimes spécifiques qui seront mis en œuvre en parallèle aux divers droits nationaux ou à régler certaines questions particulières. Des lois types aussi, notamment dans le domaine des valeurs mobilières et titres intermédiés, ont la même fonction. Ces instruments tendent à la neutralité systémique car ils visent une réception la plus large qui soit.

En ce qui a trait à l'harmonisation du droit des sûretés en droit interne, les instruments proposés tendent davantage vers la souplesse. Les lois types, principes et guides législatifs sont en vogue. Toute tentative d'harmonisation du droit des sûretés mobilières devra aussi, si elle veut obtenir un quelconque succès, faire abstraction d'assises systémiques trop fortes ou trop marquées. Par conséquent, c'est la neutralité qu'il semble falloir viser. On pourrait croire que l'articulation de principes généraux du droit des sûretés mobilières, un peu à l'images des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* d'UNIDROIT, soit la meilleure solution. C'est en tout cas sur cette prémisse que la CNUDCI annonça les travaux relatifs à l'élaboration de ses guides législatifs :

165. [...] S'agissant de la forme que ces travaux [sur l'harmonisation du droit des sûretés mobilières] pourraient revêtir, une loi type serait certes préférable pour des raisons d'exhaustivité et d'uniformité, mais dans la mesure où elle devrait incorporer certains principes directeurs fondamentaux qui ne seraient pas communs à tous les systèmes juridiques, elle représenterait un changement radical par rapport au droit en vigueur dans de nombreux pays et risquerait, de ce fait, de ne pas être suffisamment accepté. À sa trente-troisième session, la Commission a estimé qu'il était souhaitable de privilégier la souplesse, en définissant un ensemble d'objectifs et de principes fondamentaux pour la mise en place d'un régime juridique efficace en matière de crédit assorti d'une sûreté, et en élaborant un guide législatif (proposant des solutions souples pour la réalisation de ces objectifs et l'application de ces principes et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et

---

17 avril 1997, en ligne : <http://www.ohada.com/textes.php?categorie=458> (consulté le 14 mars 2011).

leurs inconvénients). Si des travaux devaient être entrepris en vue d'élaborer un ensemble de principes assortis d'un guide législatif sur les sûretés, celui-ci pourrait également comporter, si possible, des dispositions législatives types. Les sujets susceptibles d'être abordés dans ce guide seraient notamment les suivants : l'éventail des biens pouvant servir de sûreté, la perfection [sic] de la sûreté, les formalités à accomplir, les types de dettes pouvant faire l'objet d'une sûreté, les limitations éventuelles concernant les créanciers bénéficiaires de la sûreté, les effets de la faillite sur la réalisation de la sûreté, ainsi que la sécurité et la prévisibilité quant à la priorité du créancier sur des droits concurrents.<sup>1015</sup>

[Référence omise; nos soulignements]

La CNUDCI, contrairement à son intention annoncée, n'a pas procédé à la rédaction d'objectifs et de principes fondamentaux. Elle s'est plutôt concentrée sur la rédaction de guides législatifs en droit des sûretés et en droit de l'insolvabilité. Le *Guide législatif sur les opérations garanties* propose de « transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes (droit civil, common law et traditions juridiques chinoise, islamique et autres) ainsi que dans des États ayant des économies en développement ou développées »; qu'il nous soit permis d'en douter. Les solutions qui y sont mises de l'avant sont, à quelques exceptions près, toutes inspirées du droit américain, tel que nous l'avons démontré tout au long de ce texte. Si ce guide législatif constitue une somme, voire un traité, il ne correspond pas à un énoncé de principes dans le sens des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* d'UNIDROIT. La terminologie est neutre, certes, mais les exactions ou les erreurs sont nombreuses, notamment dans les affirmations qui sont faites au sujet du droit québécois ou dans les omissions de certaines solutions possibles, comme par exemple

---

<sup>1015</sup> Voir CNUDCI - *Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés 2001*, supra note 1011, p. 30, n° 165.

l'intégration des régimes de sûretés mobilières et immobilières<sup>1016</sup>. Si ce guide peut trouver un auditoire dans les pays civilistes ou de *common law*, nous doutons qu'il en aille de même dans les traditions islamique, chinoise ou dans les pays en voie de développement<sup>1017</sup>. De même, l'équilibre entre les traditions ou la recherche de la meilleure solution ne saute pas aux yeux du lecteur de ce guide. Enfin, le guide a le mérite, à tout le moins, de s'aligner avec cohérence sur les autres solutions proposées aux termes d'instruments de l'harmonisation du droit par la CNUDCI, UNIDROIT ou la *Conférence de La Haye de droit international privé*. Notons que le guide ne propose pas de dispositions législatives types, contrairement aux intentions initiales de la CNUDCI. C'est donc un instrument souple de l'harmonisation du droit mais proposant une vision essentiellement américaine. En cela, il manque à ses objectifs de transparence et de neutralité : il ne propose pas un consensus sur les meilleurs principes qui transcenderaient les systèmes. Un ensemble de principes en droit des sûretés, à la façon des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* d'UNIDROIT, reste encore à être écrit, bien que les *Principes de la Banque Mondiale* s'en approchent davantage.

La *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières*, bien qu'étant un instrument de facture moins souple, propose néanmoins un compromis intéressant. Contrairement à son projet de texte antérieur, qui s'inspirait largement, dans sa formulation, du droit américain et du Titre 9 du UCC<sup>1018</sup>, le texte final a le mérite d'être somme toute relativement neutre

---

<sup>1016</sup> Voir, *supra* note 433 (sur le fait que le Québec aurait adopté l'approche fonctionnelle); *supra* note 483 (concernant le souhait de la BERD de suggérer dans le Guide législatif une avenue possible pour l'intégration des sûretés mobilières et immobilières).

<sup>1017</sup> C'est ce que la deuxième partie de cette thèse démontrera.

<sup>1018</sup> Voir le texte du *Projet préliminaire OÉA*, *supra* note 410, et notre analyse détaillée de ce texte dans Antoine LEDUC, *L'harmonisation du droit des sûretés à l'échelle des Amériques : une*

et de bien refléter l'esprit civiliste de l'auditoire auquel il est destiné, tout en adoptant l'approche fonctionnelle à l'américaine. Les nombreux commentaires de la délégation canadienne dans la confection de ce texte y sont très certainement pour quelque chose <sup>1019</sup>. Même s'il apparaît évident que ce projet d'harmonisation ne saurait procéder à l'unification par l'uniformisation du droit des sûretés mobilières à l'échelle des Amériques, il pourrait néanmoins susciter des modifications corrélatives au sein des législations américaines et canadiennes, car nombre de solutions qu'il avance sont dignes d'intérêt. On est encore très loin de l'unification du droit, tant de façon générale que de façon particulière, sous l'égide de l'*Organisation des États Américains*, dont l'organisation politique ne se rapproche aucunement de celle de l'Union Européenne d'aujourd'hui pour l'établissement de normes supra-nationales <sup>1020</sup>. Ainsi, c'est très lentement que la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières* commence à se frayer un chemin en Amérique latine <sup>1021</sup>. Reste à voir comment elle s'intégrera dans les

---

*analyse de droit comparé sous l'angle du droit civil québécois et du bijuridisme canadien*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 2001.

<sup>1019</sup> Sur l'influence de la délégation canadienne et son empreinte dans le changement de style de la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières*, voir : A.M. GARRO, *loc. cit.*, *supra* note 405, p. 204 ; B. KOZOLCHYK et D. BECK FURNISH, *loc. cit.*, *supra* note 417, p. 128-130, 141-144.

<sup>1020</sup> Voir, à ce sujet, notre discussion, dans A. LEDUC, *loc. cit.*, *supra* note 414, p. 52-59, 75-78. Voir aussi, en droit européen, François COLLART DUTILLEUL, « De la diversité des traditions juridiques et des cultures à la constitution d'espaces politiques et marchands (Europe et Amériques) », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The legal Order and the Realm of Commerce*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 3; Gérard SOULIER, « Vers un droit uniforme ou vers un droit commun en Europe ? », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The legal Order and the Realm of Commerce*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 17.

<sup>1021</sup> Notons qu'il est difficile d'obtenir de l'information à ce sujet, le site Web de l'OÉA ne comportant pas, sauf erreur, de section faisant état des ratifications ou adoptions de la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières*. Cependant, on glane chez les auteurs latino-américains ou s'intéressant à l'Amérique latine certaines données. Ainsi, le Pérou, le Guatemala et le Honduras auraient adopté des lois relatives aux sûretés mobilières inspirées de la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières*, alors que le Salvador, le Costa Rica et le Chili envisageraient cette possibilité. Voir, sur ces questions : A.M. GARRO, *loc. cit.*, *supra* note 405, p. 206-207 ; B. KOZOLCHYK et D. BECK FURNISH, *loc. cit.*, *supra* note 417, p. 106-107 ; Boris KOZOLCHYK *et al.*, « Panel

pays qui sont régis par un code civil<sup>1022</sup>. Les rédacteurs d'instruments de l'harmonisation du droit ont malheureusement tendance à négliger ce facteur; ainsi, la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières* est plutôt conçue comme une loi particulière, à l'image d'un PPSA, alors que dans un pays civiliste de droit codifié, le droit des sûretés fait partie intégrante du Code civil.

La *Loi type de la BERD* propose elle aussi un instrument de bonne facture. Il s'avère encore plus neutre que ne l'est la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières*. Son influence s'avère grandissante dans les pays d'Europe de l'est; son intégration au droit civil codifié suscite les mêmes interrogations, mais on note plusieurs projets qui vont plutôt vers l'adoption de modifications à des codes civils existants, et non la simple adoption d'une loi spéciale<sup>1023</sup>.

Cela nous amène à considérer le style de rédaction, la langue, voire aussi le langage, que l'on devra utiliser dans la rédaction d'un instrument d'harmonisation du droit des sûretés mobilières. On a maintes fois souligné que l'une des raisons pouvant expliquer le succès des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* tient de la

---

#3 : Local and International Credit and Secured Lending Transactions for Business Entities », (2008) 25 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 329, 340-347.

<sup>1022</sup> Voir, à ce sujet, les commentaires de Louis Payette lors des séances de travail du comité de rédaction de cette loi type, dans B. KOZOLCHYK, *et al.*, *loc. cit.*, *supra* note 186, p. 454 : « *It seems clear to me that the Model Act could not coexist in any given country where the common law – a civil code – would create in parallel a distinct regime of priority or preference in favour of secured creditors* ». Il semblerait que ce genre de subtilité échappe à plusieurs juristes.

<sup>1023</sup> Voir, entre autres: John SIMPSON et Joachim MENZE, « Ten years of secured transactions reforms », dans EBRD, *Law in Transition*, Autumn 2000, 20, en ligne: <http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit002b.pdf#page=2> (consulté le 17 mai 2010); Craig AVERCH, Hsianmin CHEN, Frederique DAHAN, Paul MOFFATT et Alexei ZVEREV, « The EBRD's legal reform work : Contributing to transition », dans EBRD, *Law in transition. Ten years of legal transition*, Autumn 2002, 37, 43-45, en ligne: <http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit022.pdf#page=39> (consulté le 17 mai 2010). Voir enfin les commentaires de : H.L. BUXBAUM, *loc. cit.*, *supra* note 187, p. 332-333.



neutralité juridique du langage choisi pour les exprimer<sup>1024</sup>. À titre d'exemple, mentionnons qu'il n'est pas question de la notion de *common law* de la « *consideration* » d'un contrat, pas plus, d'ailleurs, que de la notion civiliste de la « cause » du contrat<sup>1025</sup>. On pourrait dès lors parler d'un droit « méta-linguistique ». D'autre part, lesdits principes sont diffusés en plusieurs langues. Certains ont salué ce fait comme étant l'avènement d'un droit permettant l'élaboration d'un véritable lexique du droit privé international qui ne soit pas seulement qu'anglais<sup>1026</sup>. Cette diffusion en plusieurs langues favorise donc leur acceptation à une plus grande échelle<sup>1027</sup>.

Partant de cette conclusion, on pourra se demander quelle utilité peut bien présenter le bijuridisme canadien législatif dans ce contexte de neutralité « systémique » du langage législatif. En effet, la méthode de rédaction propre à l'articulation de ce bijuridisme canadien n'a pas pour effet d'éliminer les systèmes et de tendre vers cette neutralité du langage juridique, bien au contraire. Nous avons vu précédemment que l'objectif des juristes du Groupe du bijuridisme du ministère de la Justice du Canada consiste à harmoniser, lorsque possible et nécessaire, la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec, sans par ailleurs modifier la *common law*. Ainsi, cette technique

---

<sup>1024</sup> Voir, notamment : Michael J. BONELL, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts : Towards a New *Lex Mercatoria* », (1997) *Revue de droit des affaires internationales* 385, 392.

<sup>1025</sup> Voir l'article 3.2 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004*, Rome, 2004, p. 9, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-f.pdf> (consulté le 17 mai 2010).

<sup>1026</sup> Voir, notamment, Nicholas KASIRER, « *Lex-icographie mercatoria* », (1999) 47 *Am. J. Comp. L.* 653; E. Allan FARNSWORTH, « The UNIDROIT Principles : A new *lingua franca* for the drafting of international commercial contracts ? » dans *The Unidroit Principles : A Common Law of Contracts for the Americas ? / Los Principos de Unidroit : Un derecho comun de los contractos para las Américas ?*, Rome, Unidroit, 1998, 193.

<sup>1027</sup> W. TETLEY, *loc. cit.*, *supra* note 3, p. 890.

particulière et unique de rédaction législative juxtapose, dans une seule et même disposition législative, les concepts propres au droit civil et à la *common law*, dans le français ou l'anglais propre à chacune de ces traditions juridiques, traduisant cette cohabitation des systèmes <sup>1028</sup>.

Ainsi, la méthode du bijuridisme canadien ne présentera pas de résonance particulière dans la rédaction de principes généraux portant sur le droit des sûretés mobilières, dans un contexte international. Elle pourrait toutefois se révéler être d'une certaine utilité, si l'on envisage la rédaction de dispositions législatives types, telle que le suggéra la CNUDCI. On ne pourra ni ne voudra la transposer intégralement dans pareil contexte. En effet, tout souhaitable et nécessaire qu'elle puisse être en droit fédéral canadien (si tant est que ce soit le cas), elle comporte des limites, même dans le contexte du droit interne canadien <sup>1029</sup>. Dans un contexte international, on imagine mal que les dispositions législatives types accompagnant et s'inspirant d'un guide législatif ou d'un *corpus* de principes généraux du droit des sûretés mobilières systématiquement neutres, deviennent subitement bijuridiques ou bi-systémiques, selon l'entendement proprement canadien de ces termes.

On voit tout de suite poindre d'autres difficultés. Illustrons notre propos d'un exemple. Imaginons que cette méthode puisse s'appliquer à la *Loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières*. Si tel était le cas, et en admettant que le droit civil et la *common law* puissent respectivement constituer, alternativement, les droits communs des divers États

---

<sup>1028</sup> Voir, de façon générale, L. MAGUIRE WELLINGTON, *loc. cit.*, *supra* note 12.

<sup>1029</sup> On a souligné qu'elle pouvait en effet présenter des coûts prohibitifs compte tenu du nombre de lois visées à être harmonisées. Voir : M.-C. GERVAIS et M.-F. SÉGUIN, *loc. cit.*, *supra* note 974, p. 20 (note 62).

membres de l'OÉA, on aurait du mal à en fixer le contenu et le sens, ces traditions ayant pris des couleurs et des visages différents selon le pays concerné. Les pays de droit civil des Amériques s'inspirent soit de la tradition civiliste française, soit de la tradition civiliste allemande, ce qui déjà soulève certains problèmes stylistiques et conceptuels, au-delà de leurs ressemblances <sup>1030</sup>. La *common law* anglo-américaine, bien qu'étant parente avec la *common law* anglo-canadienne, possède de nombreux particularismes, et vice-versa. De même, on voit également une difficulté à traduire des réalités juridiques propres à deux familles (par opposition aux systèmes, qui relèvent de droits étatiques nationaux), en quatre (4) langues, donc pour huit (8) auditoires, à l'intérieur d'une seule et même disposition législative, en tenant pour acquis que les langues des pays membres de l'OÉA sont l'espagnol, le portugais, l'anglais et le français.

Il faudrait donc aller au-delà de la méthode bijuridique canadienne et, ce faisant, adopter un bijuridisme « culturel » <sup>1031</sup>, en suggérant, dans les dispositions législatives types, des alternatives pour les pays issus des familles de *common law* ou de droit civil, les dispositions ainsi proposées ne s'entendant alors uniquement qu'en fonction de l'une ou de l'autre de ces familles et possédant leur existence autonome. Ainsi, on pourrait favoriser l'adoption d'une disposition consacrant l'approche fonctionnelle pour les pays de *common law*, et celle consacrant un régime de sûreté d'ordre public utilisant l'énumération limitative des sûretés, pour les pays de la famille civiliste, qui procéderait de cette logique <sup>1032</sup>. En fin de compte, l'objectif poursuivi est le même, mais à des degrés divers : il s'agit, dans chaque cas, de respecter les traditions culturelles et

---

<sup>1030</sup> Voir, entre autres, J. GAUDEMET, *op. cit.*, *supra* note 1, p. 220.

<sup>1031</sup> Ainsi que le propose J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *op. cit.*, *supra* note 990.

<sup>1032</sup> Voir notre discussion à ce sujet, *supra*, Partie I, sous-section II. B. 1.4.

juridiques propres à chaque famille. Notons, à cet égard, que tout en adoptant de façon univoque l'approche fonctionnelle, le *Guide législatif sur les opérations garanties* ne propose pas moins une alternative concernant l'aménagement des sûretés pour le créancier qui finance l'acquisition de biens : pour les pays choisissant l'approche unitaire, ce sera le PMSI; pour les autres, on maintiendra les sûretés-propiétés<sup>1033</sup>.

Mais l'harmonisation du droit et le bijuridisme doivent aussi tenir compte des différences de styles de rédaction législative. La rédaction d'un instrument de l'harmonisation du droit des sûretés, quel qu'il soit, devrait recourir à un style simple, clair et précis, faisant preuve de généralité et d'abstraction. Malheureusement, il est illusoire d'espérer l'atteinte d'un pareil résultat découlant de la méthode du bijuridisme canadien législatif, car ce travail consiste à prendre les lois fédérales telles qu'elles existent (ou celles qui sont en devenir) et à y intégrer les concepts et la terminologie du droit civil québécois. Le style de ces lois est celui du droit légiféré de la tradition de *common law*, qui vise à tout dire et à tout prévoir dans les moindres détails, et qui ne procède pas par généralité et abstraction. En cela, la méthode de rédaction du bijuridisme canadien, qui consisterait harmoniser le droit et non pas à le changer, s'adapte à ce style<sup>1034</sup>. Afin de pleinement tirer profit de la richesse de cette vaste expérience législative, il serait souhaitable qu'elle débouche sur l'évolution de ce style, tant dans l'arène fédérale que provinciale, y compris chez le législateur québécois, pour la rédaction de ses lois publiques<sup>1035</sup>. Mais ne nous

---

<sup>1033</sup> *Supra*, note 802.

<sup>1034</sup> Voir, de façon générale, L. MAGUIRE WELLINGTON, *loc. cit.*, *supra* note 12.

<sup>1035</sup> Voir, en ce sens, J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, *supra* note 985, p. 43. Pour cela, il nous semble que l'on devrait graduellement tenter l'expérience de la simplification du droit dans son style de rédaction, lorsque cela s'avère possible.

leurrons pas : les atavismes sont tenaces et les juristes de *common law*, déjà indifférents à l'expérience actuelle du bijuridisme, ne s'aventureront pas de si tôt de ce côté <sup>1036</sup>.

Pour l'instant, il serait tout de même faux de prétendre que la méthode du bijuridisme canadien ne se limite qu'à une simple intégration de la terminologie et des concepts civilistes à la législation fédérale. Elle ratisse beaucoup plus large. On remarque que, par le choix des termes et concepts civilistes que le législateur fédéral décide d'intégrer à certains de ses textes, il en interprète et en fixe nécessairement les sens. Il se fait l'écho du législateur québécois et procure une nouvelle source servant à fixer les balises du droit civil québécois. En cela, l'exemple le plus frappant est celui donné par la nouvelle définition de l'expression « créancier garanti » aux termes de l'article 2 de *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, telle que modifiée par l'article 25 de la *Loi d'harmonisation n° 1* <sup>1037</sup>. Comme nous en avons déjà discuté, par l'effet de cette modification législative, les titulaires de réserves de propriétés (soit les vendeurs à tempérament et les vendeurs à reméré) et les fiduciaires administrateurs de fiducies-sûretés sont désormais considérés comme des créanciers garantis <sup>1038</sup>. Ce choix s'expliquerait par un désir de bien marquer le caractère de sûreté de ces propriété-sûretés, tel que l'ont suggéré certains auteurs <sup>1039</sup>.

---

<sup>1036</sup> J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *loc. cit.*, *supra* note 990.

<sup>1037</sup> *Supra*, note 389.

<sup>1038</sup> Voir notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section II. B. 2.2.

<sup>1039</sup> A. VAUCLAIR et M.-F. PARENT, *loc. cit.*, *supra* note 392, p. 7-10. Ces auteurs s'appuient sur la recommandation formulée en ce sens par Jacques AUGER, Albert BOHÉMIER et Roderick A. MACDONALD, « Le traitement des créanciers dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les mécanismes de garantie du droit civil du Québec », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la justice, 1997, 911, p. 956.

Remarquons que cette modification législative produit deux effets dignes de mention. D'abord, elle cristallise et fige la nature de ces propriété-sûretés. Elle va plus loin que ce que le législateur québécois lui-même édicte dans son Code civil, laissant à la doctrine et aux tribunaux, par la manière qu'il a de s'exprimer, le soin de fixer le sens des dispositions en traitant. Ainsi, le législateur fédéral colle au Code civil une interprétation rigide. D'autre part, on voit poindre un risque de balkanisation du droit canadien de la faillite (ce que le législateur fédéral et les tribunaux s'évertuent pourtant à éviter). Les vendeurs à tempéraments du Québec disposeront de recours différents de ceux dont bénéficient les vendeurs à tempéraments des autres provinces, qui eux continueront de produire leurs preuves de réclamation de biens aux termes de l'article 81 LFI<sup>1040</sup>, bien que, curieusement, la définition du terme « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne réfère qu'aux institutions traditionnelles de la *common law* en matière de sûretés et non pas à la notion de « *security interest* » découlant de l'approche fonctionnelle adoptée par les PPSA (ce qui, on en conviendra, est des plus paradoxal). Cet exemple démontre que le bijuridisme canadien est un processus à sens unique, harmonisant le droit fédéral avec le droit civil mais laissant sur la touche le droit « statuaire » des provinces de *common law*. Ainsi, toute la question du style de rédaction est très importante. Si la nouvelle définition de l'expression « créancier garanti » s'était exprimée de manière plus générale et abstraite plutôt que de procéder par énumération, en se contentant par exemple de référer aux titulaires de sûretés reconnues comme telles aux termes du droit provincial privé et du droit fédéral, le cas échéant, elle aurait permis une plus grande souplesse et une plus grande faculté d'adaptation à ce texte législatif. On

---

<sup>1040</sup> Voir, en ce sens : L.W. HOULDEN, G.B. MORAWETZ et J.P. SARRA, *op. cit.*, *supra* note 218, p. 488-490 (F§69).

soutiendra qu'une telle définition abstraite eût été l'équivalent de « changer le droit ». Avec déférence, cet argument n'est pas concluant, puisque l'on constate bien qu'en utilisant la méthode et le style bijuridique actuels, on change nécessairement le droit <sup>1041</sup>. Le bijuridisme canadien législatif n'échappe donc pas à sa dimension culturelle et s'inspirer du style civiliste en matière de rédaction devrait en faire partie. Il tente de l'occulter, soit, mais pour lui donner pleinement effet et susciter ce dialogue entre les traditions que certains souhaitent, il lui faudrait aller plus loin. Point n'est besoin de restreindre l'idée aux cas douteux de dissociation du droit fédéral avec le droit provincial <sup>1042</sup>.

Comme on peut le constater, la méthode du bijuridisme canadien législatif est d'application somme toute assez limitée et ne saurait se transposer à plus large échelle. Elle pose déjà son lot de problèmes en droit interne canadien sans qu'il ne soit nécessaire d'en affliger les autres États. En revanche, la réflexion comparatiste qui la sous-tend s'avère, elle, fondamentale dans la poursuite de cette harmonisation.

Enfin, nous avons déjà émis certains commentaires quant à la nécessité de réfléchir à la possibilité, à défaut d'uniformiser le domaine des sûretés légales, d'enrayer leur caractère occulte. Le domaine des sûretés légales constitue un problème commun à toutes les juridictions. Bien sûr, tant que l'unité politique n'est pas réalisée pour un ensemble économique donné, comme l'*Organisation des États Américains*, par exemple, on ne peut

---

<sup>1041</sup> Ce que des juristes du Groupe du bijuridisme du Ministère de la justice fédérale ont semblé reconnaître subséquemment. Voir, entre autres : GROUPE DU BIJURIDISME ET DES SERVICES D'APPUI À LA RÉDACTION, DIRECTION DES SERVICES LÉGISLATIFS, MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA et DIRECTION DES POLITIQUES DU DROIT CORPORATIF ET DE L'INSOLVABILITÉ, INDUSTRIE CANADA, « Quelques questions de politique législative », (2003) 37 *R.J.T.* 147.

<sup>1042</sup> Ainsi que le suggère J.-F. GAUDREAU DESBIENS, *op. cit.*, *supra* note 990.

envisager la conclusion d'un traité par lequel les pays signataires limiteraient leur pouvoir de constituer des sûretés légales. Cette prérogative appartient en propre au législateur souverain. On peut cependant envisager l'organisation de leurs modalités de manière plus logique, qui permette une publicité plus effective<sup>1043</sup>. C'est ce que nous allons maintenant considérer en examinant les pistes de l'harmonisation du droit des sûretés à l'échelle pancanadienne.

## 2. À l'échelle pancanadienne

Il est possible de considérer l'harmonisation du droit des sûretés mobilières, à l'échelle pan-canadienne, sous deux angles principaux. D'abord, au niveau inter-provincial [2.1]; ensuite, à l'échelon du législateur fédéral [2.2].

### 2.1 harmonisation inter-provinciale

Certains auteurs ont longtemps envisagé l'harmonisation du droit des sûretés mobilières, au niveau inter-provincial, dans sa forme la plus radicale, à savoir l'unification du droit par l'uniformisation des normes, le modèle retenu étant alors nécessairement celui du Titre 9 du UCC et des législations de type PPSA, pour chaque province, y compris le Québec<sup>1044</sup>. Or, on aurait pu croire que la volonté d'affirmation du bijuridisme canadien législatif, à l'échelon fédéral, s'inscrivant dans une mouvance internationale de l'harmonisation *soft*, si l'on nous permet l'anglicisme, sonnerait le glas d'une telle

---

<sup>1043</sup> Voir notamment, en ce sens, CNUDCI - *Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés 2001*, *supra* note 1011, p. 7, 12-13, n<sup>os</sup> 28, 57-59; J. ISSA-SAYEGH, *loc. cit.*, *supra* note 519, p. 14, n<sup>o</sup> 25; R. GOODE, *loc. cit.*, *supra* note 67, p. 73 et 75.

<sup>1044</sup> Pour un résumé critique de ces positions et attitudes, lire M. BOODMAN, *loc. cit.*, *supra* note 946, p. 137 et s.



unification du droit des sûretés mobilières à l'échelle inter-provinciale <sup>1045</sup>. En cela, on pourrait dire que le bijuridisme canadien consiste en l'exaltation des différences systémiques plutôt qu'en leur disparition, en plus d'encourager une certaine incohérence. Notons toutefois que, si les techniques législatives diffèrent toujours entre les diverses législations de type PPSA des provinces anglo-canadiennes et le *Code civil du Québec*, en matière de sûretés mobilières, s'observe néanmoins une convergence des valeurs de ces deux systèmes. De plus, l'apparition de régimes spéciaux harmonisés (chose impensable dans un passé récent), notamment en matière de valeurs mobilières et de titres intermédiés, puis d'aéronefs, vient grandement nuancer cette apparente immuabilité. L'effet des sûretés découlant du droit de l'insolvabilité également. Ces facteurs permettent d'entrevoir une consolidation, voire une codification, du droit des sûretés dites « fédérales », qui pourrait s'effectuer dans une certaine harmonie systémique, grâce à l'approche du bijuridisme canadien.

## 2.2 sûretés fédérales

Lorsque nous évoquons la notion de « sûretés fédérales », nous faisons nécessairement référence à celles qui sont créées par le législateur fédéral à l'intérieur de ses sphères de compétences législatives. L'état actuel de ces sûretés constitue une problématique majeure, connue et reconnue, en droit canadien. Problème d'accès et d'intelligibilité de la norme, en raison d'une disparité des sources; problème de cohérence, de façon générale et particulière, notamment en ce qui a trait aux interactions et possibles

---

<sup>1045</sup> J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, *supra* note 985, p. 30 : « *Uniformity of law within Canada in matters assigned to the legislative competence of the provinces has been in contemplation as a desirable goal since the founding of the country. Bijuralism as between Quebec and the rest of Canada has, however, been a major obstacle to its full achievement and a pan-Canadian uniformity is not now likely to be accomplished except in limited respects* ».

dédoulements entre les sûretés fédérales et les sûretés provinciales. En particulier, les sûretés légales sont nombreuses, pratiquement toujours occultes, et confèrent des « super-priorités » à la Couronne, notamment en matière de faillite, ce qui fragilise la position des créanciers garantis <sup>1046</sup>. La défunte *Commission du droit du Canada* (la « **Commission** ») a bien compris ces enjeux et en fit l'un de ses champs d'investigation privilégié. Une vaste étude faisant l'inventaire de toutes les sûretés fédérales existantes et proposant des pistes de réflexion en ce domaine fut réalisée, à la demande de la Commission, par un cabinet d'avocats canadien <sup>1047</sup>. Ce rapport fait notamment état de divers scénarios qui permettraient de remédier aux divers problèmes soulevés par le droit des sûretés fédérales <sup>1048</sup>. Parmi ceux-ci, on jongle avec l'idée de regrouper tous les mécanismes de sûretés du droit fédéral dans une « loi unifiée sur les sûretés mobilières fédérales ». On émet des doutes quant à la possibilité d'opérer une codification organisatrice du droit des sûretés fédérales, en ce qu'il n'existerait pas d'objectif unique sous-jacent à tous les régimes dont on proposerait l'unification. Quoi qu'il en soit, l'idée mérite d'être explorée et approfondie sérieusement. Qui sait, pourrons-nous un jour disposer d'un « Code des sûretés fédérales » rédigé à la civiliste, en ayant toutefois recours à la méthode bijuridique, lorsque nécessaire, pour l'inclusion de la terminologie

---

<sup>1046</sup> Voir, notamment, P.H. BÉLANGER, *loc. cit.*, *supra* note 154; Martin-François PARENT, « La création des mécanismes de sûreté par le législateur fédéral dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, fascicule 8b, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, en ligne : <http://Canada.justice.gc.ca/fr/min/pub/hfl/fascicule8b.pdf> (consulté le 19 août 2001). Notons qu'en matière de sûretés légales, la même situation s'observe au niveau provincial, du moins en droit québécois.

<sup>1047</sup> Voir : CANADA, COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Les sûretés fédérales*, par FRASER MILNER CASGRAIN, Ottawa, Commission de droit du Canada, 2000, en ligne : <http://www.cc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/fraser/fsi.pdf> (consulté le 18 juillet 2001) [« *Les sûretés fédérales* »].

<sup>1048</sup> *Ibid.*, p. 79-81.

et des concepts propres au droit civil québécois et à la *common law* des provinces et territoires. Un tel projet, qui permettrait une meilleure accessibilité et intelligibilité de la norme, suppose des travaux importants qui s'échelonnent sur plusieurs années. Il suppose volonté politique, concertation des autorités fédérale et provinciales, esprit d'ouverture et de collaboration avec le milieu juridique et avec celui des affaires. À plus court terme, il serait sans doute plus réaliste de songer à une codification palliative du droit des sûretés fédérales, qui permettrait d'avoir accès à tous les régimes de sûretés fédérales en un seul et même recueil, facilitant ainsi la tâche des praticiens du droit et de leurs clients. Ces travaux, d'une importance capitale, permettraient une intégration davantage accrue du droit des sûretés, à la verticale comme à l'horizontale, en droit canadien. En effet, ce dialogue entre les systèmes serait assurément générateur de solutions novatrices, et favoriserait sans doute l'expansion des pratiques du commerce à l'échelle nationale.

Ces réformes, qui tardent à venir en droit fédéral canadien, posent toutefois la question cruciale que nous annonçons en introduction de cette thèse : allons-nous vers l'uniformisation du droit des sûretés mobilières en Occident ?

### **C. Vers l'uniformisation du droit des sûretés mobilières en Occident ?**

Si nous avons noté une convergence des valeurs, il n'en demeure pas moins que des divergences conceptuelles importantes subsistent entre les systèmes étudiés. Néanmoins, on peut affirmer que l'uniformisation du droit des sûretés mobilières est en marche dans les pays industrialisés de l'Occident et qu'elle passe d'abord par l'harmonisation plus souple. Ce mouvement s'observe à plusieurs niveaux.

D'une part, il est vrai que des régimes spéciaux s'établissent relativement à certains types de biens spécifiques. Le cas des valeurs mobilières, titres intermédiés et autres actifs financiers est très éloquent. En Amérique du Nord, en Europe et en Australie, le régime inspiré du Titre 8 du UCC est en voie de s'implanter <sup>1049</sup>. Même si ce régime tient son inspiration du Titre 8 du UCC et que certaines conventions internationales viennent en régir des pans importants <sup>1050</sup>, il est révélateur de noter que l'uniformisation à ce niveau ne procède pas tant de la ratification de conventions internationales mais plutôt de l'incorporation de ces principes dans les divers droits nationaux. L'influence de toutes ces sources du droit transnational y est très certainement pour quelque chose <sup>1051</sup>. Puis, de manière aussi significative, pour les biens mobiles de grande valeur que sont les aéronefs et le matériel ferroviaire roulant, la *Convention du Cap (2001)*, signée par plusieurs États, est en voie d'être ratifiée dans plusieurs pays, dont le Canada.

D'autre part, l'harmonisation des régimes de droit des sûretés mobilières à l'interne s'avère plus complexe. Le modèle du Titre 9 du UCC a fait son nid dans les États anglo-saxon d'Amérique du Nord et s'est transporté jusqu'en Nouvelle-Zélande <sup>1052</sup> et en

---

<sup>1049</sup> M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, *supra* note 83, p. 547-548. En droit belge, voir : Christine BIQUET-MATHIEU et Frédéric GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », dans *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 61, 83, 85-98.

<sup>1050</sup> Pour les règles de conflits de loi, voir : *Convention de La Haye*, *supra* note 94 ; pour les règles de droit substantif, voir : *Convention de Genève*, *supra* note 95.

<sup>1051</sup> Le même phénomène s'observe, de façon plus générale, dans l'harmonisation du droit international privé. Voir : Sylvette GUILLEMARD et Alain PRUJINER, « La codification internationale du droit international privé : un échec ? », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 175.

<sup>1052</sup> Mike GEDYE, « A distant export : The New Zealand Experience with a North American Style Personal Property Security Regime », (2006) 43 *Can. Bus. L.J.* 208.

Australie <sup>1053</sup>. Toutefois, les résistances à ce modèle sont nombreuses et ne proviennent pas seulement de pays civilistes, l'Angleterre n'y ayant toujours pas, à ce jour, adhéré <sup>1054</sup>. Ces résistances s'expliquent, pour les pays de droit civil, par des différences conceptuelles importantes en droit des biens <sup>1055</sup>, mais aussi par l'inconfort que suscite une législation qui a la réputation d'être trop favorable aux créanciers <sup>1056</sup>; pour les pays de common law qui ne suivent pas l'exemple américain, c'est peut-être davantage le poids des traditions qui est en cause, bien que des divergences conceptuelles puissent exister.

Le Québec propose un modèle original et unique, probablement le plus avancé des pays civilistes, si bien que plusieurs auteurs (et la CNUDCI) le classent parmi les régimes découlant du Titre 9 du UCC, en tout cas au niveau de l'atteinte des résultats <sup>1057</sup>. Il est très certainement la preuve que l'on puisse demeurer fidèle à l'originalité de sa tradition sans pour autant se priver d'innover.

Au final, la réforme du droit des sûretés devrait favoriser la reconnaissance d'une sûreté globale en droit interne et des règles de conflits de lois similaires d'un État à l'autre, afin que la validité des sûretés consenties dans un État soit préservée à l'échelle internationale. Malgré les différences conceptuelles d'un système à l'autre, donc d'un État à l'autre, cette uniformité est non seulement possible mais souhaitable. Ainsi, à

---

<sup>1053</sup> Simon FISHER, « Personal property security law reform in Australia: history, influence and the future », dans John DE LACY, dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010, 366.

<sup>1054</sup> Voir les autorités citées, *supra*, note 28.

<sup>1055</sup> G.L. GRETTON, *loc. cit.*, *supra* note 332.

<sup>1056</sup> A.M. GARRO, *loc. cit.*, *supra* note 405.

<sup>1057</sup> R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, *supra* note 332.

défaut de parler d'unification des régimes, idée qui se bute à la souveraineté des États, il est possible d'envisager l'uniformisation du droit des sûretés à ce niveau. Même si la France et l'Angleterre se refusent toutes deux à suivre les exemples de leurs cousins nord-américains, il n'en demeure pas moins que leurs régimes permettent la prise de garantie sur une universalité de biens. Des efforts de cohérence internes seraient nécessaires, mais cela n'empêche pas leurs systèmes de fonctionner. Mentionnons, aussi, l'influence considérable du droit des procédures collectives des créanciers dans la création d'un droit des sûretés transnational.

En conclusion de cette première partie, soulignons à nouveau l'importance des efforts que les organisations internationales ont fait ces dernières années dans le domaine de l'harmonisation du droit des sûretés mobilières. Si certains instruments proposés par ces organisations se distinguent du droit américain relativement à l'approche fonctionnelle (on pense à la *Convention du Cap (2001)* et, dans une moindre mesure, à la *Loi type de la BERD*), le *Guide législatif sur les opérations garanties* et la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* ont délibérément fait le choix de s'inscrire dans la mouvance américaine. Il en ressort que le modèle américain est présenté comme étant le plus moderne et efficient. Malgré ses qualités indéniables, nous avons aussi relevé ses nombreuses lacunes et ses incompatibilités conceptuelles avec la tradition civiliste. Cela traduit bien les limites du processus d'harmonisation qui a présentement cours dans les conférences internationales, ces réunions d'experts et de délégués gouvernementaux dont les travaux sont assujettis à l'approbation finale d'une conférence diplomatique. On a soutenu que ce processus favorise l'émergence d'un droit des sûretés transnational fondé sur le droit américain. De plus, noyauté qu'il est par des acteurs politiques et privés

(barreaux, professeurs, représentants de l'industrie) qui n'ont de comptes à rendre qu'à eux-mêmes, on déplore l'absence d'imputabilité dans l'élaboration de ce droit transnational au service de l'économie capitaliste <sup>1058</sup>.

Il est vrai que, de ce droit transnational des sûretés, émerge une conception essentiellement américaine. On peut le déplorer. On peut surtout déplorer le fait que l'exercice de droit comparé et de recherche des meilleurs valeurs ou principes devant être mis de l'avant soit soumis à ce jeu politique. En cela, il s'agit d'une différence notable avec le processus ayant présidé à la rédaction des *PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL* <sup>1059</sup>.

Enfin, nous avons tenté de démontrer, tout au long de cette première partie, que l'analyse systémique conserve toute sa pertinence. Elle permet de dégager les valeurs et les concepts qu'expriment une règle de droit. L'harmonisation des valeurs ne signifie pas que les concepts les véhiculant soient identiques. Au contraire, c'est là que la diversité doit continuer de pouvoir s'exprimer car, ainsi que l'affirmait Montesquieu, *la grandeur*

---

<sup>1058</sup> Edward S. COHEN, « The Diffusion of Legal Models for Financial Governance : The Case of Secured Finance », 3<sup>rd</sup> Conference of the European Consortium for Political Research, Budapest, Hongrie, 8 septembre 2005, en ligne: <http://regulation.upf.edu/ecpr-05-papers/ecohen.pdf> (consulté le 2 avril 2010).

<sup>1059</sup> Voir, à ce sujet : Frédérique SABOURIN, « Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », dans *Contemporary Law 1998 Droit contemporain*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1998, 279, 282-283, 285 : « *Ce n'est qu'en 1980 qu'un Groupe de travail spécial a été créé pour rédiger les Principes. Des experts représentant les principaux systèmes dans le monde ont composé ce groupe. Ainsi, le professeur Paul-André Crépeau de l'Université McGill a été membre du Groupe de travail et le professeur Claude Samson de l'Université Laval a participé au projet. Cependant, les gouvernements n'ont pas été invités à participer aux travaux du Groupe. [...] Les auteurs ont tenté d'élaborer des solutions communes aux divers systèmes juridiques étudiés. À défaut de telles règles communes, les auteurs ont retenu les solutions qu'ils ont perçues comme étant les meilleures, même si elles ne sont pas adoptées de façon générale. [...] L'auteur souligne en outre que si Unidroit avait effectivement voulu établir une loi modèle, il aurait dû se conformer strictement aux dispositions de son statut organique qui exige en ce cas que les projets approuvés par le Conseil de direction soient examinés par une conférence diplomatique* ».

*du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ?* Certains voudraient plutôt que l'on envisage l'idée d'un seul grand système « ouvert », qui consiste à promouvoir l'avènement de l'harmonisation par l'entremise de l'enseignement, de la pratique et de la jurisprudence, dans un cadre systémique précis où le système deviendrait « ouvert » (par opposition à fermé, bien entendu), devenant de ce fait plus perméable aux influences diverses et étrangères <sup>1060</sup>. Si l'idée est séduisante, elle recèle en elle-même plusieurs objections, car à quoi bon établir un système avec ses règles propres et sa cohérence intrinsèque si c'est pour le dénaturer par la suite ? Si l'on peut admettre une certaine perméabilité des systèmes pour faire jour aux influences externes, il est possible de soutenir que l'idée aille à l'encontre du principe de l'État de droit, sur lequel nous allons maintenant nous pencher. Principe fragile et précieux, s'il en est un, qui constitue la toile de fond permettant à tout système de droit des sûretés d'exister.

---

<sup>1060</sup> H.P. GLENN, *Harmonization*, *supra* note 947, p. 84. Voir aussi, dans le même sens, L. Le BEL et P.-L. Le SAUNIER, *loc. cit.*, *supra* note 101.



## DEUXIÈME PARTIE – DE LA RÉFORME ET DE L’HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS DANS LES PAYS ÉMERGENTS : CONSIDÉRATIONS JURIDIQUES, SOCIOPOLITIQUES ET CULTURELLES

*Certains ont conclu qu’il fallait lutter contre la mondialisation. Mais être contre la mondialisation, c’est comme être contre la marée, ce n’est pas ce qui va l’empêcher de monter. Contre la marée, cependant, on peut construire des digues, des quais, des canaux. On ne peut pas être contre mais on peut chercher à en aménager les effets. Encore faut-il que quelqu’un soit responsable de construire ces digues et ces quais. De la même façon, il faut que quelqu’un organise l’éducation, la formation professionnelle, la recherche, l’innovation, la protection des plus fragiles, empêche les abus, réglemente les entreprises. Il n’y a que l’État pour faire cela. À travers l’histoire, on n’a jamais trouvé autre chose pour protéger le citoyen. Autrefois, l’État était le seigneur, puis le roi, puis le Parlement, mais le rôle, lui, est resté. La première responsabilité de l’État, c’est toujours de protéger le citoyen. Entre l’individu devant son ordinateur et un monde vaste, immense, souvent excitant, parfois menaçant, il n’y a que l’État sur qui le premier peut s’appuyer au besoin.*

[...]

*C’est, en somme, la leçon que l’Europe va servir au monde à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : il n’y a pas de pays trop petit pour se développer, à la condition d’être partie d’un grand marché commercial. Et son degré de prospérité, dans ce grand marché, dépendra du soin qu’il apportera à accroître la productivité et l’innovation des ses entreprises. [...] On n’est pas trop petit pour être prospère. L’intégration économique ne réduit pas le nombre des pays indépendants, elle contribue à l’augmenter. Dans ce sens, un peuple qui aujourd’hui veut devenir un pays n’est ni attardé ni ringard. Il se situe dans le sens de l’histoire.*

Jacques PARIZEAU, *La souveraineté du Québec – Hier, aujourd’hui et demain*, Montréal, Les éditions Michel Brûlé, 2009, p. 19, 47, 48-49.

*Du commerce*

*Les matières qui suivent demanderaient d'être traitées avec plus d'étendue; mais la nature de cet ouvrage ne le permet pas. Je voudrais couler sur une rivière tranquille; je suis entraîné par un torrent.*

*Le commerce guérit des préjugés destructeurs : et c'est presque une règle générale que, partout où il y a des mœurs douces, il y a du commerce; et que partout où il y a du commerce, il y a des mœurs douces.*

*Qu'on ne s'étonne donc point si nos mœurs sont moins féroces qu'elles ne l'étaient autrefois. Le commerce a fait que la connaissance des mœurs de toutes les nations a pénétré partout : on les a comparées entre elles, et il en a résulté de grands biens.*

*On peut dire que les lois du commerce perfectionnent les mœurs, par la même raison que ces mêmes lois perdent les mœurs. Le commerce corrompt les mœurs pures : c'était le sujet de Platon; il polit et adoucit les mœurs barbares, comme nous le voyons tous les jours.*

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, Livre XX, Chapitre premier, Paris, Gallimard, 1995, p. 609-610.

Dans la première partie de notre exposé, nous avons vu que le mouvement de réforme et d'harmonisation du droit des sûretés s'est d'abord articulé autour des fondements propres aux différents régimes de droit interne. Cet intense effort de réflexion a permis une discussion parmi les experts issus tant de la famille civiliste que de la famille de *common law*. Cette réflexion a aussi permis à de nombreux pays, de quelque famille juridique qu'ils soient, de reformuler au fil des années leurs règles en la matière et de les rendre plus efficaces. Bien que ces règles ne soient pas encore complètement uniformes d'une juridiction à l'autre, l'on note un désir qui transcende la technique juridique et qui permette d'affirmer que, sur l'essentiel, les valeurs qui sous-tendent les régimes de sûretés des pays industrialisés occidentaux visent l'atteinte d'objectifs similaires. On en

veut pour preuve la finalisation récente du *Guide législatif sur les opérations garanties*, qui propose une certaine synthèse intellectuelle des principes en la matière, bien qu'il fasse largement la promotion du modèle américain.

Ce Guide législatif illustre bien que ce mouvement de réforme, d'abord orienté vers l'amélioration des régimes juridiques internes, s'est déplacé vers une harmonisation, voire une unification, des règles qui régissent la prise de garanties, soit dans un contexte transfrontalier, soit sur des biens mobiles, incorporels ou dématérialisés, couvrant ainsi, pour reprendre le mot de Roy M. Goode, des situations « authentiquement internationales ». L'apparition de traités, de conventions et de projets d'harmonisation à ce niveau qui transcende les frontières a vu s'articuler un autre champ de réformes dans le domaine des sûretés et, avec lui, l'apparition de normes supranationales qui, parfois, se superposent aux droits internes, parfois influencent ceux-ci et les modifient en conséquence. Le droit des sûretés est ainsi analysé d'abord en fonction du droit interne, puis, subséquemment, en fonction de l'apparition de normes internationales, permettant d'entrevoir l'émergence d'un système du droit des sûretés transnational, édifié afin d'accommoder les besoins du commerce international. De là à conclure à un certain universalisme des valeurs préconisées par ces efforts d'harmonisation et d'uniformisation du droit des sûretés, il n'y a qu'un pas que plusieurs acteurs de cette mouvance franchissent sans trop d'hésitation.

Toutefois, l'apparition de ce système du droit des sûretés transnational, qui se constate surtout par un examen de la situation qui prévaut à ce chapitre dans les économies libérales, n'est pas encore achevée. De larges segments du globe sont en effet bien loin de ces progrès, pour différentes raisons, qu'elles soient sociopolitiques, économiques ou

culturelles, bien que les institutions financières internationales en fassent l'un des piliers de leur stratégie de développement. Ce qui nous amène à considérer le deuxième aspect de la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans ce contexte de mondialisation de l'économie : qu'en est-il de l'évolution de ce domaine dans les pays émergents ? Est-il possible de transplanter des solutions juridiques structurantes, généralement admises dans les économies libérales et dans les pays industrialisés, à des pays émergents issus de traditions et cultures, juridiques, sociétales ou même religieuses, profondément différentes ?

Pour tenter d'apporter certaines pistes de réponses à ces questions, il nous faut d'abord considérer ce qui est à la base même des ordres juridiques occidentaux, à savoir le principe de l'État de droit [I]. En effet, il est généralement admis que ce principe est le socle sur lequel reposent la démocratie et la préservation des droits fondamentaux de l'individu. Parmi ces droits fondamentaux, on retrouve le droit de propriété <sup>1061</sup>, élément

---

<sup>1061</sup> Le droit de propriété fut élevé au rang de liberté fondamentale par de nombreux instruments juridiques au fil de l'histoire. Cette consécration remonte aussi lointainement, en Angleterre, qu'à la *Magna Carta Libertatum* de 1215, (1297) 25 Edw 1 c. 9 (confirmée et publiée sous Édouard I), et au *Bill of Rights* de 1689, (1689) 1 W. & M. c. 2; les États-Unis d'Amérique et la France ont constitutionnalisés ce droit (U.S. CONST. Amend. XIV, 1; Assemblée nationale, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (26 août 1789), art. 2 et 17, publiée à la *Gazette nationale ou moniteur universel*, n° 25 (25 au 27 août 1789), en ligne (sur le site Web du Conseil constitutionnel) : [www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm) (consulté le 18 juillet 2008); la société internationale le fit également en 1948 dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. rés. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), art. 17. Qu'en est-il au Canada et au Québec ? Ces États se distinguent sur cette question d'une manière qui leur est bien particulière. Des instruments quasi-constitutionnels confèrent certes une protection à toute personne, non pas d'un droit de propriété quelconque, mais plutôt de la jouissance paisible et de la libre disposition de ses « biens » (sauf dans la mesure prévue par la loi, s'empresse-t-on d'ajouter). L'alinéa 1 (a) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, et les articles 6 et 8 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, sont à cet effet. Mais le droit de propriété n'est pas protégé en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R.-U.). Une foule d'arguments variés et complexes explique cet état de fait, notamment la crainte des provinces de voir le législateur fédéral s'approprié un champ de compétence qui leur est réservé aux termes du paragraphe 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 74, leur attribuant compétence en matière de « propriété et [d]es droits civils dans la province »; la difficulté de procéder à une modification constitutionnelle lorsqu'elle vise

essentiel à la mise en place d'un régime de sûretés. Il existerait aussi une adéquation entre le principe de la primauté du droit et le développement économique, l'un et l'autre étant indissociables. Cette vision occidentale de l'État de droit s'est imposée à l'échelle internationale pour des raisons historiques et politiques. Elle serait là pour rester et son

---

un tel domaine de compétence (paragraphe 38(2) et 39(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*); l'inutilité d'enchâsser ce droit dans la Charte canadienne en raison des instruments quasi-constitutionnels existants; la crainte que de nombreuses lois (fiscales, environnementales, agricole, en matière familiale ou autres) affectant directement la notion de « bien » puissent faire l'objet de contestations judiciaires. Sur ces questions, lire : Alexander ALVARO, « Why Property Rights Were Excluded from the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1991) 24 *Revue canadienne de science politique* 309; Jean McBEAN, « The Implications of Entrenching Property Rights in Section 7 of the Charter of Rights », (1987) 26 *Alta. L. Rev.* 548; David JOHANSEN, « Le droit à la propriété et la constitution », Division du droit et du gouvernement du Canada, Ottawa, Octobre 1991, en ligne : <http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp268-f.htm> (consulté le 11 juillet 2008); Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2007 (feuilles mobiles), p. 47-10, 47-11, 47-17 à 47-19. Au plan politique, le Parti conservateur du Canada, dans son programme électoral de 2006, proposait l'enchâssement du droit de propriété dans la Constitution canadienne. Voir : PARTI CONSERVATEUR DU CANADA, *Changeons pour vrai*, Programme électoral du Parti conservateur du Canada 2006, p. 43, en ligne : <http://www.conservative.ca/media/20060113-Platform-f.pdf> (consulté le 11 juillet 2008), ce qui fut décrié par *The Council of Canadians* comme favorisant la grande entreprise au détriment du bien commun, car constituant une menace pour le respect des lois environnementales ou la santé publique. Voir : THE COUNCIL OF CANADIANS, *Council denounces Harper's desire to include property rights in Charter*, Media Release, January 10, 2006, en ligne : <http://www.canadians.org/media/other/2006/10-Jan-06.html> (consulté le 11 juillet 2008). Au-delà de ces considérations politiques, la Cour suprême du Canada, dans le désormais célèbre arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, privilégia, sur division, la liberté de religion au détriment du droit à la libre jouissance des biens. Dans cette affaire, un copropriétaire d'obédience juive s'opposait à la déclaration de copropriété de son immeuble (qu'il avait pourtant signée mais qu'il prétendit ne pas avoir lue, contrairement aux principes des art. 1062 et 2943 C.c.Q. en consacrant l'opposabilité), interdisant de décorer, de modifier ou d'ériger des constructions sur les balcons, car il ne voulait installer que pendant quelques semaines à chaque année une souccah pour la fête de Souccoth. Avec déférence, cette décision est erronée à plusieurs égards. Bien que nous soyons d'accords avec la dissidence des juges Bastarache, LeBel et Deschamps, c'est à notre avis celle du juge Binnie qui est la plus pertinente. En effet, il faut accorder l'importance qu'il convient au contrat privé volontairement conclu et les mesures d'accommodement proposées par le syndicat, et non pas en faire une question d'application de la Charte québécoise. Il en va de l'économie générale des contrats et du principe de la stabilité contractuelle. Voir, en ce sens : Christine GAGNON et Serge ALLARD, « La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* et le droit québécois de la copropriété divise: un point de vue notarial », [2005] 1 *C.P. du N.* 317; Paul BEAUDRY, « L'affaire *Amselem*: le droit de pratiquer sa religion vs. la liberté de contracter » (15 octobre 2005) *Le Québécois libre* n° 159, en ligne : <http://www.quebecoislibre.org/05/051015-6.htm> (consulté le 18 juillet 2008). **Contra** : Christian BRUNELLE, « La sécurité et l'égalité en conflit: la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive? », dans BARREAU DU QUÉBEC ET TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2005, 343, pour qui l'opinion majoritaire de la Cour suprême est bien fondée. Tous ces débats canadiens et québécois illustrent la complexité des questions entourant le respect du droit de propriété et sa consécration constitutionnelle. Nous en traiterons tout au long du présent exposé.

hégémonie ne saurait plus, désormais, être remise en cause. Peut-on prétendre à l'universalisme de cette conception proprement occidentale de la notion ? Est-il possible d'envisager une diversité de conceptions et d'approches permettant de satisfaire aux exigences et pré-requis de l'État de droit ? L'harmonisation du droit commercial qui s'observe à l'échelle planétaire parviendra-t-elle, dans son sillage, à instaurer démocratie, État de droit, règle de droit et libertés individuelles à cette même échelle ?

L'examen plus général de ces questions nous permettra, dans un deuxième temps, de nous attarder plus spécifiquement à leur étude dans le contexte bien particulier de la réforme du crédit foncier en Égypte [II]. Cette étude de cas nous permettra de considérer, d'abord, quelles sont les différences profondes de l'État et de la conception de la primauté du droit dans une société largement influencée par la tradition islamique, en comparaison de ce qui prévaut à ce chapitre en Occident. Puis, nous pourrons alors envisager, de façon plus technique, la question de la réforme du droit des sûretés dans un tel contexte. Puisque les pré-requis habituels à l'implantation d'un tel régime tel que nous le connaissons, à l'occidentale, n'y sont pas tous présents, et que la situation politique, économique et culturelle commande certains impératifs qui nous en éloignent, est-il possible d'envisager des solutions, au niveau de la réforme du droit, qui se rapprochent des conceptions propres à l'Occident, tout en respectant les particularismes de la société égyptienne ? La conception occidentale doit-elle nécessairement demeurer le point de référence et de comparaison ? Dans l'affirmative, pour quelle raison ? Sans doute pour favoriser, à titre d'hypothèse, cette harmonisation, si inexorablement souhaitée et encouragée par cette mondialisation de l'économie et l'interdépendance accrue qui en découle à tous les niveaux. En bref, est-il possible d'envisager un

dénominateur commun entre ces traditions, qui permettrait la réception d'un régime de sûretés modernisé et faciliterait l'accès au crédit des égyptiens, non seulement des individus mais aussi des entreprises ?

En plus du cas égyptien de la réforme du crédit foncier, nous aurons par la suite l'occasion d'aborder la même problématique à travers l'étude du cas de la réforme de l'urbanisme, de l'habitat et du crédit foncier en République Démocratique du Congo [III]. Ce cas fournit une autre illustration des vicissitudes entourant la mise en œuvre du principe de l'État de droit, dans une société traditionnelle, opposant pouvoirs coutumiers et pouvoir étatique, sans compter l'instabilité chronique de cette société, découlant de conflits inter-ethniques. Cette situation de fait démontre la difficulté d'admettre le principe de l'État de droit, reposant sur la primauté de l'individu et la propriété individuelle, dans une société plurielle, à qui le concept d'État est étranger, et où l'individu s'efface derrière la famille, le clan, la tribu, gérant une propriété foncière collective. La réforme du droit, telle qu'on l'entend en Occident, peut-elle s'y dérouler à l'aune des mêmes critères ? Quelles perspectives pour l'instauration d'un régime de crédit foncier moderne et, éventuellement, de sûretés mobilières, harmonisés à la faveur des efforts internationaux ?

En conclusion, après avoir étudié les fondements du principe de l'État de droit et les cas particuliers égyptien et congolais, nous tenterons d'entrevoir si l'harmonisation du droit des sûretés, à l'échelle internationale, voire même l'uniformisation des règles en ce domaine, est chose possible à une échelle plus universelle, où si elle n'est pas limitée, voire confinée aux pays appartenant à la tradition juridique occidentale, les pays issus d'autres mouvances étant assujettis à d'autres contraintes faisant en sorte que seule une

harmonisation partielle soit possible [IV]. Inversement, et dans cette même foulée, une réflexion s'ouvrira sur l'État de droit, comme fondement de la société occidentale dans son achèvement d'aujourd'hui. Est-il possible de tirer des conclusions de ces observations, et de quelle manière peut-on préserver cette valeur cardinale, à une époque où le discours du pluralisme et du relativisme culturel se fait de plus en plus présent dans le débat public, ici comme ailleurs ? L'État de droit, garant des libertés individuelles, sait-il s'accommoder de ce discours, voire même le favoriser, où n'en est-il pas menacé par lui ? Voilà la réflexion à laquelle nous nous lançons dans cette deuxième partie.



## **I- LE PRINCIPE DE L'ÉTAT DE DROIT : FONDEMENT DE L'ÉCONOMIE MONDIALISÉE ET DU DÉVELOPPEMENT ?**

La question est lancée : le principe de l'État de droit est-il le fondement de l'économie mondialisée et du développement ? Plusieurs propagent désormais cette idée et elle fait son chemin. Mais il importe d'abord, dans un premier temps, d'en cerner brièvement l'historique et l'évolution pour bien comprendre de ce dont il s'agit : essentiellement, d'une notion issue du droit public visant la préservation des libertés individuelles face au pouvoir politique dans un État organisé [A]. Par la suite, il sera plus aisé de saisir le pourquoi et l'ampleur des multiples projets de réformes promulgués par les institutions financières internationales afin d'instaurer un tel principe dans les pays en voie de développement [B]. En dernier lieu, et pour nos fins, nous verrons que cette notion, d'abord l'apanage des juristes, est désormais étudiée tous azimuts dans nombre de domaines, à commencer bien sûr par celui de l'économie [C]. Le besoin d'institutions fortes visant à assurer la cohésion sociale est vivement ressenti pour ce qui est de l'établissement d'un libre marché; le droit des sûretés figure au premier maillon de cette chaîne.

### **A. L'État de droit : généralités, historique et évolution**

Il s'avère opportun, dans une première étape, de définir le concept dans son acception la plus répandue et de voir aussi quelles en sont les variantes [1]. Puis, dans une seconde étape, nous serons en mesure de constater que l'État de droit, principe du droit constitutionnel classique, est tranquillement en voie d'émerger à titre de principe du droit international public [2].

## 1. Quelques définitions utiles et acceptions de l'idée

De quoi s'agit-il ? *Rule of law*, prééminence (ou primauté) du droit, *Rechtsstaat*, *Estado de derecho*, *gospodstvo prava*, *Fa Zhi* ou *Siyadat-ul-Qanoun*, toutes ces expressions, provenant de droits internes de pays (ou traditions) différents, se rejoignent mais recèlent chacune un sens particulier, qui appartient à une tradition, une histoire, une évolution <sup>1062</sup>. Afin de bien poser le sujet, il importe d'en donner une définition qui soit la plus large possible [1.1], d'en retracer les évolutions historiques [1.2], pour enfin en apprécier les différentes composantes, dans ses institutions du droit public mais aussi dans l'édification des normes, au plan de la technique législative, de leur rédaction, et de la réception des lois par l'objet même et le fondement de cette pyramide, à savoir l'individu, le citoyen, titulaire de droits subjectifs [1.3].

### 1.1 une définition générale

Il peut être hasardeux de choisir une définition plutôt qu'une autre, étant donné la variété des acceptions du concept, qui aurait atteint, d'après Jacques Chevallier, le statut de « mythe » :

La dimension mythique du thème de l'État de droit ressort des conditions de son utilisation. L'État de droit est posé comme une valeur en soi, dont le bien-fondé ne saurait être mis en doute et sur laquelle aucun compromis n'est possible. Recouvrant des significations multiples et passablement contradictoires, il se présente désormais comme une notion floue et à géométrie variable ; et ses implications concrètes tendent à s'effacer derrière sa puissance évocatrice propre. Ainsi, le mythe de l'État de droit sous-tend-il désormais à dépasser et à transcender les doctrines dont il s'est nourri. Né dans la pénombre du champ juridique, l'État de droit s'est trouvé investi, au fil de sa diffusion dans le champ social et politique d'une portée symbolique, d'une puissance évocatrice, voire d'une force émotionnelle, nouvelles, qui sont

---

<sup>1062</sup> Voir : Jacques-Yvan MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, Académie de droit international, tiré à part du *Recueil des cours*, t. 254, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, en particulier aux p. 27-28.

venues sur-déterminer le contenu conceptuel dont les juristes l'avaient à l'origine lesté.<sup>1063</sup>

1063

Voir : Jacques CHEVALLIER, dir., *L'État de droit*, La documentation française, 2005, p. 13. Cette dimension mythique de l'État de droit ou du *Rule of Law* s'exprime notamment à travers les discours des personnages politiques. Sans nier la pertinence de leurs propos (bien au contraire), lorsque l'on évoque ainsi l'importance du droit, on touche à la valeur d'idéal qui vise à rendre le monde meilleur pour tous. Voir notamment, à cet égard, Hillary Rodham CLINTON, « Remarks of United States Senator Hillary Rodham Clinton, November 10, 2005 », (2007) 25 *Berkeley J. Int'l Law* 92, en particulier aux p. 98-99 : « [...] *it also demonstrates that at this moment of our own history we are looking for examples. We are searching for ways that peacefully, we could use the law to make changes here at home and around the world that will benefit ourselves and our children. The rule of law is a powerful force. It has the potential not only to harness, but unleash human potential beyond our understanding, rooted in the drive for justice. [...] That's what sends people like Shirin Ebadi into Iran's courtrooms and Malalai Joya onto Afghanistan's campaign trail. That is what's driving women and men all over the world to change their societies for the better. And at this point, in American history and international history, it is more important than ever that they be joined by lawyers and judges across the world who are committed to furthering the rule of law and making it possible for every boy and girl to believe that they have the right to grow up and live up their own God-given potential* ». Voir aussi: Condoleezza RICE, « Remarks of United States Secretary of State Condoleezza Rice, November 9, 2005 », (2007) 25 *Berkeley J. Int'l Law* 63 : « [...] *President Bush and I share your committment [of the American Bar Association] to the rule of law. And let me just say that I personally have always viewed issues of law as fundamental because I remember in my own time that as a black girl growing up in the segregated South, the rule of law did not always serve me. And so I think I have a particular appreciation for how important it is that the state respect the rule of law* »; Brian MULRONEY, « Une place à part: grâce à leur indépendance, les juges demeurent les meilleurs garants de nos libertés », *La Presse [de Montréal]*, mardi le 5 juin 2007 (A19) : « *Que veut-on dire au juste par la primauté du droit ? Que la loi s'applique à tout le monde, et que personne n'est au-dessus d'elle, sans exception ni préséance : ni le premier ministre, ni le gouverneur général, ni même la souveraine au nom de laquelle la loi est posée en principe fondamental de notre société libre. [...] [L]es juges, par leur indépendance, sont les meilleurs garants de nos libertés. Dans certains cas, ils sont le dernier, sinon le seul, rempart contre les atteintes aux droits et libertés des citoyens canadiens, lorsque leur gouvernement se livre à des abus de pouvoirs, ou la police à des chasses aux sorcières. Lorsque l'État, avec tous les moyens légaux et financiers à sa disposition, s'acharne de toutes ses forces sur un simple citoyen, cela peut-être à la fois effrayant et dangereux. En pareille circonstance, à qui le citoyen peut-il s'en remettre pour se défendre, sinon à un avocat assez brave pour affronter l'État ? Et qui peut arrêter l'État quand il persécute et poursuit à tort un citoyen canadien ? L'opposition peut bien crier à l'injustice et les médias faire tout le tapage possible, seul un juge peut y mettre fin. [...] Un jugement n'est qu'un bout de papier. Mais des mots sur du papier, signés par le juge qui les a écrits, ont un pouvoir sans pareil dans notre société. Un simple bout de papier d'un juge indépendant et voilà le gouvernement et la police plantés là sur les marches du palais de justice, l'air ridicule et humiliés* ». Déclaration qui, dans ce dernier cas, n'est pas sans évoquer le tumulte entourant l'affaire Airbus. Voir notamment, à cet égard : *Le Très Honorable Brian Mulroney c. Canada (Procureur général du) et al.*, dossier de la Cour supérieure du district judiciaire de Montréal n° 500-05-012098-958 ; « Règlement hors cour concernant l'affaire Brian Mulroney c. le procureur général du Canada et al. » (6 janvier 1997), Sessional Paper n° 8530-361-7, annexe à *Débats de la Chambre des communes* (36<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session), 32 (18 novembre 1997), en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=2332736&File=2&Language=E> (consulté le 18 juillet 2008) ; GOUVERNEMENT DU CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, *Rapport du conseiller indépendant concernant les allégations au sujet des transactions financières entre M. Karlheinz Schreiber et le très honorable Brian Mulroney* (12 juin 2008), en ligne :

Restons, pour l'instant, dans le champ juridique, et voyons ce que ce concept peut vouloir dire à partir de ce point de vue. Le publiciste français Raymond Carré de Malberg distingue l'État de police de l'État de droit de la manière suivante :

L'État de police est celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose : ce régime de police est fondé sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens. À l'État de police s'oppose l'État de droit, le « Rechtsstaat » des Allemands. Par État de droit il faut entendre un État qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques : deux sortes de règles qui ont pour effet commun de limiter la puissance de l'État, en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elles consacrent. [...] Ainsi, le régime de l'État de droit est conçu dans l'intérêt des citoyens et a pour but spécial des les prémunir et de les défendre contre l'arbitraire des autorités étatiques.<sup>1064</sup>

C'est là, sans doute, l'une des définitions les plus classiques que l'on puisse formuler du principe de l'État de droit. Les concepts d'État, de droit, d'individus ou citoyens, d'ordre juridique, de garanties fondamentales, de voies et moyens, y sont énoncés. On a donc la mosaïque des diverses composantes de ce principe de la primauté du droit, fruit de multiples évolutions historiques, voire de conquêtes difficiles au fil des siècles.

## 1.2 l'évolution historique de l'idée

Jacques-Yvan Morin, dans son ouvrage qui fait date et autorité sur le sujet, retrace les origines historiques et l'évolution de la notion de l'État de droit ou du *rule of law*<sup>1065</sup>.

---

[http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=commissions&doc=karl\\_f.htm](http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=commissions&doc=karl_f.htm) (consulté le 7 juillet 2008).

<sup>1064</sup> Voir : Raymond CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, Réed. CNRS, 1962, p. 488-493, dans J. CHEVALLIER, *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 23.

<sup>1065</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 46-120. Nous nous en inspirons largement pour cette partie de notre étude, bien que nous ayons évidemment glané les vues d'autres commentateurs sur

Ses origines seraient occidentales, ayant évolué au gré des différents pouvoirs qui se sont succédés au fil du temps en Europe, de l'Église aux monarchies, jusqu'aux révolutions et à l'avènement de républiques, américaine et française, la révolution américaine demeurant pour Jacques-Yvan Morin, comme nous le verrons (et cela a son importance pour la suite des choses), « *la synthèse de la tradition et des Lumières* »<sup>1066</sup>.

Cette idée de limiter et de contrôler le pouvoir politique s'est développée depuis le Moyen Âge, non sans difficultés et sans violences. Première manifestation en Angleterre dès 1215 avec la *Magna Carta*, dont les idées maîtresses consistaient à interdire « *aux agents du Roi d'accuser quiconque sans produire des témoins dignes de foi, de se substituer au juge compétent ou de réquisitionner des terres ou des biens sans le consentement du propriétaire* »<sup>1067</sup>. Puis, cette *Magna Carta* évoque pour la première fois sans doute l'idée de « droits fondamentaux », car le Roi Jean sans Terre souscrit alors, sous la contrainte de ses sujets, à des engagements « *de ne pas vendre ou retarder [la justice], mais de la rendre « pleinement », de respecter les coutumes et libertés du royaume, de n'imposer que des amendes proportionnelles à la gravité des infractions, de choisir pour juges et fonctionnaires de la justice des personnes versées dans le droit du pays et disposées à l'appliquer fidèlement, de réparer les dénis de justice passés; enfin, de rendre la justice de manière qu'aucun homme libre ne soit arrêté ou emprisonné, privé de ses droits ou biens, mis hors la loi ou exilé, ni privé de quelque façon de son rang, si ce n'est par le jugement licite des ses pairs et selon le droit du pays* ». Un droit

---

le sujet : la synthèse proposée par J.-Y. Morin demeure, à notre avis, l'une des plus documentées à ce jour.

<sup>1066</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>1067</sup> *Ibid.*, p. 46.

de rébellion est réservé aux signataires de cette chartre, si tant est que le Roi ne respecte pas ses engagements aux termes d'icelle.<sup>1068</sup>

Puis, c'est l'Église, en son sein et dans l'exercice de son pouvoir de surveillance des affaires du temps qui s'étendait sur toute l'Europe, alors décrite comme *civitas christiana*, qui en développa les balises au niveau continental. Qualifiée par J.-Y. Morin de premier « État moderne », l'Église articula donc le contrôle du pouvoir en son sein et aussi, de façon plus étendue, à l'extérieur, afin de protéger les *personae miserabiles* contre les abus des pouvoirs séculiers<sup>1069</sup>. Ce pouvoir glissera éventuellement vers les monarques, à la fin du Moyen Âge, non sans d'abord créer certaines tensions entre l'Église, aux visées universelles, et les souverains ou les différents États naissants, qui chercheront justement à protéger cette souveraineté contre les intrusions de l'Église<sup>1070</sup>. « *Peut-on s'étonner* », affirme J.-Y. Morin, « *que les États européens, nés de la contestation de tout pouvoir supérieur au leur, n'aient pas été d'emblée des États de droit ? Il faudra plusieurs siècles de luttes politique, de révolutions sanglantes et de*

---

<sup>1068</sup> *Ibid.*, p. 46-47.

<sup>1069</sup> *Ibid.*, p. 49 : « *Se trouve ainsi esquissée une sorte d'État de droit chrétien et européen, composé de communautés politiques, autonomes certes, mais placées sous l'autorité suprême de l'Église, communauté dont l'universalité lui dicte invinciblement de se mêler des affaires du temps. Dans cette perspective, les « deux glaives » que la doctrine plus ancienne avait évité de réunir dans la même main, appartiennent de droit à l'Église et, pour tout dire, la fonction du prince consiste avant tout à punir le crime, rôle qui n'est pas sans rappeler celui du bourreau : au reste, estime [Jean] Salisbury, si une autorité séculière devient tyrannique, toute personne a le devoir, en dernier recours, de rétablir le droit en tuant le tyran car le crime le plus grave, dont tout homme peut se faire le justicier, est celui de la subversion des lois, qui doivent gouverner même les empereurs* ». On pourrait parler, avec Guy Rocher, d'une forme de pluralisme juridique, qui pourra nous inspirer dans la compréhension du nouvel ordre juridique mondial qui se dessine actuellement. Voir, à ce sujet, Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », Chap. 7, dans Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 123, p. 139-140, en particulier à la p. 140 : « *Cet ordre juridique ecclésiastique [de l'Église catholique] a été si bien pensé par les juristes canonistes de l'Église catholique des XIIIe et XIIIe siècles qu'il a servi par la suite de modèle au développement et à la formalisation de l'ordre juridique des États occidentaux à partir du XIVe siècle* ».

<sup>1070</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 49-50.

*guerres civiles ou étrangères pour que les monarques acceptent de voir limiter et contrôler le pouvoir qu'ils exercent sur leurs sujets* »<sup>1071</sup>.

L'on serait donc en présence d'un « processus historique » au rythme variable, le principe de la primauté du droit s'étant d'abord manifesté « à l'occident du continent, aux Pays-Bas et en Angleterre, dont l'évolution est marquée par l'ouverture précoce aux échanges économiques avec l'étranger et la montée des classes moyennes, puis dans les colonies britanniques de l'Amérique pour gagner graduellement les États dont la plupart forment aujourd'hui le Conseil de l'Europe »<sup>1072</sup>. Ajoutons que cet État de droit s'est d'abord manifesté dans des contrées protestantes, qui désiraient fonder le droit sur la raison et non pas sur quelque autre fondement irrationnel ou théocratique, victimes qu'elles étaient dans plusieurs pays de la *civitas christiana* dominée par le catholicisme, afin de permettre, justement, cette liberté de culte à tous<sup>1073</sup>.

Le *Rule of Law* s'est donc développé en Angleterre, dont la première apparition dans les textes de lois remonterait à 1610, lors de l'adoption par la Chambre des communes de la *Petition of Grievances* : on veut limiter les agissements du Roi et être gouvernés *by the*

---

<sup>1071</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>1072</sup> *Ibid.*

<sup>1073</sup> *Ibid.*, p. 74. Voir aussi, à cet égard, les commentaires de Rumu SARKAR, *Development Law and International Finance*, 2<sup>e</sup> éd., La Haye, Kluwer Law International, 2002, en particulier à la p. 26, où cette dernière retrace les fondements juridiques du droit au développement, dont Max Weber en serait l'un des principaux théoriciens, avec son éthique du protestantisme et du capitalisme. Expliquant la supériorité du protestantisme et, aussi, du système juridique occidental sur les autres, Weber affirme que l'éthique protestante a su créer une véritable obligation morale de travail chez les individus en vue de maximiser la richesse. Quant au système juridique occidental, il est supérieur aux autres en ce qu'il favorise le respect des engagements (i.e. le contrat et l'autonomie de la volonté), favorise l'uniformité de l'application de la règle de droit et encourage l'établissement d'une profession juridique autonome et indépendante. Cela étant, un tel support juridique est indispensable au déploiement d'une économie capitaliste reposant sur la prévisibilité des normes.

*certain rule of law*<sup>1074</sup>. Elle fit par la suite progressivement son apparition, non sans débats et difficultés, à la suite de guerres civiles. Dans son achèvement et jusqu'à nos jours, la *rule of law* n'équivaut pas tout à fait au principe de l'État de droit. Le pouvoir politique est certes contrôlé, le principe de la séparation des pouvoirs est consacré entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, la magistrature est indépendante, les décisions des tribunaux ou organes administratifs sont assujetties à la révision des tribunaux de droit commun, mais un principe demeure : celui de la souveraineté du Parlement. Il n'y a donc pas, en Angleterre, de constitution ou de charte qui consacre les droits fondamentaux de l'individu contre les abus potentiels du Parlement<sup>1075</sup>, et dont des tribunaux indépendants se feraient les arbitres ultimes.

Il faut se tourner vers les États-Unis d'Amérique pour voir l'aboutissement « *de la tradition et des Lumières* », et pour assister à la naissance de ce que J.-Y. Morin appelle le « constitutionnalisme », qui marquera alors profondément l'Europe continentale et, à sa suite, le monde entier. Cette innovation américaine consiste en l'institution d'une

---

<sup>1074</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 56-57.

<sup>1075</sup> Des exemples du Québec illustrent certains abus des parlementaires à l'endroit de citoyens. Plus lointainement, voir l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. Pour un historique jurisprudentiel de la notion de primauté du droit au Canada, voir : Gérald-A. BAUDOIN, *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 28-32. Plus près de nous, en dépit de l'existence de Chartes canadienne et québécoise, le citoyen Yves Michaud, dans un geste unique et inusité dans les annales de l'Assemblée Nationale du Québec, fit l'objet d'une motion de blâme votée à l'unanimité par ses députés, dénonçant certains propos que monsieur Michaud aurait tenu concernant la langue française et l'intégration des immigrants au Québec. Jamais pourtant monsieur Michaud ne fut-il invité à venir s'expliquer devant cette chambre et l'on n'aurait pas rapporté fidèlement ses propos avant la tenue dudit vote, le principe élémentaire de l'*audi alteram partem* n'ayant pas été respecté dans ce cas. La Cour d'appel du Québec a cependant refusé de s'immiscer dans le débat, jugeant que l'immunité parlementaire s'appliquait à cette affaire. Voir : *Michaud c. Bissonnette*, 2006 QCCA 775, [2006] R.J.Q. 1552 (C.A.). Pour un excellent exposé entourant cette triste affaire, lire : Gaston DESCHÊNES, *L'affaire Michaud. Chronique d'une exécution parlementaire*, Québec, Les éditions du Septentrion, 2010. Voir aussi : Yves MICHAUD, « Mon exécution parlementaire », dans *Le Devoir [de Montréal]*, mercredi le 27 octobre 2010 (A9); Michel DAVID, « Honteux anniversaire », dans *Le Devoir [de Montréal]*, jeudi le 28 octobre 2010 (A3).



Constitution et d'une Charte, dans laquelle se trouvent énoncés les droits fondamentaux propres à tout individu, des droits « naturels », dont la liberté de conscience, de culte, de la presse, le droit à la vie, à la liberté, le droit de chercher et obtenir le bonheur et la sûreté, le droit de propriété<sup>1076</sup>. La façon de protéger ces droits et principes fondamentaux repose sur la démocratie et le *rule of law*. Ces idées sont admirablement synthétisées dans l'extrait suivant de l'ouvrage de J.-Y. Morin<sup>1077</sup>:

La Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 constitue une sorte de synthèse de la tradition et des Lumières – contrat social et droit de rébellion y voisinent avec les droits naturels de l'individu :

« Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir, et d'établir un nouveau gouvernement ». »<sup>1078</sup>

<sup>1076</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 83.

<sup>1077</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>1078</sup> Traduction de Th. Jefferson, dans S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 492. On insiste donc particulièrement sur le rôle et l'exemple que les États-Unis d'Amérique doivent donner en matière de respect de la primauté du droit à l'intérieur de leurs propres frontières, si tant est qu'ils souhaitent avoir une influence à ce chapitre au niveau international. Voir : H. R. CLINTON, *loc. cit.*, *supra* note 1063. En cela, les décisions récentes de la Cour suprême des États-Unis relativement aux droits des détenus à la prison de Guantánamo, en sont une illustration éloquent. Voir : *Boumediene et al. c. Bush, President of the United States, et al.*, 553 U.S. 557 (2008) (le principe de l'*habeas corpus* est réitéré, même en faveur de prisonniers de guerre ennemis en territoire étranger); *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, 548 U.S. ---- (2006) (le droit de connaître les moyens de preuve présentés contre un inculpé est fondamental). Voir, à l'égard de la décision *Boumediene*, le commentaire d'Yves BOISVERT, « Des juges non élus - heureusement », *La Presse [de Montréal]*, le vendredi 13 juin 2008, en ligne : [www.cyberpresse.ca/article/20080613/CPOPINIONS05/806130807/6749/CPOPINIONS05](http://www.cyberpresse.ca/article/20080613/CPOPINIONS05/806130807/6749/CPOPINIONS05) (consulté le 4 juillet 2008) : « [...] [La décision] redit ceci de fondamental, en plus du malaise que provoque Guantánamo après six ans : ce pays [les États-Unis] a été fondé sur la méfiance du pouvoir. C'est pourquoi on a divisé ce pouvoir en trois branches. En période de grande tension et d'inquiétude, heureusement, un pouvoir « non élu » comme la Cour suprême, capable de résister à l'opinion, devient indispensable pour lutter contre l'arbitraire et l'abus de pouvoir, quand le vent de la peur paraît emporter les principes. C'est à mon sens ce qui vient de se passer hier, dans un de ces moments qui font la grandeur de ce pays ». Par ailleurs, au nom du droit de rébellion, de la protection du droit de propriété et de la méfiance de l'individu à l'endroit de l'État, on constitutionnalise le droit au port d'armes, principe que vient tout juste de reconfirmer, le 26 juin 2008, la Cour suprême des États-Unis. Voir : *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 1

Tous les principes d'une société moderne y sont donc établis, ce qui constitue, aux yeux de J.-Y. Morin, « *une insigne innovation* »<sup>1079</sup>. La vie, la liberté et la « recherche du bonheur » : ne sont-ce pas là les éléments qui caractérisent la condition humaine et qui déterminent les gestes posés par l'individu, seul et collectivement, dans nos sociétés libérales ? Nous relevons ces éléments au passage car, comme nous le verrons sous peu, cette philosophie jeffersonienne est au cœur de la politique de développement qui s'observe à l'échelle internationale et dont les institutions du domaine, financières ou politiques, font ardemment la promotion.

Ce constitutionnalisme et ce chartisme, pourrait-on ajouter, se sont par la suite déployés en France, en Allemagne et dans de nombreux autres pays, pour culminer avec l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948<sup>1080</sup>.

Retenons, de ce bref survol de l'évolution du principe de la primauté du droit, les idées forces qui y sont étroitement liées : l'État souverain; le contrat social qui intervient entre le gouvernement de l'État en question et ses citoyens (rendant de ce fait légitime l'exercice de son pouvoir); l'existence de droits individuels fondamentaux constitutionnalisés et inscrits dans une Charte; leur protection ultimement assurée par un système judiciaire indépendant (garant du principe de la primauté du droit, universel,

---

(2008). Pour un commentaire approuvé, voir : NATIONAL RIFLE ASSOCIATION – INSTITUTE FOR LEGISLATIVE ACTION, *Heller Decision Ramps Up Media's Anti-Gun Hysteria*, en ligne : [www.nraaila.org/Legislation/Federal/Read.aspx?id=4067](http://www.nraaila.org/Legislation/Federal/Read.aspx?id=4067) (consulté le 8 juillet 2008). Voir l'énoncé de principes de la National Rifle Association : NATIONAL RIFLE ASSOCIATION, *About Us*, en ligne : <http://www.nra.org/aboutus.aspx> (consulté le 8 juillet 2008), celui de la National Rifle Association – Institute for Legislative Action : NATIONAL RIFLE ASSOCIATION – INSTITUTE FOR LEGISLATIVE ACTION, *About Us*, en ligne : <http://www.nraaila.org/About> (consulté le 8 juillet 2008).

1079 J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 82.

1080 A.G. rés. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948).

s'appliquant à tous indistinctement). Ce qui n'est pas sans soulever l'épineux problème du « gouvernement des juges » et qui fait encore, de nos jours, l'objet de débats : est-il en effet possible de réconcilier le pouvoir des juges et la souveraineté du peuple ? Pour J.-Y. Morin, c'est le pari qu'il nous faut faire :

La primauté du droit peut-elle être fondée durablement sur la volonté de quelques hommes, tout perspicaces et intègres qu'ils soient ? Elle le peut, selon nous, si elle s'appuie sur la constitution, laquelle, ne l'oublions pas, est fondée en principe sur la volonté du peuple, tout comme la loi, mais à un degré supérieur, pour peu qu'elle ait été voulue et instaurée par un acte démocratique – référendum ou démarche constituante – qui lui confère son caractère hors de pair et sa légitimité.

[...] dès lors, aucune institution ne peut « garder les gardiens » de la constitution, si ce n'est cette magistrature elle-même, sous le regard de l'opinion publique. Cela suppose de la part des juges le respect de l'esprit de la constitution, une certaine retenue et une profonde connaissance de la société dont ils font partie.

[...] Pour que cet équilibre ne soit pas constamment menacé – et avec lui les libertés –, les juges ne sont pas les seuls à devoir se montrer modérés : l'assemblée populaire, la majorité démocratique et les gouvernants doivent également faire preuve de retenue. Cette culture politique peut paraître fragile, mais à travers les péripéties de l'histoire des pays occidentaux, aucun fondement plus solide n'a pu être découvert.<sup>1081</sup>

[Nos soulignements]

Ces péripéties de l'histoire des pays occidentaux, c'est évidemment le temps qu'il a fallu pour que ces principes que nous venons d'évoquer s'établissent et atteignent éventuellement cette valeur symbolique et « mythique » dont Jacques Chevallier nous prévient. Le temps, la patience et, surtout, les difficultés qui ont conduit à cette « culture politique fragile » : c'est probablement, plus que tout autre, le désir de vivre en paix qui fera éventuellement son œuvre. En effet, c'est là l'une des conditions « externes » du développement de la règle de droit :

<sup>1081</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 117-119. Quant à la légitimité de la Constitution canadienne et à la nécessité de doter le Québec de sa propre Constitution, voir : Jacques-Yvan MORIN, « Une Constitution nouvelle pour le Québec : Retour sur l'histoire et perspectives d'avenir », *Le Devoir [de Montréal]*, le lundi, 14 juillet 2008 (A7); Jacques-Yvan MORIN, « Une Constitution nouvelle pour le Québec : Le miroir d'une nation », *Le Devoir [de Montréal]*, le mardi, 15 juillet 2008 (A7); Jacques-Yvan MORIN, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *R.D. McGill* 171.

[...] Or, ce phénomène de l'extension de la sphère du droit a été décisive en Europe. Le droit a remplacé la puissance dans la gestion des litiges, entre et à l'intérieur des nations. Et pour ne prendre que cet exemple, la justice, qui a longtemps connu une modalité belliqueuse (*Bellum est justitia*), est devenue judiciaire et juridique (*Pax est justitia*). L'apparition de l'État de droit, c'est-à-dire de la substitution du règlement des litiges par la règle de droit, à leur seul règlement par la force (la diplomatie dépend de la diplomatie). La condition externe du développement de la règle de droit est d'abord et avant tout la pacification ; dès lors la condition interne n'est plus tout à fait pour nous ce qu'elle était pour Hans Kelsen. L'État de droit est une forme d'État apparue en Angleterre, en France et en Prusse, il se définit par une opposition à l'Empire romain et au Saint-Empire romain germanique puisqu'il substitue à un lien civil fondé sur la guerre, où l'*imperator* en tant que chef militaire avait le droit de vie ou de mort sur chacun des citoyens soldats, une société civile fondée sur la paix où les litiges sont arbitrés par la collation juridique. Comme le sociologue Norbert Elias l'a montré, cette construction historique, propre à la dynamique de l'Occident, est inséparable d'un long processus de pacification qui obligeait chaque individu à maîtriser ses pulsions agressives. [...] <sup>1082</sup>

[Nos soulignements]

L'individu, donc, créancier de droits et libertés, mais également débiteur d'une responsabilité envers la collectivité, si tant est qu'il désire en bénéficier, collectivité qu'il ne faudrait pas ignorer dans cette équation, comme nous le rappelle Michel Seymour <sup>1083</sup>, qui se révèle elle-même fragile <sup>1084</sup>.

Il existe ainsi diverses conceptions du principe de la primauté du droit, oscillant entre l'État de droit et le *Rule of Law*, différences qui résideraient principalement à la conception du droit public et au constitutionnalisme de l'une, absent de l'autre. Sur le

<sup>1082</sup> Blandine KRIEGEL, *Propos sur la démocratie. Essais sur un idéal politique*, Paris, Descartes et Cie, 1992, p. 40-43 (extrait), dans J. CHEVALLIER, dir., *op. cit.*, supra note 1063, p. 30-31. Voir également : J.-Y. MORIN, *op. cit.*, supra note 1062, p. 66 : « *Ce débat fondamental ne s'est pas étendu au même moment à tous les pays européens : pour des raisons qui tiennent à l'évolution économique et sociale des sociétés, quelques États se dressent très tôt contre la « tyrannie », comme les Pays-Bas calvinistes dès 1851 et l'Angleterre puritaine en 1640, tandis que la France et les États de l'Europe continentale attendront la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ou les révolutions libérales du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> pour que l'État de droit et la démocratie viennent fonder la légitimité du pouvoir. Tôt ou tard, tous les pays occidentaux seront aux prises avec ce débat qui tend aujourd'hui à se propager à la terre entière.* ».

<sup>1083</sup> Voir : Michel SEYMOUR, *De la tolérance à la reconnaissance*, Montréal, Boréal, 2008. Voir aussi la recension de Geneviève NOOTENS, « Nations sans État : que faire ? », *Le Devoir [de Montréal]*, samedi le 8 juin 2008 (F8).

<sup>1084</sup> Sur l'évolution de la valeur de l'individu et de la place centrale qu'il occupe dans les idées libérales et l'État de droit, voir l'exposé magistral de J.-Y. MORIN, *op. cit.*, supra note 1062, p. 72-79.

fond, cependant, ces notions se rejoignent de plus en plus, avec l'internationalisation sans cesse grandissante du principe <sup>1085</sup>.

Ce tableau de l'évolution de l'État de droit brossé, nous pouvons maintenant en distinguer les différentes composantes institutionnelles et normatives.

### 1.3 ses composantes institutionnelles et normatives

On distinguerait au moins trois versions de l'État de droit, à savoir l'instrumentale, la formelle et la substantielle :

Derrière l'objectif commun d'encadrement juridique de la puissance de l'État, se profilent en fait des visions assez différentes des rapports entre l'État et le droit : l'État de droit c'est tantôt l'État qui agit au moyen du droit, tantôt l'État qui est assujéti au droit, tantôt encore l'État dont le droit comporte certains attributs intrinsèques; ces trois versions (instrumentale, formelle, substantielle) dessinent d'emblée plusieurs figures possibles, plusieurs types de configurations de l'État de droit, qui ne sont pas exemptes d'implications politiques. <sup>1086</sup>

Sont donc visés l'État dans ses organes administratifs et dans son pouvoir exécutif, l'État qui est assujéti à des normes supérieures qui lui sont également applicables et, enfin, le droit dans sa substance, dans ses règles, dans la clarté et la prévisibilité qu'elles doivent receler pour que les justiciables puissent moduler leur comportement en conséquence, ce qui amène à parler d'un État de droit « substantiel ».

---

<sup>1085</sup> Voir : Daniel MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », (1994) 35 *Les Cahiers de Droit* 830.

<sup>1086</sup> J. CHEVALLIER, dir., *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 6-7. Dans la littérature anglo-saxonne, on distingue plutôt entre les définitions formelles, substantives ou fonctionnelles (téléologiques), les définitions formelles correspondant à l'instrumentale, les substantives et fonctionnelles ayant plutôt à voir avec des idées philosophiques de ce que doit être le droit, fondées principalement sur les idées de Dworkin et Fuller. Voir notamment, en ce sens, Matthew STEPHENSON, « Rule of Law as a Goal of Development Policy », en ligne : <http://go.worldbank.org/AQ875YH880> (consulté le 30 juin 2008).

Les composantes essentielles de l'État de droit doivent faire en sorte qu'il y « [...] règne non seulement la *juridicité* des droits et libertés, mais leur *justiciabilité* »<sup>1087</sup>, ce qui signifie :

[...] qu'existent des recours concrets, des tribunaux accessibles, aptes à juger indépendamment et équitablement de la conformité des actes gouvernementaux et de ceux des personnes, morales ou physiques, avec les droits fondamentaux et les lois qui leurs sont conformes. Cela signifie également que les règles applicables sont suffisamment claires pour permettre à chacun de régler sa conduite et au juge d'arbitrer correctement les litiges. Dans le domaine pénal, cela signifie encore que toute personne soupçonnée, arrêtée ou inculpée se voit reconnaître certaines protections contre l'arbitraire, depuis l'interdiction des moyens de pression jusqu'à l'aide juridique en passant par l'*habeas corpus*; une fois le procès engagé, doivent être garantis les droits de la défense, notamment la présomption d'innocence et la non-rétroactivité des crimes et des peines. Cela signifie enfin le droit de toute victime d'une violation des droits et libertés à la réparation du préjudice subi.

Dans sa forme la plus achevée, fort répandue depuis la décolonisation, les droits, les libertés et l'État de droit ont pris place dans les lois fondamentales de nombreux pays : le constitutionnalisme est venu de la sorte parachever l'État de droit en assujettissant à ses exigences l'ensemble de l'ordre juridique étatique, du haut en bas de la hiérarchie des normes.<sup>1088</sup>

[Notre soulignement]

Nous reviendrons sur les institutions étatiques qui s'avèrent nécessaires à l'implantation de l'État de droit et au fonctionnement ordonné d'une société, assurant le respect de ces éléments, lors de notre discussion sur la philosophie des institutions financières internationales dans leur aide au développement des pays émergents.

Insistons quelque peu, à ce stade-ci, sur l'élément « substantiel » de l'État de droit, que d'autres appellent plutôt « règle de droit », qui désigne « *une norme juridique obligatoire provenant d'une source habilitante et énoncée par voie d'une loi ou d'un contrat* », dont

---

<sup>1087</sup> Voir : Jacques-Yvan MORIN, « La mondialisation, l'éthique et le droit », dans Daniel MOCKLE, dir., *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruyant, 2002, p. 121-122, dans Jacques CHEVALLIER, dir., *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 76-77.

<sup>1088</sup> *Ibid.*

la visée ultime est « *l'ordre, la stabilité et la sécurité* »<sup>1089</sup>. *Nemo censetur ignorare legem*, nul n'est censé ignorer la loi, dit-on ; cet adage contient, à lui seul, tout le défi posé à la règle de droit, œuvre de prévisibilité, qui suppose également, en corollaire, qu'elle soit intelligible, non seulement au justiciable, qui modulera sa conduite en fonction d'icelle, mais pour le magistrat, qui aura pour rôle de l'interpréter et d'en assurer la sanction<sup>1090</sup>.

Cet objectif de fiabilité du juridique se mesurera aussi à l'aune de la cohérence des normes édictées par le législateur entre elles, à celle de leur permanence et, enfin, à celle de leur expression d'une manière que ne soit pas inflationniste<sup>1091</sup>, c'est-à-dire qui soit l'antithèse d'une multiplicité croissante de textes à la complexité toujours accrue et, aussi, une tentative d'éviter ce que l'on a qualifié de « bougisme » juridique<sup>1092</sup>, qui se traduit par des modifications rapides aux textes législatifs sitôt adoptés. Dès lors, se pose

---

<sup>1089</sup> F. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 165, p. 9, note 3, ainsi qu'à la p. 103.

<sup>1090</sup> Sur l'intelligibilité de la règle, voir : Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2001, p. 155-160 (extraits), telle que citée dans J. CHEVALLIER, dir., *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 35-37. Sur la nécessaire cohérence d'un code civil et de la règle de droit, voir notamment : P.-A. CRÉPEAU, *Essai de lecture*, *supra* note 960, en particulier aux p. 246 et suiv.

<sup>1091</sup> Voir les commentaires du Conseil d'État de France, « De la sécurité juridique », Rapport 1991, *Études et documents*, Paris, La Documentation française, n° 43, 1992 (extraits), tels que reproduits dans J. CHEVALLIER, dir., *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 37-39, en particulier à la p. 38 : « *Qui dit inflation dit dévalorisation : quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite. [...] Enfin, rien n'est plus contraire au principe d'égalité entre les citoyens que de laisser proliférer un droit si complexe qu'il n'est accessible qu'à une poignée de spécialistes* ». Cependant, l'on assiste à une inévitable complexification du droit dès qu'« *une amplification effarante et géométrique des besoins de l'être humain* » survient. Voir : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra* note 438, n° 4, p. 735.

<sup>1092</sup> Voir les commentaires de la Commission supérieure de codification de France, *Treizième rapport annuel : 2002*, Paris, Direction des journaux officiels, 2003 (extrait), tels que reproduits dans J. CHEVALLIER, dir., *op. cit.*, *supra* note 1063, p.41-43, en particulier à la p. 43 : « *Nous sommes dans une période de « bougisme juridique ». Sitôt adoptée, une loi (ou un règlement) est immédiatement modifiée. [...] L'instabilité de la norme affecte, de par son importance, l'accessibilité et l'intelligibilité de la norme* ».

le délicat problème de l'équilibre entre la stabilité et l'adaptabilité de la norme. Comment, en effet, s'assurer de la prévisibilité d'une norme et lui permettre, du même coup, de suivre l'évolution des mœurs d'une société donnée ? <sup>1093</sup>

Ainsi, on assisterait de nos jours à un élargissement du champ de la juridicité, et avec elle, forcément, de la judiciarisation, ce qui ne serait pas sans conséquence sur le principe de l'État de droit :

Ce double mouvement de *juridicisation* et de *judiciarisation* comporte cependant un certain nombre d'effets pervers. Plus l'État de droit se développe et se perfectionne, et plus il révèle ses limites et ses propres carences : la représentation, sous-jacente à l'État de droit, d'une société entièrement encadrée et régie par le droit est évidemment illusoire ; aussi le constat de juridicisation croissante peut-il être paradoxalement assorti de l'idée d'un « *déclin du droit* ». Tandis que la prolifération des textes, l'instabilité des règles et la dégradation de la qualité de la norme compromettraient la sécurité juridique, le droit tend à perdre certains de ses attributs traditionnels : provenant de sources multiples, il se caractérise de plus en plus par le pragmatisme et la flexibilité, qui suppose une adaptation permanente au réel ; ces transformations de la technique juridique ont pour effet de vider l'État de droit d'une part au moins de sa substance, en rendant plus floues les frontières du droit et en subvertissant le principe de hiérarchie des normes. Aussi, et alors même que l'appel au droit se fait plus pressant, on assiste paradoxalement à un reflux des croyances dont il était entouré. Tout se passe en fait comme si, investi de trop d'attentes, le droit suscitait des réactions contradictoires : demande de règles, mais aussi condamnation de la pléthore des textes ; appel au juge, mais aussi dénonciation de la lenteur et de l'inefficacité de la justice. [Notre soulignement] <sup>1094</sup>

<sup>1093</sup> Pour Fernand Morin, « [u]n droit trop versatile produirait des effets opposés à sa finalité première qui, source de sa légitimité originelle, consiste à donner à tous des garanties de justice, de stabilité, de sécurité, de cohérence, de prévisibilité, etc., et à s'assurer que chacun bénéficie des deux fondements essentiels à la survie d'une société démocratique : l'égalité et la liberté. [...] C'est la raison pour laquelle un droit évanescant ou en constante métamorphose serait en contradiction dans les termes : il ne mesurerait plus rien. Parce que le droit est l'œuvre de l'homme dans une société changeante, son premier dilemme consiste à être la fois stable et capable d'une évolution opportune et adéquate ». Voir : F. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 165, p. 14-15. Les commentaires de P.-A. Crépeau permettent d'apporter certaines pistes de solutions à cette problématique : « Dans un système de droit privé légiféré, comme l'est la matière des obligations depuis 1866, une règle de droit traduit, selon les procédés de la technique juridique, un énoncé de politique législative dans une formule qui doit à la fois refléter aussi fidèlement que possible la pensée du législateur, et répondre aux caractères de la règle de droit : généralité et abstraction. Une règle juridique se veut générale dans sa formulation – lui permettant ainsi de s'appliquer à l'ensemble des cas visés par la norme privilégiée – et abstraite dans sa portée – lui assurant du coup un domaine d'application dégagé des contingences particulières » [références omises]. P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra* note 438, n° 53, p. 770.

<sup>1094</sup> J. CHEVALLIER, *dir.*, *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 10.



Ce qui autorise le sociologue Pierre Noreau à conclure que

le droit n'exerce pas de véritable monopole sur la définition des normes qui régissent chaque société à un moment précis de son développement. Il doit composer avec les normes venant d'autres sources normatives. C'est ce que l'on appelle le pluralisme juridique. [...] Dans la foulée des rapports sociaux, la cohabitation de ces ancrages normatifs différents ne se fait pas sans mal et trouve souvent une issue dans l'élaboration de bricolages normatifs singuliers. On parle alors d'internormativité. La définition la plus fluide que l'on peut donner de ce processus propose de voir dans chaque individu le siège d'un ordre normatif particulier.

[Notre soulignement] <sup>1095</sup>

C'est donc, ici, le point de vue du justiciable qui est mis à contribution, afin de mesurer la légitimité des normes, et qui devient lui-même un « ordre normatif », paroxysme de l'individualisme, qui met on ne peut mieux l'individu au centre même de la société, voire de la « souveraineté » en lieu et place de l'État <sup>1096</sup>. Cette conception extrême découle cependant du pluralisme juridique qui s'opposerait, en quelque sorte, au monisme juridique, *« qui ne reconnaît comme seul droit que celui qui est relié à l'État. L'État moderne a progressivement éliminé, absorbé ou monopolisé tous les pouvoirs politiques,*

<sup>1095</sup> Voir : Pierre NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », (1997) 38 *C. de D.* 741, 743-744. Dans son étude, Pierre Noreau a poursuivi l'objectif de vérifier la perception qu'ont du droit les citoyens québécois eux-mêmes. L'hypothèse de sa recherche tend à remettre en cause une définition unifiée de la légitimité du droit. De l'analyse des résultats, P. Noreau constate que le rapport entretenu face au droit variera en fonction de la socialisation juridique des individus. Le principal facteur de « socialisation juridique » retenu pour les fins de cette étude fut celui de la formation scolaire des individus consultés. Des conclusions qu'il tire de cette étude sociologique réalisée à partir d'un sondage, l'on serait placé devant « deux approches du droit, deux modes de légitimation de la norme juridique » : les répondants les plus scolarisés entretiennent une relation plus souple face au droit, dont ils ont moins d'attentes, tandis que les gens les moins scolarisés auraient des attentes plus grandes du droit et tendraient à se montrer plus critique à son égard. Système de contrainte plutôt que référence normative pour les uns, principe organisateur et référence morale pour les autres. Ces deux approches, pour P. Noreau, seraient également constitutives de normativité juridique.

<sup>1096</sup> Voir : Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Le désordre mondial, crise institutionnelle ou fondements défectueux ? », dans Jules DUCHASTEL et Raphaël CANET, *Crise de l'État, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna éditions, 2006, 65, p. 77 : « Faut-il que l'individu, et lui seul, récupère cet attribut ? Les droits de l'homme souverain en somme contre toutes les structures qui voudraient altérer cette propriété de l'homme-roi ? L'idée est séduisante, mais peu opératoire. Les droits de chacun sont nécessairement limités pour permettre l'exercice des droits d'autrui. On ne peut donc les déclarer souverains. Et c'est bien l'aménagement des droits de tous qui est l'enjeu du politique ».

*imposant du même coup l'hégémonie et finalement l'exclusivité de son droit sur l'ensemble du territoire qu'il occupe et sur toutes les institutions qui s'y trouvent* »<sup>1097</sup>.

Ce monisme juridique, associé au droit positif, ne rendrait plus compte de la réalité juridique actuelle, en tout cas du point de vue sociologique, et il faudrait concevoir à nouveau l'approche du pluralisme juridique, telle qu'elle le fut autrefois par les juristes eux-mêmes, qui, en Europe des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles (connaissant alors un pouvoir politique éclaté), « [...] *et pendant très longtemps, jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle peut-on dire, [avaient présente à l'esprit] la problématique du pluralisme juridique; à preuve, les débats doctrinaux relatifs au « droit public de l'Église », à la personnalité juridique des corporations municipales et des ordres professionnels et leur relation à l'État, au droit disciplinaire des groupes privés* »<sup>1098</sup>.

Ce pluralisme juridique s'exprime, à notre avis et selon ce qui s'observe actuellement non seulement dans les sociétés occidentales mais aussi sur la scène internationale, de multiples façons. Il ne s'agit pas, toutefois, à ce stade-ci et pour nos fins, de faire s'opposer positivisme et sociologie juridiques, monisme et pluralisme juridiques, même si à proprement parler il existe une certaine tension entre ces concepts et que les nuances sont importantes<sup>1099</sup>. Cela nous apparaît comme étant une approche trop réductrice de ce

---

<sup>1097</sup> G. ROCHER, *loc. cit.*, *supra* note 1069, p. 126.

<sup>1098</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>1099</sup> En effet, le positivisme juridique est le droit tel qu'envisagé par les juristes à partir de ses sources étatiques officielles, alors que la sociologie juridique s'intéresse au phénomène du droit dans sa totalité, dont le droit étatique ne constitue que l'une des manifestations. Ainsi, l'on distinguerait les ordres juridiques étatiques et non étatiques, l'ordre juridique étatique étant, au demeurant, l'archétype de ce qu'est un ordre juridique, dont on essaie de voir les modulations à travers les ordres non étatiques. Pour qu'un ordre soit juridique, il doit émaner d'un pouvoir ayant une autorité, capable d'élaborer des règles et doté d'une assise légitime au sein d'un groupe, à la différence d'un ordre normatif, qui est plus large que le juridique et qui n'en comporte pas nécessairement les attributs. Une analyse sociologique du pluralisme juridique, qui comporte

que le droit, en tant que phénomène et discipline, peut apporter, et de ce qu'il implique et signifie (ainsi que du rôle des juristes eux-mêmes) <sup>1100</sup>. L'État de droit, en effet, repose

---

nombre d'ordres juridiques, permet notamment d'entrevoir les rapports entre ces ordres juridiques, et le moment à partir duquel un ordre non étatique est intégré, pour diverses raisons, à l'ordre étatique. La problématique du pluralisme juridique peut cependant faire l'objet de regards distincts, selon qu'on l'envisage dans une perspective juridique ou sociologique :

« Le pluralisme d'inspiration exclusivement juridique consiste à reconnaître d'autres formes de régulation extérieures à l'État et susceptibles d'influencer le droit de l'État, mais seulement comme des *faits sociaux* extérieurs au droit et n'ayant rien à voir avec la nature de l'institution juridique. Ainsi, le juriste peut s'interroger sur l'opportunité d'accorder ou non un certain statut à une régulation « privée », ou de la consacrer officiellement juridique en lui reconnaissant le caractère de « règle de droit ». La perspective sociologique, pour sa part, étend la notion du juridique à des formes de régulation qui n'entrent pas dans le champ juridique du juriste, à la fois pour mieux analyser des phénomènes sociaux dans cette perspective et pour mieux mettre en lumière les rapports d'interaction entre les faits sociaux et le droit étatique. La notion juridique, entendue dans ce sens, forme le pivot central de cette perception étendue du phénomène juridique ».

Voir : G. ROCHER, *loc. cit.*, *supra* note 1069, p. 150.

<sup>1100</sup> En ce sens, voir le commentaire de P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra* note 438, n°36, p. 757-758 :

« **36.** Ces deux éléments – politique juridique et technique juridique – sont inséparables, car ils sont intimement imbriqués dans l'élaboration d'une règle juridique. Ils méritent tous deux un examen approfondi si l'on veut, en bons disciples de Domat, de Montesquieu ou de Portalis, se pénétrer de l'esprit des lois et comprendre véritablement un système juridique, en déceler les principes, en retracer les origines, en apprécier l'environnement culturel et sociologique, en pressentir l'évolution.

L'on doit, à cet égard, regretter que jusqu'à tout récemment et, semble-t-il, dans une certaine mesure encore aujourd'hui, l'enseignement du droit privé ait été réduit à l'examen des aspects techniques d'un système juridique, sous prétexte que les aspects « politiques » ne relèveraient pas du droit, mais des sciences humaines connexes : philosophie, morale, sociologie, science politique. Le juriste ne serait ainsi qu'un bon technicien, chargé de mettre en forme, d'habiller, selon le jargon du jour, les valeurs privilégiées par d'autres. Une telle attitude, à notre avis, réduit indûment le domaine du droit. Certes, le juriste n'est pas le seul à choisir, à préférer telle ou telle valeur dans l'élaboration d'une règle de droit : dans une société démocratique, c'est essentiellement l'affaire du citoyen. Mais une fois une valeur choisie et privilégiée, le droit se l'approprie, le juriste s'en saisit pour en examiner le fondement, le sens, la portée, les limites et les rapports avec d'autres valeurs. Il sera alors en mesure d'en établir la formulation aussi précise que possible et la justification au sein de l'ordre juridique. Il pourra ensuite en fournir l'interprétation selon l'intention du législateur et les fins par lui voulues. Enfin, il lui sera loisible d'en faire une exacte application dans les circonstances particulières d'une espèce [nous soulignons; références omises] ».

Bien sûr, ce commentaire s'inscrit dans une perspective positiviste, qui relève en quelque sorte du monisme juridique, où l'État est la source et le fondement du droit, le catalyseur de toutes les valeurs d'une société donnée, car, pour reprendre les termes de P.-A. Crépeau, au paragraphe 2 du même article précité, « [t]oute société, à défaut d'un régime fondé sur le très exigeant précepte

d'abord et avant tout sur une conception du droit qui se fonde sur l'État <sup>1101</sup>, l'expression l'indique bien, Hans Kelsen trouvant qu'elle relève même du pléonasme <sup>1102</sup>; de plus, J.-Y. Morin nous indique que ce concept d'État, voire d'État-nation, tout imparfait soit-il, n'est pas là pour disparaître, au contraire <sup>1103</sup>; certes, connaît-il aujourd'hui des

---

*évangélique d'Amour, suppose l'existence d'un corps de règles destiné à assurer la coexistence pacifique de ses membres et, dans une conception individualiste et pluraliste de la vie sociale, selon une vision diffuse et mouvante du Bien commun, l'épanouissement de l'être humain. Ubi societas, ibi jus. [références omises] ». P.-A. Crépeau fait néanmoins ressortir le fait que, du point de vue même du juriste, il doit y avoir une perméabilité aux phénomènes externes au droit dont le juriste doit tenir compte et se faire l'un des acteurs à travers le système juridique même, participant ainsi au phénomène. Guy Rocher, qui ne conteste pas cette affirmation, souligne d'ailleurs, dans son article, qu'« [i]l est normal – il est même nécessaire – que le juriste continue à ne considérer comme juridique, de son point de vue, que ce qui est reconnu tel par les appareils de l'État (législateur, tribunaux). Il est essentiel de distinguer l'ordre juridique étatique des ordres juridiques non étatiques ». D'autre part, G. Rocher précise l'apport de la sociologie dans un tel contexte : « [i]l est certain que la sociologie juridique s'emploie à analyser et à expliquer le droit positif en le situant dans le contexte social où il prend forme. [...] Mais une sociologie des ordres juridiques apporte une dimension analytique supplémentaire importante : elle permet de suivre l'élaboration et la mise en œuvre des différents types de normes juridiques d'une manière plus rigoureuse, en identifiant les mécanismes et les processus lointains de production de ces normes ». Voir : G. ROCHER, *loc. cit.*, *supra* note 1069, p. 142-143, 150.*

<sup>1101</sup> Les crises que traverse l'État depuis quelques décennies furent justement considérées et analysées dans une étude de premier ordre réalisée par la Banque mondiale. Voir, à cet égard, WORLD BANK, *World Development Report 1997 – The State in a Changing World*, World Bank, Oxford University Press, 1997, en ligne : [www.worldbank.org/html/extpb/wdr97/english/wdr97con.htm](http://www.worldbank.org/html/extpb/wdr97/english/wdr97con.htm) (consulté le 18 juillet 2008). Ce rapport brosse d'abord un survol historique du concept d'État et relève son importance, du point de vue historique, comme étant le meilleur instrument pour favoriser la croissance et améliorer le bien-être général. Il faut cependant repenser son rôle afin de le rendre plus efficace et, ainsi, renforcer les institutions publiques.

<sup>1102</sup> Voir : HANS KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1934 (1<sup>ère</sup> édition), Paris, Dalloz, 1962, pp. 376-419 (extraits), tels que reproduits dans J. CHEVALLIER, *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 81-83, en particulier à la p. 82 : « Dès lors que l'on reconnaît que l'État est un ordre juridique, tout État est un État de droit, et ce terme d'État de droit représente un pléonasme. En fait cependant, on l'emploie pour désigner un type d'État particulier, qui répond aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique ».

<sup>1103</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 21, 447, 460, en particulier à la p. 21 : « À l'Aube du XXI<sup>e</sup> siècle, les sociétés humaines sont gouvernées selon une forme de pouvoir politique apparue en Europe avec les Temps modernes et devenue depuis lors quasi universelle : l'État souverain. [...] Voici donc un singulier dilemme : en dépit de la menace qu'il représente et des théories qui le dénoncent ou rêvent de son abolition, peu de sociétés peuvent aujourd'hui se passer de l'État. S'il est fort, disait Valéry, « il nous écrase. S'il est faible, nous périssons ». Il le qualifiait d'« être énorme, terrible, débile » et voyait dans ce Cyclope auquel on ne saurait échapper l'« enfant monstrueux de la Force et du Droit » [références omises] ». Cela est également admis par des auteurs qui, tout en faisant le constat de la fragilisation même de l'État-nation dans la société transnationale, n'en admettent pas moins l'importance toujours actuelle. Voir, entre autres, Josepha LAROCHE, « Un système transnational entre hégémonie et anomie », dans Jules DUCHASTEL et Raphaël CANET, *Crise de l'État, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna

modulations qui diminuent progressivement l'amplitude de sa souveraineté, on a qu'à penser à l'avènement de l'Union Européenne où chacun des États y renonce en partie, de même qu'aux pays du Moyen-Orient qui n'ont pas nécessairement cette même conception de l'organisation de la vie en société que les démocraties libérales<sup>1104</sup>; toutefois, la légitimité de ces divers pouvoirs nationaux, supranationaux ou internationaux, repose toujours, en dernière analyse, sur un ou des États souverains, ce qu'Habermas voit comme l'ultime rempart de la démocratie<sup>1105</sup>; le pluralisme juridique, dans une perspective internationale, voire transnationale, se situe donc à un autre niveau : celui de l'avènement de ce « gouvernement mondial »<sup>1106</sup> ou, à défaut, de structures qui

---

éditions, 2006, 35, en particulier à la p. 61 : « *Le passage d'un monde interétatique à un monde transnational ne signifie pas pour autant que les États ont cessé de jouer un rôle déterminant dans la politique mondiale, loin s'en faut. En revanche, il est certain que retranchés derrière un principe de souveraineté chaque jour plus obsolète, ils ne détiennent plus le monopole de l'action publique et se trouvent désormais contraints de composer avec d'autres intervenants afin de pouvoir réajuster leurs prérogatives de plus en plus souvent entravées* ».

1104 Voir, notamment, Éric DESROSIERS, « Appel de Kissinger à l'unité des Américains », *Le Devoir [de Montréal]*, jeudi le 12 juin 2008 (A1), qui relate les propos de l'ancien diplomate américain lors d'une conférence donnée à Montréal, où ce dernier souligne l'affaiblissement de l'État-nation, dans des contextes aussi variés que ceux de l'Union européenne (où des États-nations renoncent en partie à leur souveraineté), des pays du Moyen-Orient (où « *cette structure politique n'a jamais vraiment fonctionné dans la région et donne aujourd'hui de nombreux signes d'effritement* », ce qui aura notamment « *pour conséquence que le conflit irakien ne pourra vraisemblablement pas se régler par l'établissement d'un État-nation au terme d'une entente avec le gouvernement national* ») à l'Asie (où l'on observerait cependant le phénomène contraire, des États comme la Chine et l'Inde demeurant très forts).

1105 Voir : Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, pp. 152-154 (extrait), tel que reproduit dans J. CHEVALLIER, *op. cit.*, supra note 1063, p. 100-101, en particulier à la p. 100 : « *L'État est nécessaire en tant que pouvoir qui sanctionne, organise et exécute, à la fois parce qu'il faut faire respecter des droits, parce que la communauté juridique a besoin d'une force qui stabilise son identité et d'une justice organisée, et parce que la formation de la volonté politique débouche sur des programmes qu'il faut implémenter [sic]* ».

1106 Voir : M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, supra note 1096. Analysant le contexte des institutions du droit international public et principalement de l'Organisation des Nations Unies et dans sa foulée, cette auteure explique qu'elles sont fondées sur le « mythe » de l'État souverain, puisque ce concept de souveraineté n'est pas assuré de manière égale à toutes les nations, citant à l'appui certains exemples, dont la composition du Conseil de sécurité de l'ONU (réservé à exclusivement certains pays) et, en corollaire, le droit de faire la guerre, attribué de la souveraineté qui est désormais tronqué et assujéti audit Conseil de sécurité, mais dont certains États se prévaudraient toujours nonobstant cette contrainte. Pour M. Chemillier-Gendreau, il faut repenser l'organisation de ces institutions et les assujettir toutes également à un pouvoir juridique suprême

s'imbriquent les unes aux autres et qui assurent une certaine imputabilité et un dialogue entre la société civile<sup>1107</sup> et les États-nations, amenant désormais à considérer le phénomène de la mondialisation sous l'angle de la « gouvernance »<sup>1108</sup> plutôt que du

---

et indépendant, afin de favoriser l'avènement d'une « communauté politique mondiale solidaire », faisant ainsi en sorte que les États-nations renonceraient à une partie de leur souveraineté pour y donner vie de manière effective. Enfin, l'émergence d'un système normatif mondial ne pourra advenir qu'en se fondant sur la raison, car la raison est universelle et les croyances ne le sont pas. Voir aussi : Joseph E. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002, p. 55, 407.

<sup>1107</sup> On opposerait ainsi, désormais, le concept de « société civile » à celui de communauté politique ou d'État-nation, la société civile étant aujourd'hui conçue « comme un univers social articulé autour d'un ensemble de valeurs opposées à l'État », qui représenterait la « sphère non politique de la vie sociale », ce qui amènerait à parler de « l'émergence d'une société civile mondiale », composée de deux éléments :

« Elle recouvre, d'une part, un ensemble de gens ordinaires inscrits dans la quotidienneté de leurs rapports et activités, ce qui nous rapproche de la dimension non politique de la collectivité [politique] précédemment évoquée. Mais la société civile rassemble aussi, d'autre part, une pluralité d'acteurs mobilisés qui s'érigent en force d'action et qui entendent investir les multiples lieux de pouvoir, que ce soit au niveau local, national ou global. « Se façonne ainsi un modèle qui fait de la société civile la force de contestation de l'État, le lieu de la dynamique sociale et du changement tandis que l'État fait office de régulateur et de garant de choses héritées du passé » » [référence omise].

Voir : Raphaël CANET, « Solidarité nationale, luttes sociales et recomposition identitaire : communauté politique et société civile à l'ère globalisée », dans Jules DUCHASTEL et Raphaël CANET, *Crise de l'État, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna éditions, 2006, 7, en particulier aux p. 19, 23-27. R. Canet explique par ailleurs, dans ce texte, le sens d'un glissement de la communauté politique à la société civile. Ainsi, l'idéal des Lumières, émanant des théoriciens du droit naturel, « envisageaient la société telle une union rationnelle conclue entre des individus libres, reposant essentiellement sur la volonté, le consentement et le contrat. En réalité, la conception des philosophes français des Lumières répondait à un impératif d'ordre politique. Elle s'est construite en totale opposition avec un ordre social reposant sur les relations communautaires, la féodalité ». Ce faisant, cette conception de l'État-nation centralisé, jouissant d'une souveraineté territoriale, ne prit pas suffisamment en compte ce pluralisme dans les relations sociales et l'organisation du pouvoir tel qu'il existait au Moyen Age. On assisterait donc, aujourd'hui, à ce retour du pluralisme, s'expliquant par une crise de la représentation, de légitimation et de régulation de l'État-nation, amenant par ailleurs à parler d'une « *sociologie des relations transnationales* ».

<sup>1108</sup> Les relations internationales ne peuvent plus être envisagées comme autrefois, puisqu'il faudrait le faire sous l'angle de la constitution d'un système transnational. Une multiplicité hétérogène d'acteurs non étatiques (firmes, marchés, organisations interétatiques, Organisations non gouvernementales, organisations mafieuses ou terroristes), une transnationalisation de flux de tous les ordres (migratoires, commerciaux, communicationnels, criminels, etc.), une intrication de l'économique et du politique ainsi que l'érosion de la frontière séparant la sphère publique de la sphère privée, une reconfiguration ou un déclassement du rôle des États qui ont cessé d'être les acteurs exclusifs et centraux de la scène internationale tels qu'ils le furent au cours des derniers siècles, voilà autant de facteurs qui incitent à parler d'un « paradigme transnationaliste », la gouvernance renvoyant « [...] précisément à cette multitude d'acteurs qui ont contribué ces dernières années à l'émergence d'un système transnational. Bien que ce concept soit resté

gouvernement; monisme et pluralisme juridique ne pouvant donc pas s'ignorer, dans ce contexte, car formant un tout.

La règle de droit, technique juridique, s'appuie évidemment sur des principes politiques, dont le juriste ne saurait être que le servile exécutant. Cette règle de droit, dans sa source et dans son expression, donc dans sa technicité et dans son interprétation, recèle toute son importance pour la mise en œuvre d'un État de droit, qui se veut juste et qui favorise une vie en société pacifique et organisée, permettant à chacun de jouir de ses libertés dans la limite de celle des autres. C'est ainsi que l'ensemble des règles de droit constitue le système juridique qui sera applicable à une société donnée et à une époque donnée : le droit n'est pas immuable et variera en fonction du temps et des civilisations <sup>1109</sup>. Nous serons donc très attentifs, dans le cadre de cette étude, à ces manifestations de l'État de droit « substantiel », dont malheureusement on tend parfois à minimiser l'importance, puisque c'est à ce niveau que notre travail pourra apporter une contribution utile à ces grandes questions. Qui plus est, comme le rappelle Jacques-Yvan Morin, « [l]a primauté de l'individu appelle la prééminence du droit : sans les techniques de l'État de droit, le

---

*difficile à cerner, la gouvernance peut être définie comme un mode de résolution des problèmes d'action collective, comme « la capacité de coordonner des activités indépendantes et/ou de réaliser le changement sans l'autorité légale de l'ordonner » [référence omise] ». Voir, à ce sujet, J. LAROCHE, loc. cit., supra note 1103, p. 35-36, 49-50, 56-58. De plus, « [l]a mondialisation de l'économie de marché a d'ores et déjà profondément modifié les ordres juridiques. [...] De nouvelles règles de droit, codes de bonne conduite, avancées procédurales, compromis et arbitrages politiques, visant à réguler la globalisation financière et surtout à assurer la gouvernance des crises, participent à l'émergence d'un droit global, véritable droit de la mondialisation. Certes, ce droit témoigne d'une modification des sources de production, d'une multiplication des types de normativité et enfin d'une diversification des moyens de contrôle, il est par conséquent « diversifié dans ses acteurs, ses objets, ses normes et ses mécanismes de contrôle [...] et semble s'autonomiser par rapport à l'ordre politique » » [référence omise].*

<sup>1109</sup> Voir, notamment, F. MORIN, loc. cit., supra note 165, p. 18.

*droit naturel et les droits de l'homme ne relèvent-ils pas de la seule théorie morale ? »*<sup>1110</sup>

Cela étant, voyons en quoi la présence de ces diverses institutions du droit public international permet d'envisager l'avènement éventuel d'un principe de l'État de droit en droit international public ou, plutôt, d'évoquer sa possible mondialisation.

## 2. De l'émergence de ce principe en droit international public

Ainsi, l'État de droit est un élément essentiel à la préservation des libertés individuelles face au pouvoir politique. Il est l'un des fondements de la démocratie et permet l'épanouissement d'une économie de marché. Objet d'une lente évolution, d'abord en Occident, il s'est par la suite progressivement internationalisé, à la faveur de la colonisation mais, surtout, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Le constitutionnalisme, qui permet le contrôle du pouvoir étatique par les juges, est apparu suite aux révolutions américaine et française, mais n'a pas encore rejoint le berceau de la *Rule of law*, l'Angleterre. Ce mouvement, initialement d'origine judéo-chrétienne, s'est éventuellement laïcisé et sécularisé, suivant le mouvement du droit naturel. L'illustration la plus éloquente en est l'adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* par l'Organisation des Nations Unies en 1948<sup>1111</sup>.

---

<sup>1110</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 75.

<sup>1111</sup> *Ibid.*, p. 25-26, et en particulier à la p. 74 : « *Tout pouvoir repose sur la nature sociale de l'homme, la volonté commune d'établir l'ordre et un contrat politique (pactum societatis) conclu entre le corps social et le prince en vue de la préservation des libertés et droits innés de chaque individu. Ainsi sont nés, de ce droit naturel « laïcisé », les droits dits subjectifs, c'est-à-dire reposant sur l'homme en tant que tel et sur son accord, et non sur quelque ordre objectif supérieur aux collectivités et à leurs membres, comme le voulait la philosophie médiévale. Aux yeux du fondateur du droit international moderne [Grotius], la raison peut déduire ces droits de la nature de l'homme comme s'il s'agissait d'un théorème de géométrie.* [référence omise] ». Sur l'évolution de la règle de droit dans la pensée occidentale, voir : Melissa THOMAS, « Rule of



L'État de droit existe-t-il à titre de principe du droit international, à tout le moins dans le droit coutumier, le droit des gens ? Peut-il prétendre à l'universalisme ?

Malgré les incertitudes à cet égard, Jacques-Yvan Morin affirme que l'on voit poindre un tel principe qui, avec le temps, pourra s'affirmer de plus en plus. Il est, en tout cas, à l'ordre du jour de la « société internationale »<sup>1112</sup>.

La démarche de Jacques-Yvan Morin s'avère intéressante pour notre propos. Dans une première étape, il recense d'abord les textes constitutionnels de la plupart des régions du globe pour les évaluer à l'aide d'une grille d'analyse permettant de mesurer le degré d'adhésion au principe de l'État de droit dans les droits internes de ces divers pays<sup>1113</sup>. De cet exercice, il ressort que les pays de l'Occident sont beaucoup plus avancés à ce chapitre que la plupart des pays des autres régions du globe, bien qu'il y ait des variances

---

Law in Western Thought», disponible sur le site Web de la Banque mondiale, en ligne : <http://go.worldbank.org/EB3RDG15L0> (consulté le 30 juin 2008); voir aussi : Sabine SCHLEMMER-SCHULTE, « The World Bank's Role in the Promotion of the Rule of Law in Developing Countries », dans Sabine SCHLEMMER-SCHULTE et Ko-Yung TUNG, dir., *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata : International Finance and Development Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 677, p. 677-685.

<sup>1112</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 462.

<sup>1113</sup> Jacques-Yvan Morin déclame sa grille d'analyse comme suit : « Voici les points de repères que nous retiendrons [dans la comparaison des divers textes constitutionnels étudiés] : a) les principes de la justiciabilité des droits fondamentaux et le recours de l'habeas corpus ; b) en ce qui concerne le principe du procès équitable, ce seront l'indépendance et l'impartialité des juges ; c) pour ce qui est du principe des droits de la défense, nous mentionnerons l'interdiction de la détention arbitraire et la présomption d'innocence ; d) le principe de la réparation des violations des droits fondamentaux ; e) le principe de l'État de droit, qui les résume tous. Nous traiterons ensuite de la suspension des droits constitutionnels, qui peut miner tous les principes que nous venons de mentionner lorsque survient une situation d'exception ». J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, *supra* note 1062, p. 125.

d'un pays à l'autre. Cette lecture ne permet pas, à elle seule, d'affirmer que l'État de droit émerge comme un principe du droit international <sup>1114</sup>.

Dans une seconde étape de sa démarche, J.-Y. Morin procède à l'envers : il scrute les textes et normes émanant d'organisations régionales ou internationales, de même que les institutions chargées de les appliquer <sup>1115</sup>, afin de savoir si, par ce processus, on assiste à la naissance d'un principe de l'État de droit en droit international, lequel pourrait s'avérer contraignant et insuffler une dynamique de changement au sein des États et de leurs droits internes, de même que signaler l'apparition d'un « droit des gens », droit coutumier, à l'échelle internationale. Encore là, la réponse n'est pas complète, en plus de varier selon les régions, mais elle permet davantage d'entrevoir un effet structurant que l'analyse inverse <sup>1116</sup>. Il s'avère, des textes et institutions régionales ou internationales, que l'on soit désormais en mesure de voir graduellement poindre un principe de l'État de droit qui produira son influence sur les droits internes ou, à tout le moins, de créer des communautés de droit régionales.

Ce principe ne peut évidemment pas naître et s'appliquer à la même vitesse, selon les régions du globe, les traditions et les cultures, de même qu'en fonction de la situation sociopolitique et, parfois, d'extrême pauvreté et de violence dans laquelle sont engoncés

---

<sup>1114</sup> À cet égard, J.-Y. Morin affirme : « *À l'exception de l'indépendance des juges, principe dont il est cependant difficile d'évaluer l'effectivité dans de nombreux pays, l'État de droit émerge à peine des constitutions. Les États eux-mêmes en ont constaté les conséquences à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, en 1993. [...] Et la Conférence de s'inquiéter de l'impunité dont jouissent les auteurs de ces violations. La constitutionnalisation ne suffit donc pas, par elle-même, à instaurer la prééminence du droit, surtout s'il n'existe aucun moyen de contrôle extérieur sur certains comportements des États.* ». J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, *supra* note 1062, p. 183.

<sup>1115</sup> Pour son analyse, J.-Y. Morin scrute le système européen, le système interaméricain, les situations africaines et asiatiques avant de procéder à l'examen de la situation universelle et du système onusien.

<sup>1116</sup> J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, *supra* note 1062, p. 460.

nombre de pays <sup>1117</sup>. Les cas les plus problématiques sont ceux des pays islamiques <sup>1118</sup> et de l'Afrique subsaharienne <sup>1119</sup>.

En somme, cette question de l'universalisme des droits de l'homme et de l'État de droit est plus que jamais d'actualité, surtout depuis l'adoption par les Nations Unies de la *Déclaration et Programme d'action de Vienne* de 1993 <sup>1120</sup>, « qui appelle les États à

---

<sup>1117</sup> *Ibid.*, p. 439 : « L'extension des exigences concrètes de l'État de droit interpelle les pays qui en ont acquis l'habitude, généralement développés au plan économique, tout autant que ceux qui sont aux prises avec les transformations sociales, politiques et juridiques qu'entraîne la participation à l'économie de marché. Ceux-ci, en effet, s'ils entendent entrer ou demeurer dans la mouvance du libre marché, sont pour ainsi dire contraints de parcourir en quelques années le chemin que les pays industrialisés ont mis quelques siècles à baliser ».

<sup>1118</sup> Sur la question du constitutionnalisme, « [dans les] pays arabes d'Afrique, le principe de l'État de droit n'y est pas constitutionnalisé ». De plus, « [p]armi les États arabes d'Afrique et de la Corne du continent, six appartiennent à la catégorie qui ne pose pas de limite constitutionnelle aux droits et libertés qui peuvent être suspendus lorsque l'état d'exception est décrété. L'Algérie appartient à ce groupe (art. 87), de même que l'Égypte, où le président de la République doit cependant procéder à un référendum sur les mesures qu'il aura prises, dans un délai de soixante jours (art. 74) ». Dans les pays officiellement islamiques du Moyen-Orient, dont l'Iran et l'Afghanistan, le principe fondamental de l'État de droit n'apparaît dans aucune des douze constitutions recensées : il s'agit d'« États de droit islamique » et la norme fondamentale est la *chari'a*. Les textes reposent sur la *Déclaration islamique universelle des droits de l'homme*, adoptée en 1981 par le Conseil islamique, une organisation non gouvernementale. Ce faisant, « [l]'État laïcisé de l'Occident est-il compatible avec le fondement religieux des institutions islamiques ? » L'Islam et l'État sont-ils deux entités distinctes ou ne font-ils qu'une seule et même institution ? Dans le second cas, l'élaboration d'un État de droit est improbable, nous dit J.-Y. Morin. Analysant la *Déclaration islamique universelle des droits de l'homme*, J.-Y. Morin précise qu'elle « [...] ne dissocie pas le religieux du profane et se veut « universelle », en ce sens qu'elle fait appel à la fraternité de l'Islam et invite toute l'humanité à partager le message du Prophète ». La *chari'a* peut-elle néanmoins ne demeurer qu'une source lorsqu'elle ne prend pas officiellement toute la place à titre de religion d'État ? Semble-t-il que oui, à la lumière de l'expérience de Mauritanie. Voir : J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, pp. 164, 166, 169, 320-324.

<sup>1119</sup> *Ibid.*, p. 41, 317-320.

<sup>1120</sup> A/CONF.157/24, 25 juin 1993, dans Nations Unies, *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995*, New York, 1995, tel que citée par J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 29, note 21, disponible en ligne sur le site Web du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, en ligne : [www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Fr](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Fr) (consulté le 18 juillet 2008). Le suivi principal de cette Déclaration est sa mise en œuvre, c'est-à-dire l'instauration d'un Haut-Commissariat aux droits de l'homme, le 20 décembre 1993. Les changements les plus récents sont la démission de Louise Arbour et la démission du représentant américain de la Commission des droits de l'homme après l'élection d'un membre soudanais en 2006. Lors de l'évaluation quinquennale de 1998, divers gouvernements ont soumis des rapports quant à leurs efforts de mise en place du plan d'action de Vienne. Il ressort de ces rapports qu'au niveau national, le travail se fait dans le sens de la facilitation d'un dialogue axé sur les droits de l'homme entre les pouvoirs publics et la société civile. Au plan international, il faut adopter une démarche intégrée et globale afin de guider la promotion des droits de la personne. Les droits de

renforcer « les institutions nationales et infrastructures qui maintiennent l'État de droit », en vue de créer « les conditions permettant à chacun de jouir des droits universels et des libertés fondamentales »<sup>1121</sup>, qui explique en partie ce regain d'intérêt pour ces notions à de multiples niveaux.

Ayant posé les jalons du principe de l'État de droit, voyons maintenant de quelle manière il se trouve au cœur des projets de réformes promulgués par les institutions financières internationales, dans un contexte de développement économique.

### **B. L'État de droit au cœur des projets de réformes promulgués par les institutions financières internationales**

Il s'avère nécessaire, dans cette partie de notre étude, d'aborder les questions liées à l'État de droit et relevant du développement économique des pays émergents, en premier lieu sous l'angle du « droit *du* développement » et, de plus, sous celui du « droit *au* développement » [1]. En effet, entre le champ d'étude du « droit *du* développement » proprement dit et les droits qui sont conférés aux États membres de l'ONU, mais aussi et surtout aux individus, notamment en vertu de la *Déclaration universelle des droits de*

---

l'homme comprendraient le droit *au* développement et le droit à la non-discrimination. La démocratie et les droits de la personne peuvent être soutenus par la coopération internationale et la participation multiforme de la société civile. Deux mesures de protection ciblées: la protection des femmes et celle des enfants. L'éducation est également un bon moyen de favoriser la compréhension d'autrui et la tolérance. Le Haut-Commissariat aux droits de l'homme a été créé à l'issue de la conférence de Vienne avec pour mission la rationalisation et l'amélioration de l'efficacité et de la productivité de l'ONU en matière de droits de la personne. Il veille notamment à renforcer le cadre juridique ou normatif des droits de l'homme en rappelant aux chefs d'État les différents traités qu'ils n'ont pas ratifiés (*Convention sur la torture, Protocole facultatif sur le droit de la femme*, etc.). Voir : ORGANISATION DES TRAVAUX DE LA SESSION, SUIVI DE LA CONFERENCE MONDIALE SUR LES DROITS DE L'HOMME, *Évaluation quinquennale de la mise en oeuvre de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, Rapport intérimaire du Haut Commissaire des Nations Unies*, Doc. off. CÉS NU, 54<sup>e</sup> session, Doc. NU E/CN.4/1998/104 (20 février 1998), en ligne : [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.1998.104\\*.Fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.1998.104*.Fr) (consulté le 10 août 2008).

<sup>1121</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 29, 35 et 39-40.

*l'homme* de 1948, peut-on désormais prétendre qu'il existe un « droit *au* développement », qui ferait en sorte que nous soyons tous solidaires du développement économique et social de toutes les régions du globe, et qu'en corollaire de ce droit, incombe à la société internationale, en particulier aux pays les plus riches, un devoir d'assurer le développement économique des pays les plus pauvres ? Dans cette veine, nous considérerons, en second lieu, la philosophie des institutions financières internationales, en particulier de la Banque mondiale, dans l'aide qu'elle accorde aux pays en voie de développement [2].

### 1. La distinction entre le « droit *du* développement » et le « droit *au* développement »

Cette analyse présente au moins trois facettes que nous étudierons successivement. Il convient d'abord de cerner ce que l'on entend par développement et tout le mouvement auquel on réfère [1.1], pour ensuite traiter du champ du « droit *du* développement » [1.2], avant de conclure sur la question du « droit *au* développement » [1.3].

#### 1.1 la notion de « développement »

Il est malaisé de tenter de poser une définition de ce qu'est le développement. On peut en effet considérer qu'il s'agisse du développement économique, mais aussi que cette notion englobe d'autres réalités, dont le développement social, politique, juridique et même culturel des pays émergents d'Asie, d'Afrique, d'Amérique latine, des Caraïbes, de l'Europe Centrale et de l'Est, incluant l'Asie Centrale (i.e. les ex-pays du défunt bloc communiste) et le Moyen-Orient. Toutefois, de manière plus large, l'on pourrait parler du développement à partir de ses objectifs fondamentaux, qui consistent en l'élimination

de la pauvreté et l'amélioration de la condition humaine <sup>1122</sup>. Ces objectifs s'atteignent par l'entremise d'un processus favorisant l'accroissement des libertés, d'abord individuelles, mais aussi collectives. « *Development requires the removal of major sources of unfreedom : poverty as well as tyranny, poor economic opportunities as well as intolerance or overactivity of repressive states...* » <sup>1123</sup> C'est donc là le véritable programme du développement tel qu'envisagé à l'échelle internationale.

Alors qu'autrefois l'on utilisait l'expression « Tiers monde » pour identifier les pays aux prises avec des problèmes de développement, l'on parlerait plutôt aujourd'hui du monde en « voie de développement ». Il en serait ainsi depuis l'effondrement du Bloc communiste qui constituait, dans cette logique, le « Second monde » face aux pays occidentaux de l'économie capitaliste (représentants bien sûr le premier échelon). Ce monde se diviserait lui-même en trois catégories où, dans le premier tiers, on retrouve les pays émergents de l'ex-bloc communiste, de même que ceux d'Asie et d'Amérique latine, qui constituent des économies en transition attirant de l'investissement direct étranger et s'approchant de l'autonomie. Dans le second tiers, l'état de l'économie des pays est moins avancé et ils ont plus de difficulté à attirer de l'investissement direct étranger ou d'autres sources de financement. Ces pays se tournent donc vers les organismes financiers internationaux (FMI et Banque mondiale), qui leur octroient des

---

<sup>1122</sup> R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. xi.

<sup>1123</sup> Amartya SEN, *Development as Freedom*, Alfred A. Knopf, 1999, p. 3, tel que cité par R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. xi. D'un point de vue économique, l'objectif central du développement est d'améliorer l'efficacité du partage des ressources et d'augmenter le capital disponible, cependant que « [...] [l]e développement n'est pas seulement une question de ressources et de capital mais une transformation de la société. Il est clair que les institutions financières internationales ne sauraient assumer la responsabilité de cette mutation. Mais elles peuvent y jouer un rôle important et, au strict minimum, elles ne doivent pas entraver son succès ». Voir : J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, *supra* note 1106, p. 379.

prêts à des conditions précises. Enfin, dans le dernier tiers, ce sont des pays qui vivent des situations de crises et de chaos (i.e. insurrections, guerres civiles, famines, etc.), dont le « [...] *full membership [...] in the global economy is problematic, either because it is curtailed by the imposition of international sanctions or because they simply do not have the requisite apparatus of the nation-state necessary to operate effectively as functional state actors* »<sup>1124</sup>. Dans cette dernière catégorie, on utilise aussi parfois l'expression d'« État voyou » (i.e. *Rogue State*) pour désigner un pays mis au ban de la communauté internationale, dont par exemple l'Afghanistan du régime Taliban, la Lybie des années 1980, la Sierra Leone, l'Irak<sup>1125</sup>.

Les problématiques qui entourent le développement de ces trois catégories de pays sont complexes, mais peuvent se résumer comme suit : À quoi mesure-t-on le succès d'une stratégie de développement pour les pays appartenant au premier tiers ? Est-ce que l'accès à la démocratie et à une société capitaliste sont les seules voies permettant de le mesurer ? Dans le cas des pays appartenant au 2<sup>e</sup> groupe, comment endiguer la pauvreté chronique dans laquelle ils sont enlisés ? Lever une taxe internationale sur les flux de devises et de capitaux et créer une réserve du FMI pour effacer et/ou réduire leurs dettes ? Doit-on isoler les pays appartenant au dernier groupe face au reste du monde développé ? Ont-ils le droit de participer à et de bénéficier de cette économie mondialisée ?<sup>1126</sup>

Autant de questions auxquelles les solutions ne sont pas évidentes ni uniformes.

Cependant, le phénomène de la mondialisation transporte avec lui son lot de

---

<sup>1124</sup> Nous soulignons. Voir : R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 2-5, en particulier à la p. 5.

<sup>1125</sup> Voir : J. LAROCHE, *op. cit.*, *supra* note 1103, p. 44-45; M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, *supra* note 1096, p. 76.

<sup>1126</sup> R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 6.

transformations qui touchent l'ensemble des sociétés, et dont l'effet principal est de recentrer l'individu au cœur du processus. En effet, les ressources du monde développé sont maintenant à la disposition des pays en voie de développement comme jamais elles ne l'avaient été auparavant, dont l'Internet qui, avec sa configuration principalement de langue anglaise, est en voie de créer une véritable *lingua franca*, charriant avec elle une certaine uniformisation des cultures <sup>1127</sup>. Le phénomène de l'investissement fait partie du nombre. D'une certaine manière, ce qui caractérise le plus la mondialisation serait

[a] globalized economy [that] has the potential to give a new sovereignty to the will of the individual. In other words, the individual may have a new, untrammelled freedom to exercise his or her freedom of choice. The realm of choice may vary from culture to culture but, essentially, consumerism gives individuals the exclusive right to make independent decisions on how to appease their senses. [...] The universe of choices is practically unlimited since international trade, travel, and global satellite communications make the appeasement of the senses obtainable, affordable, and practically instantaneous. Thus, Jeffersonian ideal of an individual's "pursuit of happiness" can now truly occur on a global scale. <sup>1128</sup>

L'individualisme et ses libertés, protégé par l'État de droit, favoriserait-il la recherche du bonheur par l'avènement de sociétés consuméristes ayant pour objectif l'accumulation de biens ? Est-ce que cela n'entre pas en conflit avec les valeurs de plusieurs sociétés en voie de développement, souvent plus traditionalistes, où le sens de la collectivité est ressenti de manière fort différente de ce qui prévaut en Occident ? Vu sous cet angle, le « choc des civilisations », dont on nous prévient depuis la fin des idéologies et le

---

<sup>1127</sup> Pourtant, au nom de la diversité culturelle et du développement durable, certains insistent sur l'intérêt que l'espéranto peut revêtir dans un contexte de mondialisation, comme pendant à la langue anglaise et plus acceptable parce que non chargée politiquement des symboles du colonialisme et de l'oppression auxquels les langues européennes sont habituellement identifiées. Voir : Lisa-Marie GERVAIS, « L'espéranto se veut un pont culturel », *Le Devoir [de Montréal]*, lundi le 14 juillet 2008 (A3). Un pont entre les cultures, certes, mais un éloge de la diversité culturelle ? S'il est une idée qui participe de ce mouvement d'unification et de suppression des différences, c'est bien cette langue, que d'aucuns ne considèrent comme une utopie. Tout dépend, dans ce cas, du prisme à travers lequel on observe une situation, l'oppression servant ici de justification à ce regain d'intérêt pour cette idée utopique, notamment au sein des populations autochtones d'Amérique latine, semble-t-il.

<sup>1128</sup> Notre soulignement. Voir : R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 9.



triomphe du capitalisme, ne se caractériserait pas seulement par ce phénomène consumériste, mais bien par une opposition marquée entre le monde développé et celui qui aspire au développement quant au type de société dans lequel on souhaite vivre et s'épanouir. Ce qui nous ramène à la question de l'universalisme des valeurs sécularisées de l'Occident face à celles, plus traditionnelles ou religieuses, de ce monde émergent <sup>1129</sup>. La fin des idéologies aurait ramené à l'avant-scène les conflits de nature religieuse. On peut donc se demander si le XXI<sup>e</sup> siècle n'est pas menacé par cette résurgence du religieux <sup>1130</sup>. Toutefois, dans ce contexte où le défi transnational appelle à l'« interculturalisme », ce ne serait pas tant l'idéal classique occidental que l'on chercherait à exporter à tout prix mais plutôt la méthode de l'occident pour assurer le fonctionnement d'une société :

The ideal of the pursuit of happiness through material acquisition may, indeed, be a universal ideal. This ideal may articulate the most fundamental and deepest human desire. The reductionist force and logic of the pursuit of happiness through material acquisition is irresistible where success and happiness are measured by the single indicator of material wealth. The terrifying aspect of this "classical" ideal lies precisely in its unifying force. But perhaps the real difference between the Western classical ideal and the non-Western view of it lies in the method of achieving this ideal. From a Western perspective, this ideal is grounded in individual liberties and the protection of an individual's right to private property by the state. In contrast, non-Western societies, by and large, failed to form similar institutions that would protect an individual's freedom and property. [...]

What is revolutionizing our world today is not the adoption of a Western ideal by the developing world but the adoption of the Western methodology for achieving the ideal of the pursuit of happiness. This ideal is achieved in the West by means of private property, democratic governance, and the Rule of Law. The rest is up to individual: a very serious challenge, indeed. Non-Western societies are increasingly

---

<sup>1129</sup> *Ibid.*, p. 18-22.

<sup>1130</sup> On a bien relevé que « [d]eux phénomènes du Moyen Âge se réinstallent sur la scène internationale, d'une part la symbiose de l'État et la religion – l'État devient, donc, théocratique – et, par conséquent, la guerre des religions revient. [...] Le problème est que la religion et l'État ne doivent pas être un. S'ils ne sont pas séparés, il n'y a pas de garantie pour la pratique religieuse. Voilà que l'un des héritages de la modernité, un État qui n'impose pas ses vues en matière de religion à ses citoyens, cède sa place aux conceptions globales et uniformes du Moyen Âge. L'uniformisation des décisions anéantit le libre choix, les décisions personnelles, l'adoption d'un plan de vie ». Voir : Mónica PINTO, « Légitimer la diversité », (2008) 1 *Aspects* 13, 19.

experimenting with, and relying on, this methodology in order to accomplish the same end. It is this fundamental shift in the underlying paradigm that is truly setting the course in the new millennium. Now that we have entered into a post-modern, post-Cold War, post-ideological era, we are ushering in a new era of global interdependence. This interdependence is being expressed in economic and legal, as well as cultural, spheres. [Nous soulignons] <sup>1131</sup>

Le droit de propriété, la démocratie, l'État de droit, et l'individu au centre de ce processus, participeraient donc cette « méthodologie ». Cela semble quelque peu contradictoire et tautologique, car voilà précisément l'énoncé des valeurs occidentales... Voilà cependant ce qui oriente le débat en matière de droit *du* développement, dont nous allons maintenant faire l'examen.

## 1.2 le « droit *du* développement »

Une nouvelle discipline émergerait, soit le « droit *du* développement », depuis les années 1990. Encore une fois, puisque le phénomène est relativement nouveau et le fruit d'une évolution somme toute assez récente, la définition de ses contours est un processus qui a cours actuellement et dont tous les tenants et aboutissants ne sont pas encore connus. Cela étant, on affirme que le droit du développement « [...] *is designed to address complex issues of human endeavour and change and, even more broadly speaking, of creating the context for global change. In particular, development law is concerned with analyzing, implementing, and evaluating global legal change.* » <sup>1132</sup>

Il est à ne pas confondre avec le mouvement du « *law and development* » qui eut cours des années 1960 jusqu'au début des années 1980 et dont la mort fut proclamée à partir de

---

<sup>1131</sup> R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 21-22.

<sup>1132</sup> *Ibid.*, p. xi [notre soulignement].

ce moment par ses propres protagonistes <sup>1133</sup>. Ce mouvement américain découlait d'une approche dite « moderne » s'étant développée suite à la Seconde Guerre mondiale, qui consistait à implanter le plus rapidement possible les institutions juridiques de l'Occident (lire des États-Unis) dans les pays en voie de développement, sans nécessairement tenir compte des particularismes propres à chaque région. Compte tenu que l'on souhaitait procéder à une implantation rapide de ces réformes puisque, de toute façon, les pays en voie de développement devraient tôt ou tard parvenir au même stade d'évolution que les pays occidentaux, notamment en ce qui a trait à leur conception de la vie en société et de la mise en place de démocraties libérales favorisant l'épanouissement du libre-marché,

---

<sup>1133</sup> Pour un résumé de l'historique de ce mouvement, voir : « Law and Development Movement », en ligne (site Web de la Banque mondiale) : <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/LawandDevelopmentMovement.pdf> (consulté le 30 juin 2008). La Banque mondiale (ainsi que les autres organismes subventionnaires du développement international) est-elle appelée à reproduire les erreurs de ces réformistes américains, des professeurs de droits de Harvard, Yale, Stanford, Wisconsin, qui bénéficiaient de financement provenant de USAID, de la Ford Foundation et d'autres donateurs privés américains, afin d'implanter des réformes juridiques institutionnelles dans les pays en voie de développement ? Même si l'on a appris certaines leçons des expériences passées, en essayant notamment de recentrer les réformes sur l'État en tant que garant des transactions, de la loi et de l'ordre, plutôt que d'envisager l'État comme étant le moteur et l'initiateur de toutes telles réformes, il n'en demeure pas moins que l'on souhaiterait des changements rapides alors qu'en ce domaine, cela n'est pas la norme, au contraire. « [...] [E]ven if some of the lessons of the old law and development programs have been learned, pressures to produce results quickly will work against the gradual and incremental approach to law reform warranted by our current state of knowledge about the relationship between law and development ». Voir, en ce sens, Richard E. MESSICK, « Judicial Reform and Economic Development : A Survey of the Issues », (1999) 14 *The World Bank Research Observer* 117-136, en ligne : <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/ResearchObserverPaper.pdf> (consulté le 28 juin 2008). De plus, on ne peut généraliser le type de réforme à prioriser et seule une étude approfondie de l'histoire, de la culture et des besoins du pays destinataire de la réforme envisagée permet d'éviter les écueils du passé. Comme nous le verrons plus loin, certains estiment cependant que les fondements conceptuels, théoriques et pratiques de l'aide financière internationale consacrée principalement à l'essor de l'économie de marché et de la démocratie via la règle de droit ne sont pas si certains et, malgré l'expérience cumulée du « law and development movement » et du mouvement plus récent entourant la promotion de l'État de droit, qui s'étend maintenant sur une période d'au moins trente ans, l'on disposerait finalement de relativement peu de données fiables à ce chapitre permettant d'en vérifier la pertinence et la justesse. Voir : Thomas CAROTHERS, *Promoting the Rule of Law Abroad : The Problem of Knowledge*, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, Democracy and Rule of Law Project, Janvier 2003, numéro 34, en ligne : <http://www.carnegieendowment.org/files/wp34.pdf> (consulté le 28 juin 2008).

certaines tenants de la « modernisation » ont parfois cru qu'il était justifié de soutenir des régimes autoritaires pour imposer ces réformes, quitte à « temporairement » suspendre les droits et libertés fondamentales des citoyens <sup>1134</sup>, le temps nécessaire à la transition et à donner pleinement effet auxdites réformes. Cette approche « moderne » culmina avec l'adoption du principe du nouvel ordre économique international en 1974 par l'ONU, qui fut définitivement rejetée au début des années 1990 <sup>1135</sup>.

L'approche « moderne » et sa phalange du mouvement « *law and development* » firent bien sûr l'objet de vives critiques, se réclamant essentiellement de la gauche, relevant du marxisme et du mouvement américain des *critical legal studies* <sup>1136</sup>. On reprochait aux « modernistes » de ne pas faire preuve de souplesse, d'être euro-centristes, ethnocentristes, et de faire la promotion d'une conception naïve et non-adaptée de l'État de droit aux pays destinataires. De plus, on remettait en cause la finalité même de cette

---

<sup>1134</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 339-343.

<sup>1135</sup> R. SARKAR, *loc. cit.*, *supra* note 1073, p. 32-33, 78, 86-87, 266-276, 279 et 297. Ce principe découle de l'adoption de la *Déclaration sur le nouvel ordre économique international* et d'un programme d'action visant à en assurer la mise en œuvre, qui culminera ensuite par l'adoption d'une résolution de l'assemblée générale de l'ONU intitulée « *Charter of Economic Rights and duties of the States* ». À la faveur de la décolonisation qui prévalait alors, les nouveaux pays n'en éprouvaient pas moins de sérieuses difficultés économiques auxquelles on voulut remédier. Ainsi, on s'efforça de faire reconnaître les principes suivants : l'égalité entre les États souverains, le droit inaliénable des États souverains sur leurs ressources naturelles, le traitement préférentiel devant être accordé aux pays en voie de développement, l'augmentation de l'aide internationale en faveur de ces pays, les transferts de technologies et leur développement et, enfin, l'établissement d'une coopération accrue avec ces dits pays, au niveau économique, financier et technique d'une manière privilégiée. Ces résolutions n'ont pas été adoptées à l'unanimité, avec la dissension notable des États-Unis d'Amérique. Voir aussi : J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, *supra* note 1062, p. 341.

<sup>1136</sup> Le mouvement des « *critical legal studies* », amorcé aux États-Unis au tournant des années soixante, est un « [m]ouvement intellectuel américain contemporain, qui cherche à comprendre et critiquer les phénomènes juridiques en faisant appel, d'une manière éclectique, entre autres perspectives théoriques, aux façons de voir du réalisme juridique, du marxisme, du féminisme et du structuralisme ». Voir : « Critique 2 : *Critical Legal Studies* », dans A.-J. ARNAUD *et al.* *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 133-139. Ce mouvement militant de gauche critiqua essentiellement le libéralisme économique ambiant aux États-Unis, et son objectif consista à modifier les structures du système juridique afin de transformer la société dans son ensemble.

approche, qui considèrerait comme une fin en soi l'établissement de démocraties libérales capitalistes <sup>1137</sup>.

Néanmoins, depuis la chute du mur de Berlin, cette opposition entre les « modernistes » et leurs opposants n'a plus cours. La globalisation de l'économie et, avec elle, l'harmonisation croissante des lois commerciales serait le premier jalon de l'établissement du principe de la primauté du droit à l'échelle universelle :

We are currently witnessing an unprecedented globalization of commercial laws. As the world economy becomes more integrated, commercial laws are becoming harmonized on a global scale so that business may be conducted more smoothly and efficiently without having to accommodate the “unnecessary” complications of different legal cultures. [...]

If the globalization of the world economy also gives rise to the globalization of laws, this begs the question of whether globalization of culture is inevitable in the process. Although modernists tend to view law as an abstraction, law is an expression of culture in much the same way as are art, music, or dance. Law is the organic expression of the underlying mores and legal norms that a people or society live by. While law may be an objective ideal, it has its genesis in the particularities of the culture that gave rise to it. Thus, if laws are being harmonized on a global scale, is the underlying element of culture being harmonized as well? If so, then the globalization of commercial laws may be one of the first dominoes to fall in a globalization of cultural norms of mind-boggling proportions. <sup>1138</sup>

Si l'on peut estimer que de cette harmonisation des lois résultera une harmonisation des cultures (ce qui ne se fera pas sans heurts, le cas échéant) <sup>1139</sup>, il ne faudrait pas conclure

<sup>1137</sup> R. SARKAR, *loc. cit.*, *supra* note 1073, p. 31-37.

<sup>1138</sup> *Ibid.*, p. 34-36. Et cette mondialisation de la culture oscille entre l'internationalisation de certains médiums (les films, les jeux vidéos, l'Internet) et, en parallèle, le renforcement national d'autres formes d'expression (la musique, l'édition, la publicité, l'information), ayant pour toile de fond, cependant, le modèle américain. Voir, à ce sujet, Frédéric MARTEL, *Mainstream*, Flammarion, 2010. Voir aussi : Stéphane BAILLARGEON, « La guerre culturelle à l'échelle du monde », dans *Le Devoir [de Montréal]*, samedi le 8 mai 2010 (E1).

<sup>1139</sup> Des voix s'élèvent dans le contexte de mondialisation actuel pour souligner l'apport de la diversité culturelle au patrimoine commun de l'humanité. À preuve, la *Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, C.G. rés. 31 25-6, UNESCO Doc. 31C (25 novembre 2001), en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf> (consulté le 12 juillet 2008) [la « *Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle* »], mise en œuvre par la suite aux termes de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* (20 octobre 2005), UNESCO Doc. CLT-2005 (entrée en vigueur: 18 mars 2007), [2006] ILM 26, en ligne : [www.unesco.org/culture/fr/diversity/convention](http://www.unesco.org/culture/fr/diversity/convention) (consulté le 12 juillet 2008) [la

« *Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle* »]. Si la Déclaration ne se veut pas contraignante mais souhaite s'ériger au rang de principe universel à l'instar de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, la Convention, son miroir, consiste en un traité liant les pays signataires. La défense du principe de la diversité culturelle constitue un impératif éthique, inséparable du respect de la dignité de la personne humaine (*Déclaration*, art. 4). Ainsi, chaque individu doit reconnaître non seulement l'altérité sous toutes ses formes, mais aussi la pluralité de son identité, au sein de sociétés elles-mêmes plurielles. C'est ainsi seulement que peut être préservée la diversité culturelle comme processus évolutif et capacité d'expression, de création et d'innovation et de justice, de liberté et de paix, y soutient-on. La diversité culturelle appelle le pluralisme culturel (ou l'interculturalité) comme solution politique visant à en assurer le respect au sein des États démocratiques (*Déclaration*, art. 2). La Convention rappelle le droit souverain des États de dicter des politiques en ce sens, tout en signalant que l'on ne saurait, au nom de cette diversité, porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales (art. 2). Elle encourage également la diversité des expressions culturelles, la diversité linguistique et compte favoriser sa protection et sa diffusion, obligeant les États signataires à mettre en œuvre les mesures qui s'imposent pour ne pas laisser aux seules forces du marché le soin de s'en acquitter (art. 3, 6 à 11). Enfin, considérant que la diversité culturelle est un facteur de développement, ces instruments entendent « intégrer la culture en tant qu'élément stratégique dans les politiques nationales et internationales de développement, ainsi que dans la coopération internationale pour le développement » (*Déclaration*, art. 3, 10, 11; *Convention*, Préambule, art. 1 (f), (i), 12-17). La Convention prévoit la création d'un Fonds international de la diversité culturelle (art. 18), ainsi qu'un mécanisme de résolution des différends entre les pays signataires. Étant donné que ces instruments prônent « l'égalité et le respect de toutes les cultures » (*Convention*, art. 2), on peut se demander quel sera son effet sur les efforts d'harmonisation et d'uniformisation des normes juridiques. Qui plus est, on peut s'inquiéter de leur impact sur l'idée de l'universalisme de certaines valeurs, dont l'État de droit et la démocratie, bien qu'elles y soient posées comme incontournables (*Convention*, Préambule (4<sup>e</sup> paragraphe), art. 2(1), art. 20). La promotion de la diversité culturelle telle qu'ainsi entendue équivaut-elle au relativisme culturel ? L'universalisme de l'État de droit, des droits de l'homme et de la démocratie, d'une part, et la diversité culturelle, d'autre part, sont-elles des valeurs conciliables ? Pour Mónica Pinto, c'est mal poser le problème. Les droits de l'homme, découlant certes d'une conception occidentale, seraient devenus universels. Le non-respect de la diversité culturelle ferait obstacle à leur universalité : « *Il faut absolument trouver une légitimation culturelle aux droits de l'homme dans les critères et paradigmes des cultures autres que les cultures occidentales. Cette recherche et son produit vont nous conduire à légitimer culturellement l'universalité des droits de l'homme au lieu de la léser. Certains parlent d'une reconstruction de la notion. [...] Redonner un sens dans chaque culture aux droits de l'homme sera la tâche de l'avenir, à défaut de laquelle l'avenir sera du passé !* ». Lire : M. PINTO, *loc. cit.*, *supra* note 1130, p. 14, 23-24. On prévoit, en tout cas, des différends entre la *Convention* et les normes découlant de l'OMC au niveau du commerce international. Voir en ce sens : Peter LEUPRECHT, « The difficult acceptance of diversity », (2005-2006) 30 *Vt. L. R.* 551, 563. Si ces instruments ne traitent pas spécifiquement de la diversité juridique et du droit comme phénomène culturel, il est possible de conclure qu'elle le vise néanmoins, car dans le préambule de la *Déclaration*, on réaffirme que « *la culture doit être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social et qu'elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vies, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances* », le droit tombant très certainement sous le coup des modes de vies, façons de vivre ensemble, systèmes de valeurs et traditions. Cela dit, l'Organisation internationale de la francophonie, prenant la balle de l'UNESCO au bond, entend élargir le débat et faire place à la « diversité juridique », tout en prônant l'intégration juridique dans un contexte d'harmonisation du droit et de mondialisation de l'économie. Voir : ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, *Déclaration de Paris*, 14 février 2008, IV<sup>e</sup> Conférence des ministres francophones de la Justice, en ligne : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_1\\_declarationfinale.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_declarationfinale.pdf) (consulté le 13 juillet 2008). Objectifs contradictoires, syncrétisme débridé ? Pas s'il faut en croire les propos de la Ministre de la Justice de France, Rachida Dati, selon qui « [l]a mondialisation ne doit pas se solder par

sans nuance à la victoire de l'approche moderniste. Au contraire, toute tentative de réformes structurelles, incluant les réformes juridiques, qui ne tiendrait pas compte de considérants propres à la culture d'accueil, serait vouée à l'échec<sup>1140</sup>. C'est non seulement ce que l'anthropologie juridique nous enseigne<sup>1141</sup>, c'est aussi ce que l'on retient de l'expérience pratique des efforts de réformes soutenus par les diverses organisations internationales<sup>1142</sup>.

Ce faisant, le droit du développement suppose désormais l'avènement d'un nouveau paradigme, d'une nouvelle façon d'envisager les diverses disciplines, juridiques ou autres, dans un contexte de mondialisation de l'économie et d'interdépendance entre ses divers acteurs. Il s'agirait aussi d'une méthode permettant de faire face aux nouveaux défis que posent les situations souvent inédites auxquelles nous sommes confrontés. On distinguerait alors deux niveaux du droit du développement : d'abord celui des réformes

---

*l'avènement d'un système universel de droit s'imposant et se substituant progressivement à tous les autres. Ce sont, au contraire, les interactions entre des systèmes juridiques d'inspirations différentes, sources de création de droit, qui permettront de trouver les réponses les mieux adaptées aux nouveaux défis posés par la mondialisation. L'émulation entre divers systèmes de droit ne peut être, à cet égard, que bénéfique* ». Voir : ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, *Diversité juridique, État de droit et développement*, IV<sup>e</sup> Conférence des ministres francophones de la Justice, 13 et 14 février 2008, p. 6, en ligne : [http://www.francophonie.org/doc/dernieres/Francophonie\\_JUSTICE\\_mfi\\_Complet.pdf](http://www.francophonie.org/doc/dernieres/Francophonie_JUSTICE_mfi_Complet.pdf) (consulté le 13 juillet 2008). Nous aurons l'occasion de revenir sur ces thèmes en conclusion de notre analyse.

<sup>1140</sup> Ainsi, « [l]a réaction à l'exportation du modèle occidental à taille unique est davantage de fondamentalisme ou, simplement, l'installation de fondamentalisme là où auparavant le laïcisme occupait toutes les places; voyez l'éclosion orthodoxe en Irak après 2003 ou la solidarité de certains secteurs turcs avec la cause « musulmane ». [...] *Quels sont les obstacles qui se dressent sur la route d'une convention internationale sur la liberté religieuse sinon la non-acceptation de la diversité culturelle ?* ». Voir : M. PINTO, *loc. cit.*, *supra* note 1130, p. 19.

<sup>1141</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 317-319.

<sup>1142</sup> Voir, de façon générale, Karol BOUDREAUX et Paul DRAGOS ALIGICA, *Paths to Property : Approaches to Institutional Change in International Development*, Londres, The Institute of Economic Affairs, 2007.

menées au plan interne dans les pays en voie de développement, ensuite celui des normes et institutions transnationales qui constituent le filet de la mondialisation <sup>1143</sup>.

Ainsi, dans ce contexte, le droit du développement, envisagé sous l'angle de la réforme juridique interne, comporterait trois étapes préalables à l'établissement du principe de la primauté du droit : i) la création d'une société civile ; ii) la mise en place d'une réforme juridique structurelle ; iii) l'amélioration de l'administration de la justice. En somme, il s'agirait de concilier l'universalisme occidental et le relativisme culturel des pays émergents afin de compléter les réformes juridiques nécessaires, toujours dans une perspective de diversité culturelle et juridique <sup>1144</sup>. Cette approche pragmatique consiste

---

<sup>1143</sup> Ce qui n'est pas sans évoquer la démarche de Jacques-Yvan Morin que nous avons présentée plus tôt, qui consistait à juxtaposer les droits internes et les instruments du droit public international pour vérifier si l'on peut conclure l'émergence d'un principe de l'État de droit à l'échelle internationale. Notre démarche se veut analogue quant à l'unification du droit des sûretés dans ce contexte de mondialisation. Droit systémique, droit du développement; instruments internationaux déployés dans les pays industrialisés et comparaison avec la réforme de ce domaine du droit dans les pays émergents, avec les cas égyptien et congolais dont nous discutons plus loin.

<sup>1144</sup> À ce sujet, l'Organisation Internationale de la Francophonie, dans la *Déclaration de Paris* de ses ministres de la Justice du 14 février 2008, s'exprime comme suit, dans le préambule : « *Décidés à appuyer la promotion de la diversité des systèmes et des cultures juridiques, dans le contexte de la mondialisation, ainsi qu'à valoriser les acquis du patrimoine juridique commun francophone dans tous les aspects de l'application du droit* ». Voir : ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, *Déclaration de Paris*, 14 février 2008, IV<sup>e</sup> Conférence des ministres francophones de la Justice, en ligne : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_1\\_declarationfinale.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_declarationfinale.pdf) (consulté le 13 juillet 2008). En outre, cette déclaration s'inscrit en porte-à-faux face aux « [...] *critiques des champions de la libéralisation économique et du droit anglo-saxon comme certains experts de la Banque mondiale* [...] », découlant des fameux rapports *Doing Business* publiés annuellement par la Société financière internationale, relevant de la Banque mondiale. « *Destinées à mesurer l'attractivité économique des modèles de droit, les conclusions de ce rapport ont mis en cause le modèle juridique romano-germanique et sévèrement critiqué le droit français, présenté comme moins favorable aux investissements* ». On recense différentes initiatives visant à contrer ces rapports, dont la création d'une Fondation pour le droit continental soutenue par le ministère de l'Économie et des Finances de France, afin de démontrer que le droit romano-germanique est « *un vecteur du développement et de la prospérité économique* ». Voir : ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, *Diversité juridique, État de droit et développement*, IV<sup>e</sup> Conférence des ministres francophones de la Justice, 13 et 14 février 2008, p. 14, 19-20, en ligne : [http://www.francophonie.org/doc/dernieres/Francophonie\\_JUSTICE\\_mfi\\_Complet.pdf](http://www.francophonie.org/doc/dernieres/Francophonie_JUSTICE_mfi_Complet.pdf) (consulté le 13 juillet 2008). Voir aussi la réaction épidermique de l'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Les droits civilistes en question : À propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, en ligne : [http://www.chairejlb.ca/pdf/tradition\\_civiliste.pdf](http://www.chairejlb.ca/pdf/tradition_civiliste.pdf) (consulté le 13 juillet 2008). Nous



également à permettre à un pays en voie de développement de s'approprier le processus de réforme en fonction de son histoire et de sa situation socio-politique. Une liste d'éléments serait à prendre en considération dans ce cadre : (i) l'histoire du droit d'un pays donné ; (ii) les objectifs de réformes du pays en voie de développement ; (iii) le moment choisi pour mettre de l'avant tout processus de réforme en fonction de la volonté politique d'y donner effet ; (iv) les segments de la société pour lesquels toute réforme s'avère nécessaire et qui en ressentent le besoin ; (v) les attentes de la communauté internationale à cet égard. Seul un savant dosage de ces divers éléments assurera le succès d'une réforme <sup>1145</sup>.

Qu'est-ce qui relève du droit *du* développement et qu'est-ce qui n'en relève pas ? Autrement dit, quelle est la distinction entre des questions de droit international public ou de droit international privé, d'une part, et des questions de droit du développement, d'autre part ? Dans la mesure où une question de droit interne d'un pays en voie de

---

discuterons plus loin de l'approche de la Banque mondiale dans l'aide au développement, qui s'avère beaucoup plus nuancée que ce que les économistes, auteurs des Rapports *Doing Business*, peuvent affirmer. Ces vives réactions nous apparaissent, sinon puériles, à tout le moins exagérées, de part et d'autre, car comme le rappelle l'un des grands civilistes de notre temps, Paul-André Crépeau, « [...] *les politiques juridiques qui sous-tendent une règle de droit ne sont pas intimement liées à une tradition juridique particulière : elles ne sont ni de droit civil ni de common law, ni de toute autre tradition juridique; elles n'expriment que la conception que se font, sur un mode de comportement et à un moment donné, les membres d'une société civile* ». Voir : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, *supra* note 438, n° 37, p. 758-759. Voir aussi, pour un bémol concernant l'apport au débat entre les mérites respectifs de la common law et du droit civil : Ian B. LEE, « Le marché du droit : Observations néoclassiques sur les rapports *Doing Business* et la rivalité common law – droit civil », dans *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques – Les journées Maximilien-Caron 2008*, Montréal, Les Éditions Thémis, 77. Droit civil et *common law* ne sont pas des religions : ils sont des traditions, des façons de concevoir l'ordre juridique. C'est à l'aune des valeurs qui les sous-tendent qu'il faut plutôt chercher les similitudes et les divergences, afin de trouver la meilleure solution à un problème donné, dans une perspective d'harmonisation *souple* du droit qui respecte la diversité des expressions juridiques au niveau de la règle de droit. Voir enfin, en ce sens, Katharina PISTOR, « The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies », (2002) 50 *Am. J. Comp. L.* 97, en particulier aux p. 101 et 128.

<sup>1145</sup> R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 37-53.

développement se pose et que cela peut avoir une incidence sur son développement, alors il s'agit d'une question relevant du droit du développement, comme par exemple créer l'infrastructure nécessaire à l'investissement direct étranger dans un contexte de co-entreprise entre des nationaux et des étrangers pour la construction d'un aéroport dans le pays en voie de développement. Cet exemple illustre que l'échange de capitaux, de matières premières, de services et de technologies constituent les trois piliers du droit transnational des affaires, autour desquels les projets de réformes s'articulent habituellement <sup>1146</sup>. La réforme du droit des sûretés et de l'insolvabilité s'inscrit donc dans ce contexte.

D'une façon plus générale, le droit du développement s'intéresse aux normes et institutions transnationales de l'économie mondialisée. Considérant une pléiade d'acteurs qui en constituent le socle, des individus aux États en passant par des acteurs « multilatéraux » (à savoir dans ce dernier cas les organisations financières et internationales qui contribuent au développement telles les ONG, la Banque mondiale et le FMI), le droit du développement doit s'articuler autour d'un nouveau contrat social entre ceux-ci afin de mieux définir et encadrer les paramètres du développement international. L'avènement d'un nouveau paradigme, contrairement à celui qui prévaudrait toujours et opposant les riches aux pauvres, les classes possédantes aux classes exploitées, mettrait plutôt en relief le haut degré d'interdépendance entre tous les acteurs et se situant dans un même continuum. Le droit du développement s'affaire donc à proposer une nouvelle réflexion structurante sur ces thèmes, dont les principes devraient s'articuler autour du caractère mutuel, du devoir de coopération, de la participation

---

<sup>1146</sup> *Ibid.*, p. 60-61.

équitable et de la transparence du processus de développement. C'est à l'aune de ces critères que l'on sera en mesure d'évaluer la situation actuelle et les efforts de réforme de la gouvernance mondiale du développement, ainsi que de proposer de nouvelles pistes de solutions <sup>1147</sup>.

Pour ce qui est du **caractère mutuel** du droit du développement, il doit s'observer entre les acteurs, principalement souverains mais aussi à travers toutes les phalanges des organisations internationales. En reconnaissant les mêmes droits aux pays développés qu'aux pays en voie de développement, on contribue ainsi à établir un « *level playing field* ». Par conséquent, il s'avère nécessaire de créer de nouvelles normes juridiques qui s'appliqueront dans ce contexte international <sup>1148</sup>.

En ce qui a trait au **devoir de coopération** et à la **participation équitable** qui doivent se concrétiser entre les différents acteurs du développement, ces notions découlent du

---

<sup>1147</sup> *Ibid.*, p. 60-106.

<sup>1148</sup> En raison d'un certain atavisme découlant du mouvement « *law and development* » des années 1970, on voit encore la création de normes à deux vitesses, les unes s'appliquant aux pays industrialisés, les autres, habituellement moins contraignantes, aux pays en voie de développement. Est évoqué, à titre d'illustration de ce paradigme, le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques, contre-productif à maints égards. Il faudrait viser l'établissement, d'une part, de normes identiques sur le fond mais susceptibles d'application contextuelle selon la situation d'un pays donné; d'autre part, il faudrait viser la création de normes obligatoires ou absolues, surtout en matière de droits humains, ne pouvant pas faire l'objet de cette contextualisation. À titre d'exemples de la première catégorie, sont cités : les lois modèles de la CNUDCI (i.e. *procurement*), les travaux d'UNIDROIT et de la CNUDCI, l'exportabilité du UCC (mais de son adaptation aux divers contextes). Voir : R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 77-78, 86-94. Voir aussi, à cet égard, un résumé de l'approche asymétrique qui existe dans le domaine du commerce international, visant à favoriser un certain protectionnisme dans les premiers stades du développement d'un pays émergent, qui ne dispose pas des mêmes outils, dont les filets de sécurité sociale, que les pays industrialisés : Michael TREBILCOCK, « Searching for Hope : The Countries that Globalization has left behind », (2008) 46 *Can. Bus. L. J.* 184. Voir, enfin, la *Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, *supra* note 1139, art. 16, intitulé « Traitement préférentiel pour les pays en développement » : « *Les pays développés facilitent les échanges culturels avec les pays en développement en accordant, au moyen de cadres institutionnels et juridiques appropriés, un traitement préférentiel à leurs artistes et autres professionnels et praticiens de la culture, ainsi qu'à leurs biens et services culturels* ». On ne sait pas exactement comment cela va se traduire en pratique.

caractère mutuel et supposent que les gestes de tous doivent tendre dans la même direction sans verser dans l'unilatéralisme, favorisant les uns au détriment des autres, l'objectif ultime et partagé par tous étant le développement de toutes les nations <sup>1149</sup>.

Enfin, la **transparence** vise à faire en sorte que les pays en voie de développement soient partie prenante aux divers projets de réformes qui sont mis de l'avant et, aussi, à ce que les institutions internationales soient davantage imputables de leurs actes <sup>1150</sup>.

En résumé, le principe de la primauté du droit s'avère essentiel à tous les niveaux et constitue le fondement du droit du développement. D'abord, au niveau interne, dans tous les pays, afin de construire une société civile et des institutions capables de supporter leur développement économique. Ensuite, au niveau international, dans cette économie mondialisée, afin d'appliquer ces mêmes principes aux acteurs du développement

---

<sup>1149</sup> R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 78-84.

<sup>1150</sup> *Ibid.*, p. 84-86. En fait, des institutions découlant des accords de Bretton-Woods suite à la Seconde Guerre mondiale, seule l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dispose d'un mécanisme de résolution de conflits qui présente une certaine imputabilité et permet d'entrevoir l'émergence de normes internationales dans ce domaine. Les autres institutions, dont la Banque mondiale et le FMI, ne sont pas redevables de leurs actes à quelque assemblée constituante ou aux pays qui bénéficient de leur aide, bien que dans le cas de la Banque mondiale, certains mécanismes aient été mis en place pour donner une voix aux populations qui bénéficient de son aide financière. R. Sarkar propose, dans son ouvrage, un mécanisme visant à rendre la BM davantage imputable. Voir aussi les critiques à cet égard de l'ancien économiste en chef de la Banque mondiale et prix Nobel d'économie, J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, *supra* note 1106, en particulier aux p. 40-41, 50-51, 55, 98, 341-407, ce dernier affirmant, à la p. 51 : « *Alors que la quasi-totalité des activités du FMI et de la Banque mondiale (et certainement l'ensemble de leurs prêts) s'exercent aujourd'hui dans le monde en développement, ces institutions ont à leur tête des représentants du monde industrialisé (par coutume ou accord tacite, le FMI est toujours dirigé par un Européen, la Banque mondiale par un Américain). Les dirigeants sont choisis à huis clos, et l'on a jamais jugé nécessaire de leur demander la moindre expérience préalable du monde en développement. Les institutions internationales ne sont donc pas représentatives des nations qu'elles servent* ». Voir enfin, J. LAROCHE, *loc. cit.*, *supra* note 1103, p. 74-75. La Banque mondiale vient cependant d'annoncer des mesures qui auront pour effet d'augmenter le pouvoir de vote des pays en voie de développement lors de ses assemblées annuelles. Voir, en ce sens : « La Banque mondiale réforme le pouvoir de vote, obtient une injection de 86 milliards de dollars », Communiqué de presse n° 2010/363/EXT, en ligne : <http://go.worldbank.org/BOFB2I4860> (consulté le 29 mai 2010).

international et, ainsi, assurer la transparence et l'imputabilité de ses institutions, au premier chef la Banque mondiale et le Fond Monétaire International.

Dans le présent contexte, c'est plutôt le premier niveau qui nous intéresse, le second faisant l'objet d'un autre niveau d'analyse qu'il ne nous appartient pas de mener. Cependant, retenons que le processus d'harmonisation des lois commerciales de nature privé est probablement le premier maillon qui nous mènera à cette unification planétaire, à défaut de parler, pour l'instant, d'un droit inhérent *au* développement, dont le fondement ultime reposerait sur la primauté de l'individu et la préservation de sa dignité.

### 1.3 le « droit *au* développement »

Existe-t-il un « droit *au* développement », contraignant, qui soit davantage qu'un simple vœu, voire une obligation morale ? La réponse serait négative, bien que la question fasse l'objet d'une reconnaissance accrue au sein de la société internationale. Elle découlerait d'une lecture de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et des trois « générations » de droits qui s'en suivirent, de l'adoption de déclarations et de résolutions subséquentes de l'ONU : les droits « civils et politiques » constituant la première génération, les droits économiques, sociaux et culturels la seconde et, enfin, un droit de « solidarité », incluant notamment les droits à la paix, à la qualité du cadre de vie et au développement, formeraient la troisième. On distingue donc les droits-libertés (première génération) des droits-créances (deuxième et troisième générations), les premiers « *se dressant devant le pouvoir politique* », les seconds faisant appel à son intervention, les premiers étant davantage associés à l'État de droit alors que les seconds le sont davantage au développement, économique ou social. On voit bien les contradictions qui peuvent en

résulter si l'on place tous ces droits sur le même pied quant à leur force obligatoire <sup>1151</sup>. Bien qu'il existe une *Déclaration sur le droit au développement* <sup>1152</sup> adoptée par l'ONU en 1986, elle n'aurait pas atteint la consécration et ne serait pas considérée à titre contraignant en droit international public <sup>1153</sup>. Cependant, d'une approche pluraliste qui tend à ne plus mettre en opposition les diverses générations de droits, le droit au développement se fraye tranquillement un chemin, dans certains textes constitutionnels de pays africains, par exemple <sup>1154</sup>. De plus, étant donnée la prise de position de l'ONU sur l'État de droit et la nécessité d'en favoriser l'édification, les institutions financières internationales ont emboîté le pas dans cette direction depuis un moment déjà <sup>1155</sup>, malgré les critiques qui ne manquent pas d'invoquer, notamment, une « [...] *situation inédite, où*

---

<sup>1151</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 339-343.

<sup>1152</sup> AG/Rés. 41/128, 4 décembre 1986, annexe, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, supplément n° 53*, p. 196, tel que cité par J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 33, note 27.

<sup>1153</sup> R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 278-279, les États-Unis d'Amérique ayant voté contre : « *Perhaps not in a technical legal sense, but nevertheless, the possibility of its universal recognition, and implementation, seems dim. The prospect of fully accepting and implementing a right to development seems remote* ».

<sup>1154</sup> L'exemple de l'« African Charter on Human and Peoples' Rights », adoptée par l'« Organization of African Unity » est donné à cet égard, par R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 284-298.

<sup>1155</sup> Voir : S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 692-693, cette auteure référant explicitement à la *Déclaration sur le droit au développement* de 1986 et à la *Déclaration et Programme d'action de Vienne* de 1993 de l'ONU, précitées, à titre de fondements des actions de la Banque mondiale, dans des domaines aussi variés que la reconstruction des infrastructures lourdes et industrielles, l'éducation, la santé, la condition des femmes, la sécurité sociale, l'environnement, la réforme structurelle et institutionnelle, sociopolitique, la bonne gouvernance et la promotion de l'État de droit. Elle précise cependant : « *It should, however, be emphasized that the Bank's promotion of economic, social and cultural human rights, unlike the activities of other international agencies, does not take place from the point of view of general standard setter and enforcer of human rights, but from the point of view of a development finance institution. Thus, if the Bank effectively promotes the right of development and various economic and social rights, it does so because this is what, in its view, needs to be done to fulfill its broad economic and social development mandate. [...] It is part of its agenda on social development but there exists no obligation on it to realize these rights for the benefit of the rightholders* ». Sur la « globalisation » des droits de la personne et son empiètement sur la souveraineté des États au nom du droit au développement, voir : Karim BENYEKHFLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, p. 216-251.

*une société mondiale existe par la mise en relations de tous avec tous et où elle manque à l'évidence d'un projet collectif, ne fût-ce que le projet élémentaire de la survie commune, [...] ce projet [étant] entravé par l'absence d'un droit commun, clef de la régulation de la violence, donc de la définition de l'action ».*<sup>1156</sup>

Ce contexte préside à la philosophie des institutions financières internationales dans l'octroi de leur aide aux pays en voie de développement.

## 2. La philosophie des institutions financières internationales et l'aide accordée aux pays en voie de développement

Nous allons, dans un premier temps, brièvement identifier les principales institutions financières internationales et en retracer l'historique [2.1], pour ensuite discuter du rôle de la Banque mondiale, de l'aide financière qu'elle accorde aux pays en voie de développement et des réformes qu'elle soutient [2.2]. Nous conclurons cette section en exposant la philosophie de la Banque mondiale quant à la réforme du droit, à son impact sur l'économie et le développement [2.3].

### 2.1 les principales institutions financières internationales

Le XX<sup>e</sup> siècle a été le théâtre, suite aux deux conflits mondiaux, de mouvements politiques favorisant un rapprochement interétatique et l'avènement d'une société internationale, d'abord au chapitre des relations diplomatiques, que l'on pense à la création de l'*Organisation des Nations-Unies* sur les cendres de la *Société des Nations*, après la Seconde Guerre Mondiale, ensuite, au chapitre économique, à la création du

---

<sup>1156</sup> M. CHEMILLIER-GENDREAU, *loc. cit.*, *supra* note 1096, p. 65. Ce commentaire est évidemment formulé au niveau le plus élevé de la gouvernance mondiale et critique l'absence d'un « gouvernement mondial » ou de règles plus contraignantes de gouvernance mondiale applicables à tous.

Fonds Monétaire International, de la Banque Mondiale et du GATT de 1947, suite aux accords de Bretton-Woods <sup>1157</sup>.

Cette marche ordonnée vers la mondialisation de l'économie, qui devait normalement aboutir à la création de l'*International Trade Organisation*, fut cependant ralentie, des années cinquante à la chute du mur de Berlin, en 1989, en raison, d'une part, du renforcement d'une attitude protectionniste chez les américains et, d'autre part, de la guerre froide qui sévissait alors entre les pays membres du bloc de l'Est et ceux du bloc de l'Ouest <sup>1158</sup>. Malgré cela, les négociations tarifaires dans le cadre du GATT de 1947 se poursuivirent à l'occasion de huit (8) cycles de négociations qui culminèrent, en 1995, par la création de l'*Organisation Mondiale du Commerce* (« OMC »). Le dernier cycle de négociations, intitulé « Programme de Doha pour le développement » était, comme son titre l'indique, consacré au développement. Il connut l'échec retentissant que l'on sait, ce que les principaux dirigeants se refusent encore aujourd'hui d'admettre <sup>1159</sup>.

Depuis l'avènement de l'OMC, on peut parler, jusqu'à un certain point, d'une certaine forme de mondialisation « juridique », dont l'OMC serait l'expression la plus sophistiquée. Mais ce qui explique encore davantage cette mondialisation de l'économie réside dans la croissance spectaculaire de l'investissement direct étranger, dont la

---

<sup>1157</sup> Voir : John H. JACKSON, William J. DAVEY et Alan O. SYKES, *Legal problems of International Economic Relations*, 3<sup>e</sup> éd., St. Paul, Minnesota, 1995, p. 278. Voir aussi : John M. CURTIS, « The Essence of Globalization : An Economist's Perspective », (2008) 46 *Can. Bus. L. J.* 180.

<sup>1158</sup> J.H. JACKSON, W.J. DAVEY et A.O. SYKES, *op. cit.*, *supra* note 1157, p. 281.

<sup>1159</sup> Voir la page Web consacrée à ce Programme, en ligne : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dda\\_f/dda\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm) (consulté le 28 mai 2010).



progression fut de 400 % entre 1985 et 1995 <sup>1160</sup>. De plus, un certain nombre d'autres facteurs sont à prendre en considération. Ainsi, l'émergence d'espaces politiques ou économiques régionaux, dont l'Union Européenne et celui résultant de l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALÉNA ») en sont les plus brillants exemples, confirme cette tendance, alors qu'entre 1987 et 1994, la création de plus de 108 accords économiques régionaux fut signifiée au secrétariat du GATT. Cette tendance a favorisé l'accroissement du volume du commerce des marchandises à tel point que, comme on le sait, ce commerce a cru plus vite que le niveau de production <sup>1161</sup>.

La signature de l'Accord de libre-échange Canado-américain, en 1988, la fin de la guerre froide, en 1989 avec la chute du Mur de Berlin, l'accession du Canada à l'OÉA en 1990, la conclusion de l'ALÉNA en 1994, la signature des accords de Marrakech nous ayant donné le système GATT-OMC de 1994, tous ces mouvements convergent vers des relations économiques mondiales profondément modifiées <sup>1162</sup>.

Ce qui nous intéresse davantage, à ce stade-ci, ce sont les institutions financières internationales, à savoir le FMI et la Banque mondiale <sup>1163</sup>, dont les rôles diffèrent mais

---

<sup>1160</sup> Voir : « Le commerce mondial en 1994 et les perspectives pour 1995 et 1996 », dans *OMC, Le commerce international, tendances et statistiques, 1995*, à la p. 23 : « Les flux d'investissement étranger direct (IED) ont dépassé 220 milliards de dollars en 1994, contre une moyenne de 57 milliards par an pendant la période 1981-1985 ».

<sup>1161</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>1162</sup> Voir, entre autres, Raymond LANDRY, « L'élargissement des marchés et l'harmonisation du droit », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The Legal Order and The Realm of Commerce*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 123.

<sup>1163</sup> Bien qu'il existe une pléiade d'autres institutions financières internationales, régionales et nationales, dont le Programme des Nations Unies pour le développement international (PNUD), la Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED), la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD), la Banque Interaméricaine de Développement, assurant le financement du développement en Amérique latine et dans les Caraïbes, l'Asian Development Bank, faisant de même en Asie, la Banque Africaine de Développement, nous allons limiter notre discussions aux deux principales institutions

demeurent néanmoins complémentaires, telles les faces opposées d'une même médaille. Nous ne traiterons pas spécifiquement de l'OMC, car « [...] [elle] *se différencie nettement des deux autres institutions. Elle ne fixe pas de règles : elle offre un forum au sein duquel les négociations commerciales se poursuivent, et elle veille au respect des accords conclus* ». <sup>1164</sup>

Le FMI a pour mission d'assurer la stabilité économique du monde. Il fut d'abord chargé d'empêcher une nouvelle dépression à l'échelle mondiale, suite à la Grande Dépression des années 1930, sur la foi de préceptes économiques élaborés par l'économiste britannique John Maynard Keynes :

[...] il exercerait une pression internationale sur les pays qui, en laissant stagner leur économie, n'assuraient pas leur juste part de l'effort de maintien de la demande globale. Si nécessaire, il fournirait aussi des liquidités, sous forme de prêts, aux pays qui, confrontés à des difficultés économiques, n'étaient pas en mesure de stimuler la demande globale par leurs propres moyens.

Dans sa conception initiale, donc, le FMI était fondé sur une constatation première : on avait compris que les marchés, souvent, ne fonctionnent pas bien – qu'ils peuvent aboutir au chômage massif et se révéler incapables de procurer aux pays les fonds nécessaires pour les aider à redresser leur économie. On a créé le FMI parce qu'on estimait nécessaire une *action collective au niveau mondial* pour la stabilité économique, exactement comme on a créé les Nations Unies parce qu'on jugeait indispensable une action collective au niveau mondial pour la stabilité politique. Le FMI est une institution *publique*, qui fonctionne avec l'argent que versent les contribuables du monde entier. Il faut s'en souvenir, parce qu'il ne rend de comptes directement ni aux citoyens qui le financent, ni à ceux dont il change la vie. Il adresse ses rapports aux ministères des Finances et aux banques centrales des États du monde. Ceux-ci exercent leur contrôle dans un système de vote fort complexe, qui reflète essentiellement la puissance économique des divers pays à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Il y a bien eu, depuis, quelques ajustements mineurs, mais les grands pays développés mènent le bal, et un seul, les États-Unis, a un droit de veto effectif. (Ce qui n'est pas sans rappeler le fonctionnement de l'ONU, où un

---

susnommées qui, d'une manière ou d'une autre, les chapeautent toutes. Nous discuterons éventuellement, dans le contexte du cas égyptien que nous étudierons en seconde partie de ce chapitre, de la U.S. Agency for International Development (USAID) et de l'Agence canadienne de développement international (ACDI) et, dans le cas congolais, du PNUD. Voir, au sujet de la similitude des rôles de ces diverses institutions, fondées sur le développement économique et calquées sur le modèle d'intervention de la Banque mondiale, S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 688-690.

<sup>1164</sup> J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, *supra* note 1106, p. 46.

anachronisme historique détermine qui détient le droit de veto : les puissances victorieuses de la Seconde Guerre mondiale. Mais à l'ONU, au moins, ce droit est partagé entre cinq pays).<sup>1165</sup>

La Banque mondiale, dont le nom complet est « Banque mondiale pour la reconstruction et le développement », a pour devise « œuvrer pour un monde sans pauvreté ». Sa mission se résume de la manière suivante :

La Banque mondiale est une source essentielle d'appui financier et technique pour l'ensemble des pays en développement. Ce n'est pas une banque au sens ordinaire du terme. Notre organisation se compose de deux organismes de développement distincts, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) et l'Association internationale de développement (IDA), et est sous le contrôle de ses 185 pays membres. La BIRD et l'IDA contribuent chacune d'une manière différente mais complémentaire à notre mission, qui est de réduire la pauvreté et d'améliorer le niveau de vie des populations à travers le monde. La BIRD s'occupe des pays à revenu intermédiaire et des pays pauvres solvables, alors que l'IDA se consacre aux pays les plus pauvres de la planète. Par leur intermédiaire, nous accordons aux pays en développement des prêts à faible intérêt, des crédits ne portant pas intérêt et des dons dans des domaines très divers — éducation, santé, infrastructure, communications et autres.<sup>1166</sup>

Voilà donc deux institutions, le FMI et la Banque mondiale, aux missions opposées, l'une vouée au maintien de la stabilité mondiale, l'autre à l'éradication de la pauvreté, l'une s'occupant des questions macroéconomiques (déficit budgétaire, politique monétaire, inflation, déficit commercial, dette extérieure), l'autre des questions microéconomiques (financement de projets, de routes ou de barrages). Seule la Banque mondiale s'occupe de l'élimination de la pauvreté et donc, dans une certaine mesure, du développement économique. Certains ont vivement critiqué les actions du FMI et de la Banque mondiale, soulignant que les deux institutions se sont éloignées, au fil des ans, de leurs missions premières. Le « consensus de Washington » des années 1980, qui préconisait

---

<sup>1165</sup> *Ibid.*, p. 41-42.

<sup>1166</sup> Voir le site Web de la Banque mondiale, en ligne : <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/ACCUEILEXTN/EXTABTUSFRENCH/0,,cont entMDK:20146544~pagePK:64093409~piPK:64093441~theSitePK:328614,00.html>, (consulté le 26 juin 2008).

essentiellement la libéralisation immédiate des marchés, sans transition et sans nuance comme unique recette du développement, aurait plutôt contribué à l'accroissement de la pauvreté dans nombre de pays du monde <sup>1167</sup>. Cette libéralisation des marchés consiste notamment en une diminution du rôle de l'État, en la privatisation des services qu'il assure habituellement et, dans sa forme la plus extrême, au laisser-faire <sup>1168</sup>. L'idéal

<sup>1167</sup> Il faudrait cependant nuancer cette affirmation. Alors que, selon la Banque mondiale, « [l]a pauvreté est souvent définie comme un niveau de vie inférieur à un seuil de revenu minimum : par exemple, 1 dollar par jour et par personne, [...] être pauvre, c'est aussi ne pas pouvoir se nourrir, se loger, se soigner et s'instruire comme il faut, ou peser sur les décisions qui influencent l'existence. Sur les 6 milliards d'habitants que compte notre planète, 3 milliards vivent dans des pays en développement, dans des conditions correspondant à ces définitions de la pauvreté. [Il y a néanmoins des raisons d'espérer, car] le nombre de personnes ayant moins de 1 dollar par jour pour vivre a baissé, alors même que la population mondiale augmentait de 1,6 milliard au cours des 20 dernières années. Durant la dernière décennie, les pays en développement ont connu une croissance économique supérieure à celle des pays développés ». Voir : « Quelques chiffres sur la pauvreté », en ligne : <http://go.worldbank.org/72WS0027Y0> (consulté le 28 juin 2008). Voir aussi, au sujet de la croissance économique supérieure des pays en voie de développement, les commentaires d'une économiste à l'Institut économique de Montréal et ancienne vice-présidente et économiste en chef de la Banque Nationale du Canada (1996-2002), Dominique VACHON, « Le temps presse », *La Presse [de Montréal]*, mardi 17 juin 2008 (A24) : « Contrairement à ces pays [émergents, le Québec] a fait bien peu ces dernières années pour améliorer sa compétitivité. La contribution des pays avancés à la croissance (54% du PIB mondial) est en perte de vitesse derrière celle des pays émergents et en développement (déjà 46 % du PIB mondial). Selon le FMI, la croissance économique des pays avancés sera d'au plus 1 % au cours des deux prochaines années, tandis que celle des pays émergents avoisinera les 7 %. Plusieurs pays avancés, dont nous faisons partie, sont devenus sclérosés à force de vouloir préserver de supposés acquis. Pendant ce temps, la dynamique de la majorité des pays émergents et en développement va bien au-delà du simple rattrapage économique. Il repose en grande partie sur l'implantation de réformes structurelles majeures, et ce, en moins d'une décennie. Citons notamment une libéralisation commerciale et financière quasi complète, une baisse considérable des emprunts publics et une vague de privatisations réussie, lorsqu'accompagnée d'un renforcement vigoureux du cadre institutionnel et réglementaire. Ces réformes, sans prétendre qu'elles soient homogènes et parfaites pour l'ensemble de ces pays, ont permis un apport massif d'investissements directs étrangers, la réalisation de gains de productivité importants et dorénavant, un secteur des exportations à haute valeur ajoutée et ultracompetitif ». Ce qui ne signifie pas nécessairement que le niveau de vie des populations de ces pays émergents ait augmenté, d'où la critique virulente qui reproche à une certaine minorité, provenant des pays riches, de s'enrichir aux dépens des autres. Voir : J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, *supra* note 1106.

<sup>1168</sup> Avec les crises récentes, dont la dernière en titre étant celle des papiers commerciaux adossés à des actifs, on semble redécouvrir les vertus de la réglementation étatique, visant dans ce cas à faire en sorte que les organismes de cotation de crédit ne soient plus laissés à l'autorégulation mais fassent bien l'objet d'un contrôle public plus sévère. Retour du balancier ? Voir, à ce sujet : Claire GATINOIS et Anne MICHEL, « Crise financière : l'Europe redécouvre les vertus de la réglementation », *Le Devoir [de Montréal]*, le lundi 14 juillet 2008 (A5) (extrait du journal *Le Monde*); LE MONDE et AGENCE FRANCE-PRESSE, « Le Royaume-Uni est menacé par l'effondrement de l'immobilier commercial », *Le Devoir [de Montréal]*, le lundi 14 juillet 2008 (A5); au sujet des soubresauts dont souffrent actuellement, aux États-Unis, deux grands

initial de l'économiste Keynes allait plutôt en direction opposée, dit-on, Keynes proposant au contraire une stratégie expansionniste visant à stimuler l'économie dans les pays aux prises avec des difficultés socio-économiques, les prêts du FMI à de tels États devant servir à cette fin, soit par une augmentation des dépenses publiques, soit par des réductions d'impôts aux particuliers, soit par des baisses de taux d'intérêt. Or, l'attitude découlant du « consensus de Washington » aurait plutôt fait en sorte que le FMI favorise des stratégies défensives impliquant réduction des déficits, hausse des impôts ou hausse des taux d'intérêts. Les prêts du FMI sont donc assortis de conditions favorisant de telles mesures qui doivent être rencontrées par les pays débiteurs. Les champs d'intervention du FMI et de la Banque se sont progressivement élargis, la Banque mondiale ne se limitant plus, à partir des années 1980, au seul financement de projets, mais octroyant un soutien financier général sous forme de prêts à l'ajustement structurel, visant à régler des problèmes de cette nature, dont les dépenses de l'État, les institutions, financières ou autres, le marché du travail, les politiques commerciales <sup>1169</sup>. Ces prêts sont assujettis à

---

organismes de refinancement hypothécaire, le *Federal National Mortgage Association* (Fannie May) et le *Federal Home Loan Mortgage Corporation* (Freddie Mac), voir : Éric DESROSIERS, « Fannie et Freddie », *Le Devoir [de Montréal]*, le lundi 14 juillet 2008 (A5); David FRUM, « The demise of Fannie and Freddie », *National Post [de Toronto]*, le samedi 12 juillet 2008 (A14). Sur les tenants et aboutissants des récents scandales financiers au Québec, lire : A. LEDUC, *op. cit.*, *supra* note 560.

<sup>1169</sup> On explique l'histoire et l'évolution de la mission de la Banque mondiale sur le site Web de l'organisme, en ligne : <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/ACCUEILEXTN/EXTABTUSFRENCH/0..contentMDK:20862984~menuPK:2448946~pagePK:64094163~piPK:64094165~theSitePK:328614,0,0.html> (consulté le 27 juin 2008) : « *La Banque mondiale était une seule et même institution à sa création, en 1944. Aujourd'hui, c'est un groupe composé de cinq organismes de développement étroitement liés entre eux. Notre mission a elle aussi évolué : initialement chargée de soutenir le processus de reconstruction et de développement d'après-guerre (d'où son nom), la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) a désormais pour mandat de réduire la pauvreté dans le monde au côté de son institution affiliée, l'Association internationale de développement. Notre personnel était autrefois homogène, composé surtout d'ingénieurs et d'analystes financiers basés uniquement à Washington. Aujourd'hui, nous avons un personnel pluridisciplinaire et diversifié, qui comprend aussi bien des économistes que des spécialistes des politiques publiques, ou encore des experts dans des domaines donnés tels que les sciences*

l'approbation du FMI <sup>1170</sup> qui, de son côté, se sent investie de tous les pouvoirs, puisque tout est de nature à présenter un impact sur l'économie.

Nous ne nous attarderons pas davantage sur les rôles respectifs de ces deux institutions, ni sur les ratés ou succès qu'elles ont pu connaître, renvoyant aux analystes qui se sont penchés sur ces questions <sup>1171</sup>. Ce qui nous intéresse, dans ce contexte, c'est le rôle de la Banque mondiale dans les réformes structurelles qu'elle pilote dans les pays en voie de développement, particulièrement la réforme du droit.

## 2.2 le rôle de la Banque mondiale et les réformes pilotées dans les pays en voie de développement

Le rôle de la Banque mondiale, constituée dans l'après-guerre afin d'aider à la reconstruction des pays dévastés d'Europe ou d'ailleurs, fut conçu de plus large manière

---

*sociales, et qui est basé pour 30 % dans nos représentations à l'étranger. La reconstruction reste un axe important de notre action, étant donné les besoins qui se posent dans les pays en développement et en transition qui cherchent à se rétablir à la suite de catastrophes naturelles ou de conflits. Mais notre portefeuille de projets s'est élargi pour inclure des aspects tels que l'octroi de prêts dans les secteurs sociaux, la lutte contre la pauvreté, l'allègement de la dette ou la bonne gouvernance. Aujourd'hui, la réduction de la pauvreté est devenue ce sur quoi nous concentrons nos efforts et l'objectif qui domine l'ensemble de notre action. [Notre soulignement] ». Comme nous le verrons, c'est sous l'angle de la « bonne gouvernance » que la Banque mondiale conçoit son mandat lui permettant d'intervenir dans le domaine de la réforme des institutions et infrastructures permettant de renforcer l'État de droit. Voir : J. CHEVALLIER, *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 12.*

<sup>1170</sup> R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 72.

<sup>1171</sup> Voir, de façon générale, J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, *supra* note 1106, en particulier aux p. 39-45, 47-56, 57-60, 84-94, 314-315. **Contra** : Kenneth ROGOFF, *An Open Letter to Joseph Stiglitz* (2 juillet 2002), en ligne sur le site Web du Fonds monétaire international : [www.imf.org/external/np/vc/2002/070202.htm](http://www.imf.org/external/np/vc/2002/070202.htm) (consulté le 18 juillet 2008); Kaushik BASU, « Globalization and Politics of International Finance: The Stiglitz Verdict », (2003) 41:2 *J. of Econ. Lit.* 885.

au fil du temps. Ses objectifs principaux sont énoncés à l'Article I de ses statuts constitutifs <sup>1172</sup>:

## ARTICLE I

### Objectifs

La Banque a pour objectifs:

(i) D'aider à la reconstruction et au développement des territoires des États membres, en facilitant l'investissement de capitaux consacrés à des fins productives, - y compris la restauration des économies détruites ou disloquées par la guerre, la réadaptation des moyens de production aux besoins du temps de paix et l'encouragement au développement des ressources et moyens de production des pays les moins avancés.

(ii) De promouvoir les investissements privés à l'étranger au moyen de garanties ou de participations aux prêts et autres investissements effectués par les fournisseurs privés de capitaux; et, à défaut de capitaux privés disponibles à des conditions raisonnables, de compléter l'investissement privé sous des modalités appropriées et en fournissant à des fins productives des moyens financiers tirés de son propre capital, des fonds qu'elle s'est procurés et de ses autres ressources.

(iii) De promouvoir l'harmonieuse expansion, sur une longue période, des échanges internationaux et l'équilibre des balances des paiements, en encourageant les investissements internationaux consacrés au développement des ressources productives des États membres, contribuant par là à relever, sur leurs territoires, la productivité, le niveau d'existence et la situation des travailleurs.

(iv) De combiner les prêts accordés ou garantis par elle avec les prêts internationaux d'autre provenance, en donnant la priorité aux projets les plus utiles et les plus urgents, quelle qu'en soit l'envergure.

(v) De conduire ses opérations en tenant dûment compte des répercussions économiques des investissements internationaux dans les territoires des États membres et de faciliter, pendant les premières années de l'après-guerre, une transition sans heurts de l'économie de guerre à l'économie de paix.

Dans toutes ses décisions, la Banque s'inspirera des objectifs énoncés ci-dessus.

De ces objectifs, la Banque mondiale a certes un vaste éventail de domaines d'interventions, mais il n'est pas sans limite. Il s'agit pour elle d'aider à la reconstruction et au développement de ses pays membres en octroyant des financements à des fins

---

<sup>1172</sup> Voir : *Statuts de la BIRD*, Article 1, en ligne : <http://go.worldbank.org/61OZ45BOS0> (consulté le 28 juin 2008). Les Statuts dans leur ensemble sont disponibles en ligne : <http://go.worldbank.org/JIWS9BA2W0> (consulté le 28 juin 2008).

productives. Elle peut donc, dans l'atteinte de cet objectif principal, financer des projets de réformes spécifiques. Ainsi, considérant que la « bonne gouvernance » est cardinale à la promotion du développement équitable et qu'il s'agit d'un complément essentiel à l'implantation de politiques économiques viables, la Banque mondiale considère officiellement, depuis 1990, que l'infrastructure juridique relève de cette bonne gouvernance. Bien que, de l'avis juridique de l'ancien vice-président senior et chef du contentieux de la Banque mondiale, Ibrahim F.I. Shihata <sup>1173</sup>, le mandat de la Banque mondiale puisse être interprété en ce sens, c'est-à-dire comme autorisant le soutien de la Banque aux projets de réformes de l'administration publique, du régime juridique et du système judiciaire des pays emprunteurs, cela doit néanmoins se faire à l'intérieur de balises précises <sup>1174</sup> qui ne permettraient pas à la Banque de s'ingérer dans les affaires

---

<sup>1173</sup> La contribution de ce juriste d'origine égyptienne au droit du développement et de la finance internationale a été soulignée et reconnue, notamment, dans S. SCHLEMMER-SCHULTE et K.Y. TUNG, *op. cit.*, *supra* note 1111. Il fut vice-président senior et chef du contentieux de la Banque mondiale de 1983 à 2000. Il est donc considéré comme étant celui qui fit prendre à la Banque mondiale ce virage vers le soutien et l'assistance à la réforme du droit et des institutions juridiques dans le cadre de l'aide déployée aux pays en voie de développement. « *He had major impact on the institutions he served, and many saw him as personifying the "rule of law" in the world of international finance and development institutions* », nous indique Sabine Schlemmer-Schulte dans le « Post-Script » de cet ouvrage, p. xxi. De même, dans la préface qu'il signe à cet hommage collectif, le Président d'alors de la Banque mondiale, James D. Wolfensohn, s'exprime comme suit, p. xi : « *During his tenure as General Counsel of the Bank, he was actively involved in Bank policy discussion and formulation. He issued a series of detailed legal opinions. Based on these opinions, the Bank was able to respond to a host of development needs not envisaged in the Bank's Articles of Agreement but, as times changed, put on the Bank's agenda by my predecessors and myself. All his opinions were endorsed by the Bank's Board of Executive Directors, which has the authority to interpret the Bank's Articles. It was Ibrahim Shihata's integrity and objectivity that made his advice successful and convincing to the decision-makers in our institution* ».

<sup>1174</sup> Voir : Ibrahim F.I. SHIHATA, *Complementary reform : Essays on Legal, Judicial and Other Institutional Reforms Supported by the World Bank*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 13-15, 75-76, 84, l'avis juridique ayant été donné en 1990, ce qui explique que ce champ d'intervention élargi de la Banque mondiale soit relativement récent.



politiques d'un pays ni d'en être tributaire <sup>1175</sup>. Ibrahim F.I. Shihata s'exprime comme suit à ce sujet :

Supporting legal and judicial reforms is not mentioned as such in the Bank's charter. But, as already mentioned, experience has shown that such reform cannot be ignored in the processes of economic adjustment and development. The Bank's experience has confirmed that successful implementation of fundamental policy changes in the business environment and in the financial sector would normally require fundamental changes in the overall legal and institutional framework. The Bank's borrowers have thus been encouraged to address deficiencies in their legal systems which hamper the development process, such as the inappropriateness of laws (in terms of their failure to support the required policy changes and to introduce realistic incentives and remedies), ignorance of their content, uncertainty in their application, weak enforcement, arbitrariness in the exercise of discretionary power, inefficient court administration and slow and complex procedures. <sup>1176</sup>

Cette conception de la bonne gouvernance et du droit est éminemment pratique et se rapproche de la conception plus substantielle de la règle de droit. L'évolution du mandat de la Banque mondiale découle de l'histoire récente et, aussi, de son expérience pratique acquise sur le terrain au fil des années, notamment lors de la transition des pays communistes à l'économie de marché à la fin des années 1980. Depuis lors, la Banque mondiale est convaincue de la nécessité de l'État de droit et d'institutions administratives et judiciaires de bonne tenue comme fondements au développement économique. En découleront l'éradication de la corruption et du crime organisé, l'instauration d'un climat

---

<sup>1175</sup> Voir la Section 10 de l'Article IV, « Opérations – Interdiction de toute activité politique », des Statuts de la BIRD, en ligne : <http://go.worldbank.org/TZUDLBGGC0> (consulté le 28 juin 2008) :

« La Banque et ses dirigeants n'interviendront pas dans les affaires politiques d'un État membre quelconque, ni ne se laisseront influencer dans leurs décisions par l'orientation politique de l'État membre (ou les États membres) en cause. Leurs décisions seront fondées exclusivement sur des considérations économiques, et ces considérations seront impartialement pesées afin d'atteindre les objectifs énoncés à l'article I. »

Voir aussi : R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 47-48. Cette contrainte est toutefois difficile d'application, car la réforme du droit n'est-elle pas, au niveau des valeurs qui la sous-tendent, essentiellement politique ? C'est ce que reconnaît Stephen J. TOOPE, « Legal and Judicial Reform through Development Assistance : Some Lessons », (2003) 48 *R.D. McGill* 357, 366 : « *Because of justice reform's potential but mainly unspecified downstream effects, one cannot treat legal and judicial reform initiatives as politically or socially neutral* ».

<sup>1176</sup> I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p.15.

favorable à l'investissement direct étranger et, enfin, une meilleure protection de l'environnement <sup>1177</sup>.

Inspirées de la notion de « bonne gouvernance » <sup>1178</sup>, les réformes qui sont soutenues par la Banque mondiale visent quatre grands axes <sup>1179</sup>: la consolidation des institutions et du service publics <sup>1180</sup>, la mise en place des infrastructures juridiques et judiciaires propres à

---

<sup>1177</sup> *Ibid.*, p. 4-6. Voir aussi: S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 690-695. Le thème de la « bonne gouvernance » fut identifié par la Banque mondiale aux termes d'études diverses afin d'affiner sa stratégie d'aide aux pays en voie de développement à la fin des années 1980. La plus importante étude réalisée à ce chapitre en serait une traitant de la situation en Afrique sub-saharienne où, à l'instar de nombreuses autres régions du globe, les situations socioéconomique et politique n'ont cessé de se détériorer malgré les nombreux efforts déployés depuis les années soixante jusque dans la décennie des années quatre-vingt. Peu importent les mesures d'aides proposées, la situation ne risque guère de s'améliorer, soutient-on, si la gouvernance de ces pays n'est pas profondément transformée et améliorée. Cette gouvernance implique une fonction publique efficace, un système judiciaire fiable et une administration publique imputable, toutes ces sphères étant, bien sûr, soutenues par la règle de droit. S'il faut en croire l'un des anciens économistes de la Banque mondiale, la situation ne s'est pas vraiment améliorée depuis en Afrique. Voir : Robert CALDERISI, *L'Afrique peut-elle s'en sortir ? Pourquoi l'aide publique ne marche pas*, Montréal, Éditions Fides, 2006.

<sup>1178</sup> Voir, au sujet de cette notion, I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p. 6: « *The sum of these experiences has in recent years increased the focus of leading development institutions on the role of law in economic development. It is now commonly recognized that rapid growth requires a number of conditions that are not always of a strict economic or financial character. Relevant factors include redefining the role of the state and the nature and limits of its intervention, achieving "good governance", improving the performance of the public sector, supporting civil society, developing an appropriate environment for the growth of the private sector as well as emphasizing shared values and influencing individual and group behaviors in a manner conducive to economic and social development. These factors can hardly be defined, let alone implemented and sustained, in a society regulated by an inadequate or obsolete legal system or deprived of well-functioning institutions for the administration of applicable rules and the settlement of disputes arising in their application* ».

<sup>1179</sup> Au sujet des priorités de la Banque mondiale en matière de gouvernance, voir le rapport d'activités consacré à ce sujet pour les premières initiatives du début des années 1990. BANQUE MONDIALE, *Governance*, Washington DC, Banque mondiale, 1994, en ligne: <http://go.worldbank.org/SJ20NA1VR0> (consulté le 18 juillet 2008).

<sup>1180</sup> Nous ne discuterons pas ici dans les détails de cette question cruciale pour le développement économique d'un pays, mais l'aborderons néanmoins de manière ancillaire dans nos études de cas égyptien et congolais. Notons toutefois, à ce stade-ci, que la problématique de la fonction publique, complexe, se résume comme suit: réglementation excessive, surnombre des fonctionnaires, dépassements de coûts et très bas salaires. Nombre de pays en voie de développement sont ainsi dotés de fonctions publiques très imposantes et inefficaces, la fonction publique étant perçue comme l'employeur de dernier ressort, chargée d'accueillir toutes les cohortes de nouveaux diplômés formés dans les universités du pays, dans des régions aux prises avec des taux de chômage importants. S'ajoutent à cela une culture bureaucratique et la favorisation du principe de l'ancienneté plutôt que la méritocratie et, enfin, des infrastructures

encourager les affaires, à protéger les droits individuels et de propriété, à assurer le respect des contrats, le développement des systèmes financiers et, enfin, la lutte contre la corruption <sup>1181</sup>.

Les réformes visent donc à établir un climat qui soit sain et propice au développement des affaires, susceptible d'attirer les investissements, de développer le secteur privé et d'engendrer la prospérité. Ces réformes doivent, en autant que possible, être imbriquées les unes aux autres, car le succès de l'une dépend de celui des autres et vice-versa <sup>1182</sup>.

---

inadéquates (vieux édifices, supports techniques défectueux, etc.). La réforme de l'administration publique s'inscrit dans la redéfinition, plus vaste, du rôle de l'État, et vise à la rendre plus efficace, moins lourde, mieux apte à assurer les fonctions du gouvernement et à déployer l'environnement nécessaire au bon fonctionnement de la société civile et de l'économie. Voir, à ce sujet, I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, pp. 119-138, dont le cinquième chapitre s'intitule « Some Aspects of Civil Service Reforms ».

<sup>1181</sup> C'est ainsi que ces axes sont énoncés sur le site Web de la Banque mondiale, en ligne : <http://go.worldbank.org/DUGF6QZYF0> (consulté le 28 juin 2008). Voir également, en ce qui a trait au financement des infrastructures, au développement des services financiers et, enfin, à la lutte contre la corruption, I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p. 139-165, 167-202 et 203-238, constituant les chapitres 6, 7 et 8 de cet ouvrage, respectivement intitulés « Institutional Aspects of the Financing of Infrastructure », « Some Recent Trends In Banking Law » et « Corruption – A General Review With an Emphasis on the World Bank ». Nous ne traiterons pas spécifiquement de ces aspects de la réforme dans le cadre de la présente étude.

<sup>1182</sup> I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p. 23 et 90: « *Obviously, such a comprehensive approach does not mean that all reform measures have to be introduced simultaneously. It is more practical to identify the areas of reform and put in place a schedule of implementation where the sequencing depends on the order of priority among legal reform measures and the pace of the reforms being introduced in other fields. Generally, reform of the rules and processes may precede that of the institutions in charge of their application provided the reform of these institutions does not lag behind for a long period. Among the different rules, gradualism in introducing reforms must also be based on rational choices. Examples of countries in Eastern Europe issuing a bankruptcy law prior to enacting a company law or issuing regulations for a certain sector before the enabling legislation was in place have not been uncommon. This emphasizes the importance of including legal reform in the broad sense in the country's development strategy. [...] In this context, judicial reform is seen as a critical element of the implementation of any comprehensive reform in a given country and an essential factor in strengthening the rule of law and the role of the state as its guarantor. In this sense, judicial reform is an integral part of institutional development. It should, for this reason, go hand in hand with legal, regulatory and administrative reforms. Each of these types of reforms depends for its success or failure on the other [références omises]* ».

Divers types d'aides, financières ou autres, directes ou indirectes, sont de la sorte mis à la disposition des pays en voie de développement. Mentionnons les prêts à l'ajustement (i.e. *adjustment loans*), les prêts à l'investissement (i.e. *investment loans*), les fonds investis ou prêtés par la Banque afin de favoriser le développement institutionnel (i.e. *institutional development grants* ou *institution or capacity building loans*) et les études de terrain préparatoires (i.e. *diagnostic studies* ou *in-depth field studies*) à tout travail de réformes visant à en évaluer la nécessité et l'ampleur <sup>1183</sup>. On parle aussi de « *Learning and Innovation Loans* » et aussi d'« *Adaptable Program Loans* », ces prêts visant à faire preuve de souplesse et de flexibilité dans leur administration afin de considérer les réformes envisagées comme évolutives et modulables au gré de l'avancement des travaux. <sup>1184</sup>

En ce qui a trait aux prêts à l'ajustement, il s'agirait de la source de financement la plus répandue qui serve à la réforme juridique, judiciaire ou institutionnelle. Elle est soit structurelle, soit sectorielle; elle sert soit à financer directement les réformes projetées, soit à financer plutôt la balance des paiements du pays emprunteur, le prêt étant dans ce cas assujéti au respect de conditions quant à l'implantation des réformes anticipées. Enfin, il s'agit habituellement d'une aide visant des projets à plus court terme : dans le cas de la réforme judiciaire, ils peuvent financer la préparation d'études concernant le fonctionnement du système judiciaire, indiquant les réformes et les étapes à considérer,

---

<sup>1183</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>1184</sup> Cela, bien sûr, visant à s'assurer de l'appropriation de la réforme et de son échéancier par le pays destinataire et, partant, d'en améliorer les chances de succès. Voir: S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 699, note 54.

voire les réformes elles-mêmes, passant de la rédaction de nouvelles lois à l'organisation ou à l'établissement de nouveaux tribunaux. <sup>1185</sup>

Lorsque la réforme est envisagée à plus long terme, on a plutôt recours aux prêts à l'investissement. Ces prêts ont par exemple servi à financer des projets visant l'amélioration et la création d'un régime de crédit foncier, comprenant la révision du cadastre, l'établissement d'un système de publicité des droits et la création d'un régime hypothécaire; d'autres projets incluent, notamment, la révision de la législation et de l'infrastructure en matière de transports, la révision de la législation en matière de droit des affaires et des technologies, etc. <sup>1186</sup>

L'aide au développement institutionnel comprend des projets de publication et de diffusion du droit et de la jurisprudence, des programmes de formation des juges et des avocats, la rédaction de lois commerciales, le développement des infrastructures légales et réglementaires dans le domaine de la santé, dans celui des valeurs mobilières, dans le secteur financier ou dans celui de l'octroi des contrats gouvernementaux à des firmes privées pour l'acquisition de biens ou de services (i.e. *procurement*), etc. <sup>1187</sup>

Les études de terrain s'avèrent de première importance afin de poser un diagnostic de la situation d'un système juridique et de ses institutions, qu'il s'agisse du système pris dans son ensemble ou en partie, selon des domaines plus précis du droit. Elles sont souvent

---

<sup>1185</sup> I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p. 19, 91.

<sup>1186</sup> *Ibid.*, p. 18-19, 91-92.

<sup>1187</sup> *Ibid.*, p.16-18, 91-92.

financées directement par la Banque mondiale sans que le pays bénéficiaire n'ait à en faire les frais.<sup>1188</sup>

Dans ce contexte, la Banque mondiale joue souvent un rôle de coordination entre tous les donateurs ou prêteurs qui apportent de l'aide financière au pays en voie de développement, de manière directe ou indirecte. L'exemple d'autres institutions financières internationales ou régionales, ou encore celui d'agences gouvernementales de pays donateurs, comme USAID ou l'ACDI, est cité<sup>1189</sup>. En effet, la multiplicité des sources de financement peut s'avérer problématique :

The multitude of funding sources has not always been a blessing. It has resulted in some instances in bizarre situations in which laws drafted with the assistance of different donors for the same country contain inconsistent legal concepts and terms. A country may receive different pieces of legislation, such as a civil code, or a commercial code, based on very different foreign legal systems depending on the source of funding of the outside experts who prepared them. While, separately, each piece of legislation may be valuable, together they may lack coherence and logic. They may overlap and they may fail to address key issues. The need for coordination among donors in this field is therefore particularly important. While such coordination may best be accomplished by the recipient country, this is not always possible. The presence of a multilateral source of assistance [such as the World Bank] can fill the vacuum.<sup>1190</sup>

Par ce rôle de coordination, on tente d'éviter les duplications en plus d'assurer cohérence et continuité aux projets de réformes entrepris, sans toutefois y parvenir dans tous les cas, comme nous le verrons avec l'exemple congolais.

Ainsi, les sphères d'intervention de la Banque mondiale dans le contexte de la réforme du droit et de ses institutions sont multiples. Elles comportent la dissémination et la diffusion des lois, règlements et décisions judiciaires au sein de la communauté juridique

---

<sup>1188</sup> *Ibid.*, p. 15-16, 92.

<sup>1189</sup> *Ibid.*, p. 19, 26 et 92 (note 10).

<sup>1190</sup> *Ibid.*, p. 28-29.

et de la population, l'amélioration des mécanismes de recouvrement pour les créanciers, la réforme judiciaire proprement dite (c'est-à-dire l'administration de la justice dans toutes ses ramifications), la création de lois favorables à l'investissement direct étranger et, enfin, la coordination de ces divers champs d'action. <sup>1191</sup>

Enfin, la clef du succès de ces réformes dépend largement de leur appropriation par les pays destinataires, de ses gouvernants, juristes, légistes, gens d'affaire, citoyens, ONG et autres représentants de la société civile <sup>1192</sup>. La Banque mondiale est consciente que l'on ne puisse bêtement transplanter des solutions juridiques provenant d'autres pays, voire d'autres systèmes ou traditions, sans tenir compte des particularismes propres à la culture du pays d'accueil. Pour cela, ses usages, coutumes, traditions, doivent être pris en considération, et la médiation entre le droit formel et les usages et coutumes locales doivent bien s'intégrer. Des études préparatoires à tous les niveaux, incluant des études sociologiques, s'avèrent indispensables. De même, les diverses lois modèles émanant d'organisations internationales de la réforme du droit, d'UNIDROIT ou de la CNUDCI, peuvent par exemple être prises comme points de départ, mais doivent être adaptées en fonction des réalités sociopolitiques du pays destinataire. On aura présents à l'esprit tous ces critères lors du choix des consultants ou experts étrangers à qui l'on confiera le soin

---

<sup>1191</sup> *Ibid.*, p. 20-22.

<sup>1192</sup> Ce qui semble de plus en plus reconnu. Voir : S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 708. Déjà, en 1998, les ONG étaient impliquées dans plus de la moitié des projets financés par la Banque mondiale. Voir, par ailleurs, Gary GOODPASTER, « Law Reform in Developing Countries », (2003) 13 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 659, 662, 679-682, 690; Katharina PISTOR, « Launching a Global Rule of Law Movement : Next Steps », (2007) 25 *Berkeley J. Int'l Law* 100, 103-104; Daniel BERKOVITZ, Katharina PISTOR et Jean-François RICHARD, « The Transplant Effect », (2003) 51 *Am. J. Comp. L.* 163.

de piloter les réformes, d'y impliquer des experts locaux lorsque cela s'avère possible, quand elles ne sont pas effectuées directement par le pays destinataire de l'aide <sup>1193</sup>.

Cet examen du mandat de la Banque mondiale dans le contexte des projets visant la « bonne gouvernance » <sup>1194</sup> des pays en voie de développement étant complété, attardons-nous maintenant à sa philosophie quant à la réforme du droit.

### 2.3 la philosophie de la Banque mondiale quant à la réforme du droit

De ce qui précède, on peut être tenté d'affirmer que la conception de l'État de droit, par la Banque mondiale, s'inscrit on ne peut plus dans l'approche traditionnelle occidentale de la notion. C'est en effet, à première vue, cette approche qu'elle tente d'implanter dans les pays qui sollicitent son aide. Bien qu'elle affirme tenir compte des éléments propres à chaque culture d'accueil, c'est néanmoins le paradigme universaliste du droit, le monisme juridique, l'État dans ses rouages et la protection des droits fondamentaux et des intérêts individuels contre celui-ci, qui est promulgué et diffusé à l'échelle planétaire. C'est désormais, depuis bientôt une vingtaine d'années, l'un des piliers de sa stratégie de développement et, bien sûr, comme elle exerce un leadership certain en ce domaine, il est suivi et imité par nombre d'autres acteurs du développement international. Comment pourrait-il en être autrement, alors que la Banque mondiale, de par ses origines et ses statuts constitutifs, est au service de ses pays membres, incidemment des États, et qu'elle déploie son activité dans cette société interétatique, qui en constitue le fondement, main dans la main avec le FMI et l'ONU ?

---

<sup>1193</sup> I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p. 24-26.

<sup>1194</sup> Pour d'autres exemples de projets financés par la Banque mondiale, voir : S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 700-704.



Ainsi, Ibrahim F.I. Shihata n'affirme-t-il pas que « [t]here is ample evidence that the establishment of the rule of law attracts private investment, to the extent that it creates a climate of stability and predictability, where business risks may be rationally assessed, property rights protected and contractual obligations honored »<sup>1195</sup>. De même, le principe de l'État de droit, pour les fins des programmes de gouvernance de la Banque mondiale, est-il envisagé de la manière suivante :

[...] In my book *The World Bank in a Changing World*, Vol. 1, 85 (1991), Chapter 2 (The World Bank and "Governance" Issues in Its Borrowing Members), I defined the rule of law, for the purposes of the World Bank's work on governance issues, as "a system [which] assumes that: a) there is a set of rules which are known in advance, b) such rules are actually in force, c) mechanisms exist to ensure the proper application of the rules and to allow for departure from them as needed according to established procedures, d) conflicts in the application of rules can be resolved through binding decisions of an independent judicial or arbitral body, and e) there are known procedures for amending the rules when they no longer serve their purpose". The "rule of law" is considered to be a precondition for establishing a market economy, a point which has been highlighted for the countries in transition from command to market economies in particular. Its implementation should, however, be seen as an ongoing rather than a completed process, very much dependent on historical and cultural differences.<sup>1196</sup>

Cette conception éminemment pratique et au caractère « neutre », soutient-on<sup>1197</sup>, annonce toute la philosophie qui inspire l'action de la Banque mondiale en matière de réforme du droit, qui est articulée autour de deux axes : la révision des normes législatives et juridiques, d'une part, leur caractère exécutoire, d'autre part. Le système juridique, quant à lui, comprend dans cette perspective trois éléments essentiels : des règles juridiques contraignantes bien formulées, un processus législatif et judiciaire en

<sup>1195</sup> I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p. 5 [référence omise].

<sup>1196</sup> *Ibid.*, p. 5, note 1. Pour un survol des différentes visions de la primauté du droit au sein des diverses organisations internationales, voir: S. J. TOOPE, *loc. cit.*, *supra* note 1175, p. 368-370.

<sup>1197</sup> S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 696: « *As will be explained below, the governance related rule of law aspect in the Bank's development assistance has been defined for Bank purposes in a fairly value neutral way. Where values are embedded in the Bank's rule of law notion, they are broad, leaving ample choices for countries without being at risk to lose Bank support* » [nos non-italiques].

permettant l'énonciation et l'interprétation et, enfin, des institutions publiques constituées de gens compétents, capables d'y donner vie. Considéré de la sorte, le droit a pour fonction d'assurer non seulement la cohésion sociale et la préservation des valeurs d'une société donnée, mais il peut au surplus se faire le moteur du changement social et du développement durable. C'est donc l'institution juridique dans sa conception positiviste classique qui est ainsi au cœur des programmes de la Banque mondiale, qui lui confère une fonction organisatrice et structurante.<sup>1198</sup>

Enfin, la Banque mondiale, tout en se montrant sensible à l'importance d'adapter tout projet de réforme à la culture du pays destinataire, ne s'inscrit pas moins dans une tendance unificatrice et universaliste du droit, le développement des pays émergents n'y échappant pas :

The [legislative and regulatory] reform, which is a precondition for private sector development, would greatly benefit from comparative experience in other countries and should keep abreast of developments in legal science and the constant attempts towards harmonization and unification of law, on the regional and universal levels.

[...]

The Bank's experience confirms that the family of legal systems to which a country belongs does not necessarily suggest a specific methodology to be followed in identifying problems in the administration of justice or in developing solutions to these problems. Whether the country follows Roman Civil Law traditions, Common Law, Islamic Shari'a or another legal system, the steps to be followed do not have to be different.<sup>1199</sup>

[Notre soulignement]

Non seulement faut-il tenir compte, en autant que cela soit possible, des efforts d'harmonisation et d'unification du droit dans le cadre des projets de développement,

<sup>1198</sup> I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p. 6-7, 9-11, 31-33, 55-59; S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 695-704.

<sup>1199</sup> I. F.I. SHIHATA, *op. cit.*, *supra* note 1174, p. 60 et 94. Cela rejoint la conclusion de R. SARKAR, *op. cit.*, *supra* note 1073, p. 21-22, dont nous avons déjà discuté, *supra*, note 1131.

mais en plus la méthode pour y procéder demeure essentiellement la même d'une culture à l'autre, parce qu'ultimement, la fonction du droit sera identique, quel que soit le réservoir de concepts sur lequel il repose <sup>1200</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'approche de la Banque mondiale concernant l'État de droit est plus complexe et évolutive qu'il n'y paraît à première vue. Assurément pragmatique, elle est d'abord et avant tout destinée à faire progresser la situation économique du pays destinataire. Cette conception n'a pas pour objet de directement promouvoir le respect des droits fondamentaux de l'homme, la Banque ne pourrait être contrainte de ce faire. Cependant, bien qu'elle soit tenue de respecter certaines décisions du Conseil de sécurité de l'ONU, la Banque s'est dotée de lignes directrices dans la gestion de son aide financière, de telle sorte que le respect et la promotion des droits humains puissent à tout le moins indirectement en bénéficier. Des initiatives visant à endiguer la dette publique des pays les plus pauvres, d'autres ayant trait à l'éducation, la santé, la nutrition et aux populations, à la protection de l'environnement, au rôle des femmes dans le développement, à la situation des peuples autochtones déplacés par certains projets d'infrastructures financés par la Banque, au travail des enfants, à la libéralisation des investissements et du commerce, à la réduction des coûts d'ajustement, à la culture et à la préservation du patrimoine, à la diffusion de l'information et du savoir, à la bonne gouvernance, sont autant de domaines où la Banque contribue, en rehaussant les

---

<sup>1200</sup> Pour une illustration du rôle de la Banque mondiale et de son influence dans le contexte de l'harmonisation des lois et de l'émergence de nouvelles normes transnationales, lire Andres RIGO, « Law Harmonization Resulting from the Policies of International Financial Institutions : The Case of the World Bank », dans Louis PERRET, Alain-François BISSON et Nicola MARIANI, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuralisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 337.

standards dans les pays en voie de développement par les conditions auxquelles son aide est assujettie, à une meilleure protection des droits fondamentaux <sup>1201</sup>.

Mais au-delà de ces initiatives, c'est la méthode de la Banque mondiale qui a profondément évolué au cours des années 1990 et jusqu'à nos jours dans la gestion de ses programmes d'aides. En cela, dans le cadre d'une politique dialogique avec ses pays emprunteurs (i.e. *policy dialogue with its borrowers*), la Banque mondiale a mis sur pied deux outils, que sont les *Country Assistance Strategy* (CAS) et *Comprehensive Development Framework* (CDF). Ces deux outils servent à établir « sur mesure », de concert avec les pays emprunteurs, la stratégie de développement qui sera déployée, l'identification des réformes, l'établissement d'un ordre de priorités et d'un échéancier et, enfin, la continuelle réévaluation des objectifs au cours de l'évolution des travaux. On parle donc ici, particulièrement dans le cas des CDF, d'une approche « holistique » au développement, car les divers secteurs de réformes doivent être envisagés comme un tout <sup>1202</sup>. En somme, cette approche particulière au développement et ses voies d'avenir se résument comme suit :

The Bank's concept may, in a nutshell, be referred to as including formal (or content/value-neutral) aspects (i.e. the formal parts of the trio of consistent and unambiguous rules, similar processes for rule-making, rule-application, and rule-enforcement, and strong institutions ensuring rule applications, and rule-enforcement), and material (or substantive or content/value loaded) aspects (i.e. the focus on market-friendly, socially considerate, justice oriented, environmentally sustainable and culturally sensitive rules both in legal, institutional governance focused reform, and as components of other project-and-non-project lending).

[...] The Bank's *rule of law* notion pays special respect to the law as a cultural phenomenon. It recognizes that law is value-oriented and that values may differ from country to country and over time [...].

---

<sup>1201</sup> S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 704-716.

<sup>1202</sup> *Ibid.*, p. 716-721.

The Bank promotes the rule of law in its own way. Its notion of the *rule of law* is constantly evolving. There is certainly much room for further expansion, be it in the human rights area or the rules and institution building area. [...]

It may be noted that, both from a formal and substantive point of view, the future evolution of the Bank's *rule of law* notion may actually mean a narrowing down of concepts as a result of experience with medicines for development so that one may see a trend of convergence, similar (but not the same) to the one the world could witness with the modern Western *rule of law* models, outlining more systems as incompatible with it and being more specific in what features and systems it favors, while maturing as developmental concept.<sup>1203</sup>

[Notre soulignement]

L'État de droit, porteur de valeurs, fondement de l'organisation en société. Expérience évolutive et dont la maturation pourra nous indiquer quelles en sont les limites et si, dans certains cas, des systèmes s'avèrent tout simplement incompatibles avec les préceptes que l'on tente d'implanter. Dans cette foulée, notons l'évolution de la Banque mondiale concernant la conception de la primauté du droit telle que préconisée par le successeur d'Ibrahim Shihata, Ko-Yung Tung, d'une conception legaliste ou technique pour passer à une vision fondée sur les *valeurs* s'articulant autour de quatre idées: (i) le gouvernement lui-même est lié par le droit; (ii) chacun est égal devant la loi; (iii) la justice est accessible à tous; (iv) la dignité de chacun est reconnue et protégée par le droit. Pourquoi cette évolution? Parce que les règles et les lois ne sont pas neutres, elles ont leur bagage culturel et il faut y intégrer la reconnaissance de la dignité humaine.<sup>1204</sup>

Après avoir exposé les fondements de l'État de droit et les critiques dont il fait l'objet, après avoir énoncé les balises du droit du développement et les actions concrètes qui sont entreprises par les institutions financières internationales à cet égard, principalement sous

<sup>1203</sup> *Ibid.*, p. 722-725 (références omises, sauf le texte de la note 120).

<sup>1204</sup> Ko-Yung TUNG, « Shaping Globalisation: The Role of Human Rights – Comment on the Grotius Lecture by Mary Robinson » (2003-2004) 19 *Am. U. Int'l L. Rev.* 27. Voir aussi: BANQUE MONDIALE, Vice-présidence juridique, *Initiatives de réforme juridique et judiciaire*, document de travail no LEG-25082 (11 novembre 2004), en ligne: <http://go.worldbank.org/6F02998Y02> (consulté le 8 juillet 2008).

l'égide de la Banque mondiale, tournons maintenant notre regard vers les économistes afin de conclure cette première partie de chapitre et d'entrevoir les explications à l'État de droit comme fondement de l'économie de marché, le droit des sûretés en étant l'un des maillons importants.

### C. L'État de droit, l'économie et le droit des sûretés « à l'occidentale »

Est-il vraiment établi, désormais, que l'État de droit s'avère être le fondement de l'économie de marché ? [1] C'est la question à laquelle plusieurs chercheurs tentent de répondre depuis un moment déjà, du moins dans le contexte des projets de réformes promulgués en droit du développement. Si tant est que ce soit le cas, l'une des institutions s'inscrivant dans cette foulée, du point de vue commercial, est sans aucun doute celle du droit des sûretés [2].

#### 1. L'État de droit, fondement de l'économie ?

Alors qu'il y a une vingtaine d'années à peine, les questions entourant l'État de droit ou le *Rule of Law* n'étaient d'intérêt pratiquement que pour les constitutionnalistes, elles passionnent désormais une communauté beaucoup plus large, dont les économistes et les politologues<sup>1205</sup>, à tel point que l'on n'hésite plus à parler de l'avènement d'un mouvement international en sa faveur (i.e. *international rule of law movement*)<sup>1206</sup>.

---

<sup>1205</sup> Lire, à ce sujet, l'excellent dossier présenté dans le magazine *The Economist*, intitulé « Economics and the rule of law : Order in the jungle », *The Economist*, 13 mars 2008, en ligne : [http://www.economist.com/finance/PrinterFriendly.cfm?story\\_id=10849115](http://www.economist.com/finance/PrinterFriendly.cfm?story_id=10849115) (consulté le 5 juillet 2008).

<sup>1206</sup> Voir : H. R. CLINTON, *loc. cit.*, *supra* note 1063, p. 93. C'est d'ailleurs le constat qui est formulé au début de la plupart des analyses contemporaines traitant de ce sujet. Participe de ce mouvement l'*American Bar Association*, qui a mis sur pied la *Rule of Law Initiative* (« **ROLI** »). Voir : AMERICAN BAR ASSOCIATION, *ABA Rule of Law Initiative*, en ligne : <http://www.abanet.org/rol/> (consulté le 10 août 2008). Principalement financée par USAID, le département d'État et le ministère de la Justice américains, la ROLI de l'ABA, un projet lancé dans les années 90, mène des

Cela étant, ce regain d'intérêt suscite son lot d'énigmes, dont la plus importante se poserait comme suit : « [...] *l'État de droit est-il une condition ou un résultat du développement ?* »<sup>1207</sup> Considérée un cran plus loin, on pourrait se demander s'il s'agit d'un préalable à la création de richesse ou s'il faut, au contraire, qu'une société ait atteint un certain niveau de développement économique pour envisager sérieusement l'implantation d'un régime de droit solide et cohérent.

L'histoire et l'économie classique démontrent qu'à long terme, la présence d'institutions fortes au sein d'une société est génératrice de richesse<sup>1208</sup>. Qu'en est-il dans une

---

projets de réforme juridique dans plus de quarante pays. Ses sujets d'expertise technique sont les suivants : « *anti-corruption, Criminal Law Reform and Human Trafficking, Gender Issues, Human Rights and Conflict Mitigation, Judicial Reform, Legal Education Reform, Legal Profession Reform* ». Pour la ROLI, la promotion de la primauté du droit est, à long terme, l'outil le plus efficace contre les problèmes de la communauté mondiale que sont la pauvreté, les conflits ou la stagnation économique. Les États qui ne sont pas de droit ne parviennent pas à subvenir aux besoins les plus fondamentaux de leur population. Dans cette pauvreté, comment développer une sécurité physique, de la justice et des occasions économiques? La ROLI a cinq principes de base : (1) une approche consultative à l'aide technique fournie selon les besoins des partenaires locaux; (2) une approche comparative, le système américain n'étant que l'un des modèles sur lesquels on puisse se fonder; (3) l'assistance technique est neutre et apolitique; (4) la construction de la capacité locale par les institutions, gouvernementales et non gouvernementales; (5) offrir un « leadership de l'esprit » grâce à 17 ans d'expérience et au savoir-faire de ses 413 000 membres. Le travail de terrain effectué par le ROLI est analysé par leur « *Research and Program Development Office* » qui a mis au point une série d'index qui permettent d'évaluer les besoins législatifs et les résultats. À ce jour, les outils développés sont : « *Judicial Reform Index, Legal Profession Reform Index, Prosecutorial Reform Index, Legal Education Reform Index, Human Trafficking Assessment Tool, International Covenant on Civil & Political Rights Legal Index, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women Assessment Tool* ».

<sup>1207</sup> J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 341. Il ajoute, à la p. 342 : « [...] *il faut reconnaître qu'il existe une corrélation certaine entre l'état économique, social et culturel d'un pays et l'État de droit* ». Voir aussi : Daniel M. KLERMAN, « Legal Infrastructure, Judicial Independence, and Economic Development », (2006) *Pac. McGeo. Glob. Bus. & Dev. L. J.* 437.

<sup>1208</sup> C'est ce que nous avons tenté de relever en insistant, au début de ce chapitre, sur l'évolution historique de la notion d'État de droit, que démontre avec brio l'ouvrage de J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062. C'est aussi ce que soutiennent de nombreux auteurs : S. SCHLEMMER-SCHULTE, *loc. cit.*, *supra* note 1111, p. 677-690; Richard E. MESSICK, « Judicial Reform of Economic Development : A Survey of the Issues », (1999) 14 *The World Bank Research Observer* 117, en ligne : <http://sitesources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/ResearchObserverPaper.pdf> (consulté le 28 juin 2008). Dans le domaine de l'économie classique, voir: Adam SMITH, *The Wealth of Nations*, Everyman's Library, 1991; J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, *supra* note 1106, en particulier aux p. 108-109, 121,130-131, 209, 227-231, 254, 259, 263-265, 293-297, 304, 307,

perspective de réformes à plus court terme ? Comment mesurer l'impact des initiatives mises de l'avant par les gouvernements, ONG et institutions financières internationales ? De quelle façon s'assurer d'en tirer les leçons qui s'imposent afin de toujours raffiner les modes d'interventions et en faire une meilleure promotion ?

Il s'est trouvé des objecteurs de conscience à ce chapitre même chez les défenseurs de l'État de droit. À l'inverse des « institutionnalistes »<sup>1209</sup> pour qui l'équation du développement et de l'État de droit ne fait pas de doute, certains ont suggéré qu'en vérité, dans les faits, les institutions financières internationales ne pouvaient prétendre savoir ce qu'elles faisaient, car ne disposant pas d'étalons de mesures permettant de vérifier

---

345-351, 392-393, où cet économiste explique quelles sont les conditions nécessaires à la mise en place d'une économie de marché. Ainsi, la « main invisible » d'Adam Smith ne fonctionnerait-elle pas parfaitement, notamment au niveau de la dissémination de l'information entre les différents agents du marché, sans la présence et le soutien des institutions et infrastructures nécessaires à son déploiement, avec au premier chef celle de l'État, de lois favorisant le respect des contrats, du droit de propriété, et d'un système judiciaire efficace. Les études économiques démontreraient ainsi à quelles conditions les théories d'Adam Smith fonctionneraient en pratique, de même que celles de Ronald Coase et de son fameux théorème à l'effet que des droits de propriété clairement définis sont essentiels pour l'efficacité d'une économie, les moins compétents devant les céder à ceux qui le sont davantage qui, eux, peuvent les gérer à moindres coûts pour le bénéfice de tous (argument qui aurait par ailleurs été utilisé pour favoriser une privatisation à tout crin dans plusieurs pays en voie de développement et désengager totalement l'État de ce champ, sans que les mécanismes nécessaires au respect de ces droits privés soient en place, dont l'État de droit au premier chef). L'on ne saurait alors parler de « laisser-faire ». Enfin, toute réforme ou évolution de l'économie prend du temps et il faudrait en tenir compte : historiquement, c'est avec l'apparition des classes moyennes que les réformes furent exigées des citoyens eux-mêmes et que l'État de droit put se développer. Sur le théorème de Coase, voir : Ronald H. COASE, « The problem of social cost », (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1; voir aussi l'analyse et les commentaires de Ejan MACKAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz/Thémis, 2008, p. 182-205; quant à la propriété et aux droits réels, voir les p. 206-263 du même ouvrage. La propriété consiste à gérer un phénomène de rareté qui évolue avec le temps. L'individualisation de ce droit, sur la tête d'une ou de plusieurs personnes (ou le fait que certaines choses demeurent hors commerce parce que *res communes* ou *res publica*), permet de maximiser les bénéfices que la société dans son ensemble en retirera et de favoriser, dans le meilleur des scénarii, la dignité humaine. Que la propriété apparaisse par la coutume et soit éventuellement consacrée et protégée par l'État, voilà ce qui est décrit comme l'évolution ultime permettant à l'économie de marché de se développer et de se fortifier.

<sup>1209</sup> Voir : Douglass NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; voir aussi: E. MACKAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, *supra* note 1062, n° 764, p. 208; K. BOUDREAUX et P. DRAGOS ALIGICA, *op. cit.*, *supra* note 1142, p. 27-51, concernant l'institution du droit de propriété et son impact sur le développement économique et social.



l'impact des réformes entreprises. Citant au soutien de cette incertitude les exemples de la Chine <sup>1210</sup> et de la Russie <sup>1211</sup> à titre de démonstrations de croissance sans la présence

---

<sup>1210</sup> Voir : Katharina PISTOR et Chenggang XU, « Addressing Deterrence and Regulatory Failure in Emerging Stock Markets », (2004) *Berkeley Electronic press*, en ligne : <http://law.bepress.com/alea/14th/art77> (consulté le 9 juillet 2008). Les auteurs s'appuient sur plusieurs études pour conclure que les difficultés d'exécution des jugements et les faiblesses des autorités réglementaires sont généralement des indicateurs des faiblesses d'un marché donné, voire de son effondrement. Pour généralement vérifiée qu'elle soit, cette théorie se heurte cependant au fait chinois, car la performance économique de la Chine est bien meilleure que celle que lui auraient prédit les indices habituels: en effet, les systèmes juridique et judiciaires chinois du début des années 90 étaient très faibles. Pour les auteurs, ces résultats s'expliquent par ce que la Chine a mis en place des mécanismes de gouvernance « administrative » qui servent d'équivalents fonctionnels aux mécanismes d'exécution des lois « occidentaux ». Il existe une espèce de système de quota où les entreprises enregistrées se font compétition pour avoir accès aux ressources de l'État. D'ailleurs, le marché chinois a d'abord été créé pour financer les activités des entreprises de l'État, avant de s'ouvrir aux compagnies « privées », mais il n'en demeure pas moins que 80% des compagnies cotées à la bourse de Shanghai sont contrôlées par l'État. Certains économistes ont utilisé le cas de la Chine comme contre-pied à la thèse voulant que les institutions juridiques formelles aient un impact important sur la croissance économiques, mais les auteurs ne sont pas de cet avis. D'abord, ce raisonnement ne tient aucunement compte du faible PIB chinois, le PIB étant un fort indicateur du développement des marchés financiers. Par ailleurs, si la structure de gouvernance administrative qui prévaut en Chine peut être efficace (et force est d'admettre qu'elle l'est) pour démarrer une économie (car elle aplanit certaines des difficultés traditionnelles et crée l'équivalent de mesures réglementaires de base), elle n'est pas viable à long terme. Choisir les compagnies qui sont sur le marché peut être une façon de mettre en place des conditions gagnantes (ou, à tout le moins, un système de vérification *ex ante*), mais l'absence de surveillance de ces compagnies une fois qu'elles sont implantées sur le marché est le gage d'une crise.

<sup>1211</sup> Voir, notamment, David R. ANDREWS, « International Rule of Law Symposium : Introductory Essay », (2007) 25 *Berkeley J. of Int'l Law* 1, 3; Kathryn HENDLEY, « Rewriting the Rules of the Game in Russia: The Neglected Issue of the Demand for Law », (1999) 8 *E. Eur. Const. Rev.* 89, en particulier aux p. 91, 93 et 94. D'après cette auteure, les réformes juridiques entreprises en Russie l'ont été sur l'idée qu'offrir des lois « de qualité » suffirait à les faire adopter par les acteurs. Cette conception était erronée et une dizaine d'année après l'amorce de ces réformes aux standards élevés sur papier, il appert qu'elles sont généralement ignorées. Il est vrai que certains acteurs utilisent le nouveau système, mais l'imposition de ce système par l'État sans égard aux besoins des acteurs n'a aucunement écarté la méfiance généralisée laissée par l'héritage soviétique. K. Hendley attribue la première erreur de la réforme à une ignorance de l'histoire, les conseillers, généralement occidentaux, ayant présidé aux travaux d'élaboration des nouvelles lois étant davantage intéressés par l'atteinte d'une perfection technique que par l'implantation d'un système plus transitionnel. Mais ce n'est pas le seul facteur en jeu. Les échecs de la réforme ont également leur rôle à jouer dans la perception du nouveau système. En effet, il demeure très difficile de faire exécuter les jugements obtenus, non pas tant à cause d'une absence de ressources, mais plutôt en raison de la piètre condition économique des compagnies russes, souvent insolubles. Si l'État ne paie pas ses taxes, pourquoi les compagnies le feraient-elles? Le peu de légitimité de l'État russe est un autre facteur: manipulation des lois et exemptions de faveurs minent la confiance dans le système. Quoi qu'il en soit, K. Hendley croit qu'une amélioration du système russe passe d'abord par la compréhension des besoins de ses acteurs, autrement dit, de la demande. Elle identifie l'exécution des lois comme le premier besoin. Voir aussi : Katharina PISTOR, « Supply and Demand for Law in Russia », (1999) 8 *E. Eur. Const. Rev.* 105. Ainsi, la juxtaposition des cas chinois et russe, où la croissance de la Chine s'avère bien supérieure à celle de la Russie qui a

d'un véritable État de droit, on ajoutait du même souffle que ce problème de connaissance avait plusieurs sources. On dénombre ainsi la complexité théorique et pratique du concept de la primauté du droit, la variété des systèmes juridiques rendant plus difficile la compréhension des réformes qui s'avèrent nécessaires, le caractère évolutif et tourné vers l'avenir des agents de développement international qui ne sont pas préoccupés par l'accumulation de données permettant d'évaluer les efforts de réformes, un intérêt encore peu affirmé des facultés de droit et de science politique pour le sujet et, enfin, le manque de temps et d'intérêt des juristes oeuvrant en développement international pour la recherche empirique.<sup>1212</sup>

D'autres ont suggéré que, devant ce problème de connaissance et l'immensité de la tâche à accomplir, mieux valait se concentrer sur des réformes institutionnelles ciblées, privilégiant la stabilité contractuelle et la propriété par l'établissement de règles efficaces (donc exécutoires) à ce chapitre.<sup>1213</sup>

---

pourtant adopté des lois modèles, demeure une énigme. Cela s'expliquerait dans la mesure où les investisseurs se sentent mieux protégés en Chine, car les investisseurs cherchent le profit et non le respect des droits de l'homme. L'absence de primauté du droit n'empêchera pas nécessairement l'investissement, mais elle lui donnera une autre forme. Voir : Katharina PISTOR, « Advancing the Rule of Law: Report on the International Rule of Law Symposium Convened by the American Bar Association November 9-10, 2005 », (2007) 25 *Berkeley J. of Int'l L.* 100.

<sup>1212</sup> T. CAROTHERS, *op. cit.*, *supra* note 1133. Voir aussi, dans une perspective plus canadienne concernant l'ACDI, le texte de S. J. TOOPE, *op. cit.*, *supra* note 1175.

<sup>1213</sup> Voir : Richard A. POSNER, « Creating a Legal Framework for Economic Development », (1998) 13 *The World Bank Research Observer* 1, en particulier à la p. 3: « *Unfortunately, there may be a chicken and egg problem: a poor country may not be able to afford a good legal system, but without a good legal system it may never become rich enough to afford such a system. [...] Economic reform is thus important both on the demand and supply side: to stimulate the former and to generate the resources necessary for the latter. But this problem must not be exaggerated. [...] [E]conomic progress is possible without much – perhaps without any – law. As a country becomes more prosperous, it will have additional resources for improving its legal system. Given the risk that too heavy an initial investment in legal reform could deprive the productive economy of necessary resources and thus stifle legal and economic reforms, the prudent choice is to defer legal projects that are costly and ambitious and instead begin modestly.* » La façon de procéder serait alors de privilégier plusieurs mesures visant l'amélioration à court terme des institutions déjà

Ces questionnements forcèrent les divers acteurs du domaine à se pencher sérieusement sur l'évaluation des projets de réformes afin de pouvoir en tirer les leçons qui s'imposent et, partant, améliorer les modes d'actions et d'interventions <sup>1214</sup>. Désormais, la Banque mondiale a mis sur pied le « Worldwide Governance Indicators project » que l'on décrit comme suit :

Now, the Worldwide Governance Indicators Project – “one of the best kept secrets at the World Bank”, believes Gordon Johnson, a grand old man of aid-giving – is the state of the art. It gathers data on more than 60 indicators (the extent of crime, the quality of police, judicial independence and so on) to create rule-of-law and governance measures for virtually every country in the world. Aggregating like this (and being honest about the margin of error), says Mr. [Daniel] Kaufmann, is far from perfect, but is a decent approximation.

These measures confirm what is clear anyway: some countries have been able to improve their legal framework even in a short time. In 2000 Mikhail Saakashvili, then Georgia's minister of justice, sacked for two-thirds of his country's judges for failing to pass an exam. Four years later as president, he fired all the country's traffic police. Georgia's World Bank rule-of law score rose from nine out of 100 in 2002 (in the bottom 10 %) to 33 at the end of 2006 – low, but better. Central European and Baltic countries are doing better still: the radical legal changes required by membership of [European Union] improved their economies as well as

---

en place. Il faut donc créer des règles efficaces pour des institutions qui ne le sont pas et, éventuellement, transformer de l'intérieur ces institutions. Favoriser la réception de lois modèles étrangères, tout en tenant compte de la culture d'accueil, peut être une voie à envisager. Enfin, tout en indiquant que la réforme du droit est un pas important à franchir pour les pays en voie de développement, Posner conclut son article en affirmant, à la p. 9 : « [...] *the focus of such reform should be on creating substantive and procedurally efficient rules of contract and property rather than on creating a first-class judiciary or an extensive system of civil liberties* ». Comme nous le verrons dans la seconde partie de ce chapitre dans notre étude des cas égyptien et congolais, cette prescription doit être suivie si l'on veut aboutir à quelque chose qui produise certains résultats. Encore que cela ne se vérifie pas toujours. Voir enfin : G. GOODPASTER, *loc. cit.*, *supra* note 1192, p. 684-693.

<sup>1214</sup> Voir, notamment : Katharina PISTOR, « Law Enforcement: Suggestions for Future Research », texte d'une allocution présentée à la troisième conférence annuelle sur le développement (décembre 2001, Rio de Janeiro), en ligne : [www.eudnet.net/download/pistor\\_Rio-GDN.PDF](http://www.eudnet.net/download/pistor_Rio-GDN.PDF) (consulté le 9 juillet 2008). Pour cette auteure, il s'agit de vérifier le degré d'applicabilité de la loi pour mesurer le succès des projets de réformes. Les travaux de recherche sur l'applicabilité du droit ont abordé la question sous deux angles, qui ne sont pas nécessairement toujours faciles à dissocier. D'abord: les institutions sont-elles capables –et ont-elles la volonté– de régler des différends entre des parties privées à l'aide du droit ? Ensuite, l'État est-il gouverné par la primauté du droit ? Autrement dit, est-ce le droit qui balise les institutions étatiques ? Dans un cas comme dans l'autre, il y a de la place pour l'amélioration des indicateurs et des outils. K. Pistor suggère quatre pistes de recherche qui pourraient devenir autant d'indicateurs de l'applicabilité des lois dans un État donné, à savoir : la comptabilité et la responsabilité de l'État par rapport à son budget, les impôts, l'indépendance judiciaire, et la protection des droits de propriété.

their judicial systems. In general, the measures suggest, bold reforms work better than gradual ones.<sup>1215</sup>

En ce qui a trait à l'État de droit, on tente de mesurer le degré de confiance des divers agents de la société et leur acceptation des règles de droit, qui se vérifie par la perception de l'incidence des crimes violents et non-violents, l'efficacité et la prévisibilité du système judiciaire et, enfin, le caractère exécutoire des contrats. Quant à l'ensemble des critères permettant de mesurer l'état de la gouvernance dans un pays donné, le développement serait considéré à l'aune des trois suivants : le PNB per capita, le taux de mortalité infantile et le taux d'analphabétisme chez les adultes. Des études récentes concluraient qu'une amélioration des institutions contribue à augmenter la richesse, à diminuer les taux de mortalité infantile et d'analphabétisme<sup>1216</sup>. Cependant, cette perspective « institutionnaliste » du développement ne doit pas être perçue comme étant une panacée. Bien que l'on dispose maintenant de données plus précises au sujet des expériences de développement, de nombreuses questions demeurent toujours sans réponse. En effet, de quelles institutions parle-t-on, et quelles sont celles qui se révèlent les plus importantes dans une perspective de développement ? Doit-on intégrer les aspects coutumiers aux institutions plus officielles ? Quel est le rôle véritable des

---

<sup>1215</sup> *The Economist*, « Economics and the rule of law : Order in the jungle », *supra* note 1205.

<sup>1216</sup> Dani RODRIK, Arving SUBRAMANIAN et Francesco TREBBI, « Institutions Rule: The Primacy of Institutions Over Geography and Integration in Economic Development », (novembre 2002), document de travail du FMI no02/189, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=880291> (consulté le 9 juillet 2008), également publiée sous la référence suivante : (2004) 9 *J. Econ. Growth* 141. Voir aussi : Daniel BERKOWITZ, Johannes MOENIUS et Katharina PISTOR, « Legal Institutions and International Trade Flows », (2004-2005) 26 *Mich. J. Int'l L.* 163. Sur le rôle des institutions, lire Dani RODRIK, « Getting Institutions Right » (avril 2004), en ligne : [http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/ifo-institutions%20article%20April%202004\\_.pdf](http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/ifo-institutions%20article%20April%202004_.pdf) (consulté le 9 juillet 2008).

institutions juridiques dans le développement ?<sup>1217</sup> Comment procéder à la transformation de ces institutions ? La situation actuelle commanderait le constat suivant :

But as a generalisation, the efforts of the past few years have thrown up mixed messages. They suggest the rule of law can be improved sharply; the rule-of-law reform is at root a political not a technical undertaking; and that it is linked to growth, if weakly in the short term. But they do not really bear out the assertion that the rule of law is an underlying prerequisite for growth. Rather, the more economists find out about the rule of law, the more desirable it seems – and the more problematic as a universal economic guide.<sup>1218</sup>

Ce qui est néanmoins généralement admis, comme nous l'avons vu plus tôt, c'est l'équation entre le développement et la présence d'institutions fortes à plus long terme, à défaut d'avoir un consensus quant au lien entre des réformes institutionnelles et le développement à plus court terme<sup>1219</sup>. Quoi qu'il en soit, il est des vues qui jugent que l'État de droit et la réforme menant à son implantation est désirable en elle-même, et ce, au-delà de la question de savoir si c'est économiquement bon ou non<sup>1220</sup>.

<sup>1217</sup> Voir, à ce sujet, M. TREBILCOCK, *loc. cit.*, *supra* note 1148, p. 194-198. Voir également: Michael J. TREBILCOCK and Ronald J. DANIELS, *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*, Londres, Edward Elgar, 2008.

<sup>1218</sup> THE ECONOMIST, *loc. cit.*, *supra* note 1205.

<sup>1219</sup> Voir de plus, à cet égard, S. J. TOOPE, *loc. cit.*, *supra* note 1175, p. 381 : « *Because successful engagement in legal and judicial reform requires time, one should only consider major projects after experience is gained working on modest initiatives in the sector* ».

<sup>1220</sup> Voir : Amartya SEN, « What is the role of legal and judicial reform in the development process ? », en ligne : <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/legalandjudicial.pdf> (consulté le 9 juillet 2008) (texte également publié sous la référence suivante : (2006) 2 *The World Bank Legal Review* 33. Nous sommes d'accords avec cette vision, qui affirme : « [...] [E]ven if development were not to contribute one iota to economic development (I am not saying that is the case, but even if this were, counterfactually, true), even the legal and judicial reform would be a critical part of the development process. The notion of development cannot be conceptually delinked from legal and judicial arrangements. [...] The basic claim is this. Legal development – to stick to that example first – is not just about what the law is and what the judicial system formally accepts and asserts. Legal development must, constitutively, take note of the enhancement of people's capability – their freedom – to exercise the rights and entitlements that we associate with legal progress. Given this need for conceptual integrity (in this case, the need to see legal development not just in terms of legislation and laws but in terms of effective freedom

L'État de droit, dans ce contexte où l'on privilégie la stabilité contractuelle et le droit de propriété, émergerait des réformes entourant le droit commercial, en considérant de façon toute particulière la réforme du droit des sûretés.

## 2. De l'émergence de l'État de droit par la réforme du droit commercial, en particulier du droit des sûretés

Le droit commercial implique de nombreuses ramifications mais ne serait rien sans l'articulation d'un droit de propriété clair et respecté. Nous sommes maintenant en mesure de considérer un aspect plus spécifique de la réforme du droit menant à l'État de droit ou y participant. Il s'agit de l'institution du droit de propriété et de l'un de ses dérivés, le droit des sûretés. Plusieurs études tendent à démontrer que le droit de propriété, lorsqu'accessible et sécurisé (ou reconnu) en faveur du plus grand nombre, favorise la réduction de la pauvreté et stimule la croissance économique <sup>1221</sup>. Au-delà de ces éléments, le droit de propriété est considéré comme un droit humain fondamental <sup>1222</sup>. Il serait même, historiquement, un préalable à l'essor de l'ensemble des autres droits fondamentaux, qui vont de pair avec son évolution, ainsi qu'à celui d'un développement

---

*and capabilities), all the instruments that causally influence these freedoms must be taken into account in assessing what progress is being made in enhancing the development of a successful legal and judicial system ».*

<sup>1221</sup> K. BOUDREAUX et P. DRAGOS ALIGICA, *op. cit.*, *supra* note 1148, p. 31; Klaus DEININGER, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction*, Oxford University Press et Banque mondiale, 2003, en ligne : <http://go.worldbank.org/T9WPA67D50> (consulté le 10 août 2008); WORLD BANK, *Finance for All – Policies and Pitfalls in Expanding Access*, Washington DC, Banque mondiale, 2008, en ligne : [www.worldbank.org/financeforall](http://www.worldbank.org/financeforall) (consulté le 10 août 2008) [« **Finance for All** »]. Voir enfin, au plan de la logique économique de l'institution du droit de propriété et d'une définition téléologique, E. MACKAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, *supra* note 1208, n<sup>os</sup> 760-761, p. 207 : « *La propriété consiste essentiellement à attribuer à une seule personne ou à un groupe de personnes le pouvoir de décision sur la façon d'utiliser une ressource, ainsi que les gains ou pertes qui en résultent. La ressource sujette à une forme de propriété est alors retirée de la libre accessibilité; elle est réservée au(x) propriétaire(s) et ne peut plus être utilisée par tout un chacun comme bon lui semble. Il est paradoxal que le fait de retirer une ressource de la libre accessibilité finisse par la rendre davantage disponible pour l'ensemble de la communauté [...]* ».

<sup>1222</sup> Voir notre note discussion, *supra*, note 1061.

durable <sup>1223</sup>, de même qu'un rempart contre la tyrannie d'un État tout puissant qui serait propriétaire de la majorité des terres et des biens d'une société donnée. En effet, la fragmentation de la propriété entre plusieurs individus, seuls ou regroupés autour d'une organisation communautaire ou commerciale, permet d'atteindre un équilibre entre tous les intérêts divergents et de favoriser le respect des libertés individuelles <sup>1224</sup>.

Cela étant, une proportion significative des habitants de plusieurs pays en voie de développement n'a pas accès à la propriété. Ce serait un facteur contribuant à la pauvreté systémique et endémique que l'on y retrouve <sup>1225</sup>. Cela est très souvent, aussi, générateur de tensions sociales importantes, quand il ne s'agit pas carrément de violences <sup>1226</sup>. Au surplus, on ne reconnaît pas à des segments traditionnellement plus vulnérables de ces populations le droit à la propriété. Mentionnons, au premier chef, les femmes, les peuples autochtones et les populations migratoires <sup>1227</sup>. Or, plus ces groupes vulnérables,

---

<sup>1223</sup> Voir : Ashraf GHANI, dir., « Empowering the Poor Through Property Rights », dans UN Commission on Legal Empowerment of the Poor, Madeleine ALBRIGHT et Hernando de SOTO, dir., *Making the Law Work for Everyone*, vol. 2, juin 2008, en ligne : [www.undp.org/legalempowerment/reports/concept2action.html](http://www.undp.org/legalempowerment/reports/concept2action.html) (consulté le 9 juillet 2008), p. 64.

<sup>1224</sup> K. BOUDREAUX et P. DRAGOS ALIGICA, *op. cit.*, *supra* note 1142, p. 52; Friedrich August HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944, p. 103-104.

<sup>1225</sup> A. GHANI, *loc. cit.*, *supra* note 1223, p. 64, 76-80.

<sup>1226</sup> On pense aux populations des régions rurales de plusieurs pays en voie de développement, souvent appelées « gens-sans-terre », qui ne détiennent même pas le titre de propriété des terres qu'ils cultivent néanmoins dans une agriculture de subsistance. Ces populations sont intimidées physiquement par les véritables propriétaires (ou ceux qui allèguent l'être), allant jusqu'à parler, dans ces cas, de véritables mouvements de guérillas; dans certains cas, les terres dans ces régions n'appartiennent à personne. Les exemples de l'Inde et du Brésil viennent à l'esprit. Voir : A. GHANI, *op. cit.*, *supra* note 1223, p. 73; sur le phénomène des « sans terre » au Brésil et leur importance dans l'avènement de Luis Inácio Lula da Silva au pouvoir, lire Candido MENDES, *Lula et l'autre Brésil*, Aubervilliers (Fr.), Éditions IHEAL (La Documentation française), 2003, p. 36-38.

<sup>1227</sup> Sur la situation des migrants qui se déplacent, s'installent sur des terres ne leur appartenant pas, vivant dans une réalité en marge du droit, au potentiel d'innovation néanmoins important du point de vue économique lorsque celui-ci fait éventuellement l'objet d'une reconnaissance législative, voir : E. MACKAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, *supra* note 1208, n<sup>os</sup> 847-849, p. 229-230.

à commencer par les femmes, ont accès à la propriété, plus le développement et l'égalité sont favorisés <sup>1228</sup>.

Dans ce contexte, la réforme des institutions, formelles et informelles, favorisant le droit de propriété, fait l'objet d'une attention toujours accrue dans le domaine de l'aide au développement international. En corollaire, le droit des sûretés, d'abord immobilières mais aussi mobilières <sup>1229</sup>, suscite un intérêt croissant dans ce contexte, reflétant une réalité fort simple : valeur d'usage et valeur d'échange, tels sont les deux côtés d'une même médaille, dont le droit de propriété et le droit des sûretés en sont des illustrations <sup>1230</sup>.

Cette réforme des institutions comporte au moins quatre volets : (i) l'adoption de mesures favorisant l'accès des pauvres à la propriété, individuellement ou en groupe; (ii) l'amélioration de la gouvernance entourant le régime de propriété, passant par la réforme législative et celle de l'administration dudit régime *in concreto* dans toutes ses ramifications, étatiques ou autres, formelles ou informelles; (iii) l'adoption de mesures favorisant l'intégration des pauvres à l'économie de marché en attribuant une valeur aux

---

<sup>1228</sup> A. GHANI, *loc. cit.*, *supra* note 1223, p. 64-65, 78-80.

<sup>1229</sup> *Ibid.*, p. 86-109.

<sup>1230</sup> Voir : R.A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, *loc. cit.*, *supra* note 20, p. 338-339 : « Dans l'actuel circuit économique des biens, la valeur d'échange est fondamentale. Alors que dans les sociétés que l'on qualifie de précapitalistes on vise surtout le déploiement optimal des biens dans leur matérialité, de nos jours l'économie et la finance font abstraction de la matérialité des biens ou de l'usage que l'on peut en faire personnellement pour s'intéresser principalement à la maximisation de leur utilité en tant que valeurs d'échange. [...] Or, la manière actuelle de représenter les utilités que nous pouvons tirer des biens (que leur objet soit corporel ou non) est plus sophistiquée et certaines institutions juridiques, telle l'hypothèque, nous permettent maintenant de considérer la valeur d'échange comme une prérogative du droit de propriété au même titre que les droits réels de jouissance. En d'autres termes, de la même manière que les modalités et les démembrements du droit de propriété établissent une répartition des différentes utilités de jouissance d'un bien, l'hypothèque permet d'ajouter la valeur d'échange d'un bien « en tant que telle » à cette répartition. [...] ».



activités qui sont susceptibles d'en permettre l'atteinte; et enfin, (iv) établir une politique sociale entourant le régime de propriété, encourageant la circulation de l'information, le logement social et l'amélioration des capacités individuelles et collectives eu égard à la connaissance des droits dans ce domaine. <sup>1231</sup>

De ce qui précède, toute la gamme des interventions possibles est énoncée. Vaste programme s'il en est un, alors que certains aspects touchent des mesures d'interventions visant l'appropriation et la compréhension du régime de propriété même par les citoyens, tandis que les autres relèvent davantage du régime proprement dit. Est-ce réaliste de véritablement parvenir à des résultats concrets qui amélioreront la qualité de vie des gens ?

Force est cependant de constater, en conclusion de ce premier chapitre, que l'État de droit, le droit du développement, la réforme du régime de propriété et, enfin, celle des sûretés, sont promulgués en fonction de leur conception occidentale, reposant sur la primauté de l'individu, le respect des droits fondamentaux, du droit de propriété et leur protection par <sup>1232</sup> et contre l'État <sup>1233</sup>. C'est ainsi le paradigme universaliste dans toute sa splendeur qui éclate au grand jour. Peut-il en être autrement dans ce contexte de

---

<sup>1231</sup> A. GHANI, *loc. cit.*, *supra* note 1223, p. 86.

<sup>1232</sup> Sur les avantages organisationnels et économiques liés à la protection du droit de propriété par l'État et, partant, à la publicisation de ce droit, voir : E. MACKAY et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, *supra* note 1208, n<sup>os</sup> 822-824, p. 222-223.

<sup>1233</sup> Dans ce contexte, le droit privé, opposé naturel du droit public mais en découlant néanmoins, s'inscrit tout à fait dans cette conception libérale, car « [e]n comptant sur les autres et en favorisant les situations où ils peuvent compter sur nous, nous définissons la nature et les frontières d'une communauté ou d'une société normative. Le droit privé promeut, au moyen d'institutions créatrices d'obligations, la stabilité des communautés que nous façonnons. Nos promesses, explicites ou implicites, sont à la fois les plans de notre futur et les souvenirs de notre passé », tel que l'affirment R.A. MacDONALD et J.-F. MÉNARD, *loc. cit.*, *supra* note 20, p. 313.

mondialisation et d'interdépendance croissante ? Dans un contexte, également, où la tendance est à l'harmonisation, voire à l'uniformisation ? S'agit-il d'une utopie ? Que retenir des leçons de l'histoire et de la lente évolution de ces institutions et de l'État de droit avant qu'ils ne se concrétisent véritablement en Occident, lorsqu'on les transpose aux situations qui prévalent dans les pays en voie de développement ?

Nous allons maintenant considérer ces questions en analysant la situation en Égypte et l'exemple de la réforme de son régime de crédit foncier.

## II- L'ÉTAT DE DROIT « SUBSTANTIEL » : LE CAS DE LA RÉFORME DU RÉGIME DE CRÉDIT FONCIER EN ÉGYPTE

Cette étude de cas de la réforme du régime de crédit foncier égyptien nous permettra d'approfondir l'exploration de la notion d'État de droit dans un contexte de développement, en exposant brièvement, auparavant et dans un premier temps, la situation de l'Égypte quant aux conceptions instrumentales et formelles de la notion [A], pour ensuite, dans un deuxième temps, véritablement aborder de front l'étude de cas, référant ainsi à la conception plus substantielle de la règle de droit [B]. La problématique du crédit foncier en Égypte est tributaire d'une situation socioéconomique et politique fort particulière, dont l'étude nous amènera à constater que la gouvernance et la règle de droit y connaissent un historique tumultueux. En effet, les sources égyptiennes du droit sont multiples, oscillant d'une part entre les traditions islamique et civiliste, bousculées au passage par des influences anglo-américaines et voguant, d'autre part, entre le droit formel et le droit informel [C]. En matière de droit de propriété et d'accès à l'habitation, les efforts du gouvernement égyptien ont culminé par l'adoption, en 2001, d'une loi particulière, intitulée, dans sa traduction anglaise, *Real Estate Finance Law*, qui tenterait de répondre aux impératifs du droit musulman et dont l'objectif est justement de créer un cadre juridique [D], institutionnel et réglementaire [E] de nature à favoriser l'accès à la propriété au plus grand nombre de citoyens, en facilitant l'obtention de financement à de faibles coûts. Toutefois, le chemin pour y parvenir est semé d'embûches. Dans ce pays, la réforme du droit s'avère un processus difficile, tant en ce qui a trait à la réforme du crédit foncier qu'en ce qui concerne la réforme plus générale du droit et de ses institutions [F].

### A. L'État de droit « instrumental » et « formel » en Égypte

Il ne nous appartient pas ici de faire un long développement au sujet de l'État de droit « instrumental » et « formel » en Égypte. Il nous s'agit plutôt, cependant, de brosser un tableau général de la situation à ce chapitre, car il présentera nécessairement une incidence sur la règle de droit dans sa conception plus substantielle ou technique <sup>1233a</sup>.

Les spécialistes de ces questions conviennent habituellement que les pays arabes, dont l'Égypte, relèvent de l'État de droit dans leur organisation. En effet, l'Égypte est organisée autour d'une Constitution <sup>1234</sup>, des tribunaux sont établis et il existe un parlement sous régime présidentiel. Toutefois, le pouvoir judiciaire dans ces contrées ne parvient pas à lier, à contraindre ou à assujettir le pouvoir exécutif par ses décisions <sup>1235</sup>.

---

<sup>1233a</sup> Nous ne tenons pas compte, dans les pages qui suivent, des événements qui sont survenus depuis la fin du mois de janvier 2011, qui mena à la chute du président Hosni Moubarak, à la prise de pouvoir « temporaire » par l'armée égyptienne et à la suspension des lois en attendant une révision de la *Constitution d'Égypte*, *infra*, note 1234. Notre analyse conserve cependant toute sa pertinence, car le régime de droit égyptien n'a pas encore changé et nous doutons qu'il change de manière significative dans un avenir rapproché, le survol historique que nous faisons en ces pages étant des plus révélateur. Dans la même perspective, lire les très intéressants commentaires de Christian RIOUX, « L'Égypte aux mains de l'armée », dans *Le Devoir [de Montréal]*, vendredi le 4 février 2011 (A3). Voir aussi : Agnès GRUDA, « L'Égypte, année zéro », dans *La Presse [de Montréal]*, lundi le 14 février 2011 (A20).

<sup>1234</sup> *The Constitution of Egypt*, September 11, 1971, as amended by the result of the Constitution Amendment Referendum, which took place on May 22, 1980, dans sa traduction anglaise non-officielle publiée par The Middle East Library for Economic Services, September 2001, Meles Bulletin, Code 354/C [la « *Constitution d'Égypte* »], dont on peut commander les lois égyptiennes, en arabe ou en anglais, en ligne à l'adresse Internet suivante : [www.egyptlaws.com](http://www.egyptlaws.com) (consulté le 29 mai 2010). La Constitution d'Égypte fut amendée le 26 mai 2005 des suites d'un autre référendum. Voir : *Amendment of the Constitution of the Arab Republic of Egypt*, The Middle East Library for Economic Services, Meles Bulletin, Code 35 e/1.

<sup>1235</sup> Bernard BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, Karthala, 1993, p. 21-22; Nathan BROWN, *The Rule of Law in the Arab World*, Cambridge University Press, 1997, p. 236-247; J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 166 : « Parmi les États arabes d'Afrique et de la Corne du continent, six appartiennent à la catégorie qui ne pose pas de limite constitutionnelle aux droits et libertés qui peuvent être suspendus lorsque l'état d'exception est décrété. L'Algérie appartient à ce groupe (art. 87), de même que l'Égypte, où le président de la République doit cependant procéder à un référendum sur les mesures qu'il aura prises, dans un délai de soixante jours (art. 74) ».

En ce qui concerne l'Égypte, d'aucuns n'hésitent à parler pour l'instant d'un « État policier » :

La loi sur l'état d'urgence (n° 162 de 1958) prévaut sur la Constitution en donnant au gouvernement le droit d'arrêter et de détenir arbitrairement des personnes pour une période indéfinie. Grèves et manifestations sont interdites. Théoriquement, la loi d'urgence prévoit que les autorités sont tenues de signifier immédiatement les motifs d'une arrestation, de laisser prévenir la famille et un avocat. Au bout de trente jours, le détenu doit pouvoir faire appel de sa détention, sauf s'il a été déféré devant la Haute Cour de sûreté de l'État. En aucun cas la torture n'est permise.

Mais ces engagements ne sont guère respectés. En outre, l'amendement de l'article 179 de la Constitution (mars 2007) autorise [...] de nouvelles dispositions liberticides qui seront intégrées dans la loi antiterroriste vouée à prendre le relais de l'état d'urgence si celui-ci finit par être levé. Cet aménagement juridique revient en fait à l'institutionnaliser. Amnesty International ne s'y est pas trompée, qui a dénoncé les amendements constitutionnels du printemps 2007 comme « la plus sérieuse atteinte aux droits de la population depuis vingt-six ans ».

Dans son rapport d'avril 2007 consacré à l'Égypte, l'organisation humanitaire a dénoncé une fois de plus des atteintes systématiques aux droits de l'homme : arrestations arbitraires, détentions prolongées sans jugement, actes de torture et mauvais traitements, notamment par les services de sécurité de l'État. L'Égypte figure parmi les destinations principales utilisées par les États-Unis pour transférer secrètement des prisonniers suspectés de terrorisme afin qu'ils soient interrogés dans des conditions qui incluent l'usage systématique de la torture.

Les pratiques les plus couramment mentionnées sont les décharges électriques, les coups, les sévices sexuels, la suspension par les poignets ou les chevilles, les menaces de mort... Plusieurs détenus sont décédés en détention dans des conditions suspectes. On fait également pression sur des personnes recherchées en arrêtant des membres de leur famille, souvent des femmes – mères, sœurs, épouses, filles – et en portant sciemment atteinte à leur honneur. Ces pratiques ne sont pas réservées à des affaires à caractère politique ou sécuritaire : elles sont également avérées pour des délits bénins, par exemple pour contraindre un débiteur à s'acquitter de sa dette.<sup>1236</sup>

[Notre soulignement]

Le régime actuel, essentiellement à parti unique, contient les forces d'opposition grâce au soutien de l'armée. La liberté d'expression n'est pas tolérée, en tout cas pour contredire

---

<sup>1236</sup> Sophie POMMIER, *Égypte : L'envers du décor*, Paris, Éditions La Découverte, 2008, p. 110-111.

le régime, et la censure de plus en plus présente, sous couvert d'un islamisme conservateur et radical <sup>1237</sup>.

On mentionne bien, dans le Code civil égyptien <sup>1238</sup>, que le droit de propriété y est reconnu et qu'il ne serait pas possible d'exproprier sans compensation une personne de son bien (art. 805 CCE). Dans les faits cependant, le régime de propriété ne fonctionne pas et est largement tributaire de l'État.

Sur cette toile de fond, nous allons examiner l'une des facettes de l'État de droit « substantiel » par l'étude de la réforme du crédit foncier en Égypte.

### **B. L'État de droit « substantiel » en Égypte : la réforme du régime de crédit foncier**

Avant d'entrer dans le vif du sujet et d'étudier les tenants et aboutissants de la réforme du crédit foncier égyptien, il importe de bien situer le contexte dans lequel notre recherche s'inscrit. En effet, nous avons participé, en tant que chercheur et corédacteur, à la réalisation d'une étude de terrain financée par l'ACDI, dans le cadre d'une initiative de la Banque mondiale, visant à évaluer la situation qui prévaut en Égypte à ce chapitre [1]. Nous allons brièvement rendre compte de la nature de ce mandat et, aussi, des principaux projets qui ont actuellement cours en Égypte relativement à la réforme du crédit foncier,

---

<sup>1237</sup> *Ibid.*, p. 102-116. Le magazine *The Economist* prévoit qu'une période d'instabilité politique du régime actuel découlera des élections de novembre 2010 et de 2011, car il n'est pas certain que le président, Hosni Moubarak, briguera un nouveau mandat et sa succession n'est pas encore arrêtée, même si son fils Gamal tentera probablement de faire le saut. Les Frères musulmans demeurent une force politique importante qui n'est pas près de décroître, dont l'existence à titre de parti politique est interdite. On ne peut encore y parler de démocratie. De plus, la pauvreté importante ainsi que l'écart entre les riches et les pauvres ne s'estomperont pas de si tôt. Voir, à ce sujet : THE ECONOMIST, *Country Report : Egypt*, Economist Intelligence Unit, Londres, Mai 2010.

<sup>1238</sup> *Civil Code of Egypt*, as promulgated by the Law No. 131 of the year 1948, Egyptian Wakayeh/Government Bulletin – Issue No. 108-bis (A), dated July 29, 1948 [le « **Code civil égyptien** » ou « **CCE** »], dans sa traduction anglaise non-officielle publiée par The Middle East Library For Economic Services, Meles Bulletin, Août 2004.

ainsi qu'à celles du droit en général et du secteur financier. Nous nous inspirerons bien sûr des travaux que nous y avons menés et de l'expertise de terrain ainsi acquise. Cependant, la recherche ici étayée est le fruit de notre réflexion personnelle et ne saurait lier l'ACDI ou nos collègues ayant participé avec nous à l'étude de terrain en question.

Il importe également de brosser un tableau des facteurs économiques, sociaux, démographiques et institutionnels permettant d'expliquer la crise du logement qui perdure dans ce pays depuis plusieurs années [2]. Ces facteurs s'expliquent, dans une large mesure, par les déficiences marquées du cadre législatif et réglementaire, particulièrement en matière de crédit foncier [3].

1. D'une étude de terrain effectuée à la demande de l'ACDI, dans le cadre d'une initiative de la Banque mondiale

En septembre 2005, le Ministre de la Coopération internationale du gouvernement canadien, au nom de l'ACDI, s'engagea à contribuer financièrement à la réalisation d'une étude de terrain visant à évaluer la législation égyptienne en matière de crédit foncier et à faire des recommandations afin de l'améliorer. Cet engagement du gouvernement canadien s'inscrit dans le cadre d'une initiative du secteur de la finance et du développement privé de la Banque mondiale pour les pays du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord. La réforme du crédit foncier fut ainsi identifiée comme un champ d'action prioritaire pour le gouvernement égyptien <sup>1239</sup>.

---

<sup>1239</sup> Ce n'est pas une nouveauté, c'est une priorité qui est mentionnée dans plusieurs sources différentes. Voir, notamment : Ahmed GALAL, « Priorities for rapid and shared economic growth in Egypt », dans Sabine SCHLEMMER-SCHULTE et Ko-Yung TUNG, dir., *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata : International Finance and Development Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 343.

L'étude de terrain <sup>1240</sup> consista essentiellement en l'analyse de la nouvelle loi égyptienne sur le crédit foncier qui fut promulguée en 2001, dont la traduction anglaise du titre est *Real Estate Finance Law* <sup>1241</sup>. Cette loi n'eut virtuellement aucun impact alors qu'elle fut conçue pour stimuler la construction et le développement résidentiels, ainsi que l'accès à la propriété, principalement pour la classe moyenne et les plus démunis de la société égyptienne. Nous avons donc pour mission de comprendre et d'expliquer les raisons de cet échec, en plus de formuler des suggestions pour pallier à ses déficiences, qui permettraient l'atteinte de ses objectifs. Objectifs hautement politiques, car cette loi doit contribuer à concrétiser un legs que le Président Hosni Moubarak veut faire à ses concitoyens, visant la construction de 100 000 nouvelles habitations par année sur une période de six ans.

---

<sup>1240</sup> Voir : CIDA Project No. K062240, *Field study and report made possible through the financial contribution of the Government of Canada, represented by the Minister for International Cooperation, acting through the Canadian International Development Agency*, « Real Estate Finance Law in Egypt : Securing Access to Affordable Housing, Report and Recommendations (Deliverables 1 and 2) », Revised June 28, 2006, and « Housing and Construction Finance Law in Egypt : Securing Access to Affordable Housing: Executive Summary and Recommendations », May 2007, Heenan Blaikie LLP [l'« *Étude de terrain ACDI* »]. Les avocats ayant contribué à la réalisation de cette étude sont, outre l'auteur de la présente thèse, Jacques Bouchard Jr., Keith D. Wilson, Élisabeth Camiré et Yasser Bouhid.

<sup>1241</sup> *Real Estate Finance Law*, as promulgated by the Law No. 148 of the Year 2001, Official Journal – Issue No. 25-bis – Dated June 24, 2001, as amended by Law No. 143 of the Year 2004 [ci-après « *Real Estate Finance Law* » ou « **REFL** »], dans sa traduction anglaise non-officielle publiée par The Middle East Library For Economic Services, Meles Bulletin, Code 43, Décembre 2003, en ligne : [www.mf.gov.eg/NR/rdonlyres/6595367F-94F0-4464-A2D9-C159FF2E52F2/369/Law1482002.pdf](http://www.mf.gov.eg/NR/rdonlyres/6595367F-94F0-4464-A2D9-C159FF2E52F2/369/Law1482002.pdf) (consulté le 29 mai 2010).



Les États-Unis, très présents en Égypte <sup>1242</sup>, mirent en place, à compter de décembre 2004, un programme d'aide quinquennal visant à améliorer l'infrastructure du système foncier. Par l'entremise de la *United States Agency for International Development* (USAID), plus de 32 millions de dollars furent investis en assistance technique, afin de moderniser le système de publicité des droits immobiliers dans les centres urbains, d'établir un bureau d'information de crédit et, enfin, de développer une gamme plus étendue d'outils financiers pour les marchés de capitaux <sup>1243</sup>.

<sup>1242</sup> Cela s'explique pour des raisons historiques. Sur les liens complexes qui unissent les États-Unis d'Amérique à l'Égypte, lire S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 136-138. Suite à la paix avec Israël en 1979, l'Égypte s'est clairement inscrite dans le camp américain. Elle appuya de plus la coalition de 1991 contre l'Irak de Saddam Hussein. En contrepartie, l'aide financière américaine se montre très généreuse. Ainsi, l'administration américaine effaça la totalité de la dette militaire de l'Égypte, contractée du temps de Sadate, qui s'élevait à 7 milliards de dollars. Avec environ 1,76 milliards de dollars par an, l'Égypte est le deuxième bénéficiaire de l'aide américaine après Israël (2,6 milliards de dollars d'aide directe). Ainsi, en 2007, USAID a investi 1,76G\$US en Égypte, dont 455M\$ en aide économique et 1,3G\$ en aide militaire. Des 455M\$ à l'aide économique, 50M\$ à la gouvernance (justice et démocratie), dont 17,25M\$ à la primauté du droit et aux droits de la personne, 11,25M\$ à la bonne gouvernance, 21,5M\$ à la société civile ; 60,57M\$ à la santé ; 136,25M\$ à l'éducation ; 208,18M\$ à la croissance économique, dont 41,19M\$ pour la macroéconomie, 23,15M\$ pour le commerce et les investissements, 113,65M\$ pour le secteur financier, 6,5M\$ pour l'agriculture, 23,694M\$ pour la compétitivité du secteur privé. Voir : USAID, *Congressional Budget Justification for Foreign Operations – Fiscal Year 2009*, en ligne : <http://www.usaid.gov/policy/budget/cbj2009/101368.pdf> (consulté le 11 août 2008), p. i, xv, -xviii, 501-505, 703, 710, 718, 722, 726, 756, 810, 819 et 828. Le descriptif qui est fait au début du chapitre concernant l'Égypte, p. 501, est éloquent : « *Egypt is an important and strategic U.S. partner in the pursuit of the Middle East peace and broader stabilization efforts throughout the region. U.S. assistance to the Government of Egypt (GOE) helps cement peace between Israel and Egypt, curbing tensions in a historically volatile region and serving as a model for other Arab states. U.S. assistance continues to play a central role in Egypt's economic, social and military transformation. U.S. priorities in Egypt include remaining closely engaged with the GOE on political and economic reforms, while nurturing Egypt's strong support for U.S. regional policies and cooperation in the war on terrorism* ».

<sup>1243</sup> Ce programme est désigné sous le titre « USAID Egypt Financial Services Project (EFS) » et dispose d'un site Web à l'adresse Internet suivante : <http://www.usaideconomic.org/efs/> (consulté le 12 août 2008). Voir : UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, « Home Ownership Becoming Reality – USAID to Assist the Government of Egypt in making the Dream of Home Ownership Come True for Thousands of Egyptian Families », communiqué de presse du 3 novembre 2005, en ligne : <http://egypt.usaid.gov/Default.aspx?PageID=369> (consulté le 11 août 2008). Pour un rapport détaillé des activités financées par USAID en Égypte relativement à la réforme du secteur financier et du crédit foncier, voir : USAID / EGYPT, *Quarterly Progress and Year 5 Annual Report. July – September 2009 (last quarter of Year 5). October 2008- September 2009 (Annual Report)*, January 20, 2010, en ligne : [http://www.usaideconomic.org/efs/publication\\_details\\_results.asp?publicationId=2196](http://www.usaideconomic.org/efs/publication_details_results.asp?publicationId=2196)

De plus, la Banque mondiale vient tout juste de consentir trois prêts importants à l'Égypte pour l'amélioration du secteur de la construction et du développement résidentiels et du régime de crédit foncier. Le premier, consenti en 2006 et d'un montant de 37,100,000 \$ US, vise à réformer le système pour permettre à des prêteurs, institutionnels ou autres, d'offrir des prêts hypothécaires à long terme pour ce marché <sup>1244</sup>. Le second, approuvé en mai 2008 et de l'ordre de 500,000,000 \$ US, est

---

(consulté le 29 mai 2010) [le « *Rapport quinquennal USAID 2004-2009* »]. Concernant l'historique de l'aide américaine depuis les années 1970, voir: UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, « USAID-Egypt History », en ligne : <http://egypt.usaid.gov/PrintDefault.aspx?PageID=6&VersionNumber=36> (consulté le 11 août 2008) ; Entre 1976 et 2006, USAID a investi plus de 15 milliards de dollars afin de renforcer l'économie égyptienne, et plus d'un milliard de dollars afin d'améliorer la gouvernance et la règle de droit. Voir : UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, « Program Overview/ Strategy », en ligne : <http://egypt.usaid.gov/PrintDefault.aspx?PageID=367&VersionNumber=19> (consulté le 11 août 2008). Le rôle de USAID est périodiquement remis en question aux États-Unis. Voir : Roger BATE, « The trouble with USAID », (2006) 1:4 *The American Interest* 113; Raj KUMER, « USAID revisited », (2006) 7 *Geo. J. Intl Aff.* 51; ÉTATS-UNIS, GENERAL ACCOUNTING OFFICE, « US Rule of Law Assistance Has Had Limited Impact and Sustainability », déposition de Jess T. Ford (17 mai 2001), document no GAO-01-740T, en ligne: [www.gao.gov/new.items/d01740t.pdf](http://www.gao.gov/new.items/d01740t.pdf) (consulté le 15 juillet 2008); Kenneth BOLLEN, Pamela PAXTON et Rumi MORISHIMA, « Assessing International Evaluations – An Example from USAID's Democracy and Governance Program », (2005) 26:1 *Am. J. of Eval.* 189.

<sup>1244</sup> WORLD BANK, WB Project P093470 : *Egypt – Mortgage Finance* [ci-après le « *WB Egypt Mortgage Finance Project* »], en ligne : <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=40941&menuPK=228424&Projectid=P093470> (consulté le 11 août 2008): « *The Egypt Mortgage Finance Project enables banks and non-bank lenders in the primary market to begin offering long-term market-based mortgage loans for residential housing. The Egyptian Company for Mortgage Refinancing (ECMR), legally incorporated as a joint stock company during project preparation with the assistance of the World Bank, will receive the proceeds of a World Bank local currency loan as a line of credit. The line of credit will support the initial, start-up phase of the ECMR's operations as a second-tier, wholesale, market-based liquidity facility focused on refinancing longer-term residential mortgage loans originated by lenders in the primary market. As it matures, the ECMR is expected to begin issuing bonds or other securities in the capital market to help fund its operations on a market sustainable basis* ». Ce prêt a pour objet de réglementer et d'aider à démarrer le marché du crédit foncier, en se fondant sur l'infrastructure mise en place par le gouvernement égyptien aux termes de la *Real Estate Finance Law*. Il se veut complémentaire à l'initiative de USAID en matière de réforme du cadastre et du système de publicité des droits. Approuvé le 6 juillet 2006, il s'étend sur un terme de 5 ans, se terminant le 31 juillet 2011. L'emprunteur est le Gouvernement égyptien, alors que ses représentants chargés de la mise en œuvre du prêt sont le ministère de l'investissement et le ministère de la Justice. Au 17 août 2009, le prêt avait été déboursé aux trois-quarts (26,52 millions sur 37,10 millions de dollars). Voir : WORLD BANK, *Status of Projects in Execution – FY09 SOPE Middle East and North Africa Region, Country: Egypt, Arab Republic of*, Operations Policy and Country Services, October 2, 2009, en ligne :

destiné à l'édification d'un secteur financier davantage concurrentiel, comportant un système bancaire et une industrie de l'assurance adaptés aux besoins d'une économie moderne <sup>1245</sup>. Enfin, le troisième, d'un montant de 300 millions USD, fut consenti par la Banque mondiale à l'Égypte le 24 août 2009. Ce dernier prêt a pour objet de continuer les réformes mises en place par les deux autres prêts, en créant une véritable agence de garantie hypothécaire visant à permettre aux couples de la classe moyenne de contracter un emprunt hypothécaire et d'avoir accès au logement et à la propriété. Contrairement à l'approche préconisée jusqu'alors en Égypte pour nombre d'autres projets similaires qui favorisaient l'étalement urbain, en subventionnant l'établissement de nouveaux quartiers

---

[1254491038321/6460830-1254494744778/Egypt.pdf](http://go.worldbank.org/1254491038321/6460830-1254494744778/Egypt.pdf) (consulté le 29 mai 2010) [le « *Status of Projects in Execution 2009* »]. Le *WB Egypt Mortgage Finance Project* y est évalué comme étant un franc succès. La lecture du rapport interne de la Banque mondiale relatif à l'évaluation de ce projet est fort instructive. Voir : WORLD BANK, *Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the amount of 214.2 million egyptian pounds (US\$ 37.1 million equivalent) to the Arab Republic of Egypt for a Mortgage Finance Project*, Report No: 36379-EG, Finance, Private Sector and Infrastructure Department, Middle East and North Africa Region, June 5, 2006, en ligne: <http://go.worldbank.org/13FXGBO6W0> (consulté le 11 août 2008) [le « *WB Project Appraisal Document* »].

<sup>1245</sup> WORLD BANK, *WB Project P094551 (Financial Sector Development Policy Loan II)*, en ligne : <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=40941&menuPK=228424&Projectid=P094551> (consulté le 11 août 2008): « *The objective of the Second Financial Sector Development Policy Loan is to build a more competitive financial system, with sound banking and non-banking financial institutions, led by the private sector, and able in the medium-term to provide efficient financial services. This second operation will assist Egypt to strengthen the enabling environment for financial intermediation, resource mobilization and risk management, and increase private participation in the provision of financial services. Specifically, the operation will support policy reforms in the following areas: (i) reduction of state ownership in the banking system; (ii) continuing the financial and operational restructuring of state-owned commercial banks and specialized banks; (iii) strengthening the regulatory and supervisory framework for the banking sector; (iv) restructuring the state-owned insurance companies; (v) strengthening further the regulatory and supervisory framework for insurance and pensions; (vi) improving the efficiency of capital markets; and (vii) strengthening financial sector institutional infrastructure, including the credit information system, the payments system, judicial procedures, and microfinance* ». Ce prêt fut approuvé le 29 mai 2008. Ce projet ne semble pas avoir débouché sur quelque chose de concret, car on ne rapporte rien à son sujet. Voir : WORLD BANK, *Status of Projects in Execution 2009*, supra note 1244. Cependant, les sources d'information disponibles s'avèrent parfois contradictoires ou incomplètes. En effet, un autre document de la Banque mondiale indique que ce projet fut complété à sa grande satisfaction. Voir : THE WORLD BANK, *Egypt : Weathering the Financial Crisis with a Sound Financial System*, March 2010, en ligne: [http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Egypt\\_financial-system\\_4-13-10.pdf](http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Egypt_financial-system_4-13-10.pdf) (consulté le 29 mai 2010) [« *Sound Financial System* »].

plus éloignés des centres urbains, on tente plutôt d'instaurer une véritable politique basée uniquement sur les revenus propres à chaque emprunteur, de telle sorte que les prêts hypothécaires garantis viseront aussi l'acquisition d'une propriété dans les quartiers déjà établis <sup>1246</sup>.

Les statistiques disponibles, provenant de USAID, de la Banque mondiale et du Gouvernement égyptien, parfois contradictoires, révèlent que le marché du crédit hypothécaire aurait pris son essor entre 2005 et 2009, pour passer de 338 transactions en 2005 à plus de 11 774 en novembre 2009. En valeur, cela représenterait une progression importante de 208 millions de livres égyptiennes en 2005, à plus de 3 milliards de livres égyptiennes en 2008 (l'équivalent de 500 millions USD), pour diminuer à nouveau en 2009 autour de 1,5 milliards de livres égyptiennes. Or, de ces transactions, seulement 168 furent publiées au registre foncier en 2007 et 127 en 2008. Les statistiques ne sont pas disponibles pour les autres années. Ce marché hypothécaire, embryonnaire, est le résultat de la création de plusieurs institutions financières qui s'y consacrent exclusivement. On aurait ainsi créé un bureau de crédit et un tribunal commercial spécialisé pour traiter des affaires d'insolvabilité et hypothécaires. Ce tribunal aurait déjà entendu quelques causes. Enfin, les nouveaux développements immobiliers feraient l'objet d'une opération cadastrale systématique et un projet pilote de bureau

---

<sup>1246</sup> Voir : WORLD BANK, *Affordable Mortgage Finance DPL*, 24 septembre 2009, en ligne : <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=256307&menuPK=287188&Projectid=P112346> (consulté le 29 mai 2010). Voir aussi les documents liés au projet : WORLD BANK, *Project Information Document PID, Concept Stage, Report No. AB4511*, vol. 1, 2 février 2009, en ligne : <http://go.worldbank.org/FDQAHJOX11> (consulté le 29 mai 2010) [le « **Program Information Document 1** »] ; WORLD BANK, *Project Information Document PID, Appraisal Stage, Report No. AB4512*, vol. 1, 2 février 2009, en ligne : <http://go.worldbank.org/HYZNUE9GU0> (consulté le 29 mai 2010) ; WORLD BANK, *Program Document (PGD)*, vol. 1, Report No. 48305 – EG, 24 août 2009, en ligne : <http://go.worldbank.org/2SUWKY1XD0> (consulté le 29 mai 2010) [le « **Program Document – Affordable Mortgage Finance** »].

d'enregistrement est parrainé par USAID au centre du Caire <sup>1247</sup>. Ces statistiques dénotent un certain progrès par rapport aux bases de nos observations, colligées entre 2005 et 2007, lors de l'*Étude de terrain ACDI*. Mais ces progrès, une fois le ton triomphal passé <sup>1248</sup>, sont qualifiés de « timides » par la Banque mondiale elle-même <sup>1249</sup>.

Une explication possible de ce phénomène pourrait se trouver dans le fait que les aides financières de USAID et de la Banque mondiale ne touchent pas nommément à la législation sur le crédit foncier, bien que le succès de ces initiatives en dépende à maints égards. Ainsi, aucune analyse du cadre juridique et réglementaire du crédit foncier n'avait été complétée suite à l'adoption de la *Real Estate Finance Law*, lorsque l'ACDI s'engagea en 2005 à subventionner une étude de terrain pour ce faire, celle-ci s'avérant alors d'autant plus nécessaire et pertinente <sup>1250</sup>. Notons que notre analyse, étayée de manière plus substantielle dans ces pages, n'a pas trouvé son auditoire à ce jour et nous tenterons de comprendre pourquoi.

---

<sup>1247</sup> Pour ces statistiques, voir : USAID / EGYPT, *Rapport quinquennal USAID*, *supra* note 1243, p. 22-24 ; WORLD BANK, *Program Document – Affordable Mortgage Finance*, *supra* note 1246, p. 11-13. Voir enfin le site Web du ministère de l'Investissement du gouvernement égyptien, en ligne : <http://www.investment.gov.eg/en/NBFS/Mortgage/Pages/default.aspx> (consulté le 29 mai 2010).

<sup>1248</sup> La Banque mondiale a même classé l'Égypte dans son « Top 10 » des réformateurs en 2010, dans son rapport *Doing Business 2010*, en ligne : <http://www.doingbusiness.org/features/Reformers2010.aspx> (consulté le 29 mai 2010), mais notons que ce n'est pas pour la facilité d'enregistrer un titre de propriété.

<sup>1249</sup> WORLD BANK, *Program Information Document 1*, *supra* note 1246, p. 1.

<sup>1250</sup> Notons cependant que, curieusement, la Banque mondiale vient à la conclusion que le droit égyptien est suffisamment clair en ce domaine, s'appuyant sur des études qu'elle a réalisés ou sur d'autres de USAID. Nous n'avons pas retracé de telles études. Voir, à ce sujet : WORLD BANK, *WB Project Appraisal Document*, *supra* note 1244 à l'annexe 4.3. La compréhension du droit égyptien par la Banque mondiale nous semble très sommaire et parfois erronée. Nous y reviendrons lors de notre analyse de la *Real Estate Finance Law*.

Cette mise en contexte ne serait pas complète sans que les éléments principaux d'une crise du logement, qui perdure depuis des années en Égypte, ne soient retracés.

## 2. De la crise du logement en Égypte : facteurs économiques, sociaux, démographiques et institutionnels

Une image vaut mille mots, dit l'adage, qui se vérifie une fois de plus lorsque vient le temps de décrire la situation qui prévaut actuellement en Égypte. En effet, une simple promenade au Caire permet de constater, *de visu*, nombre de problèmes qui affligent cette grande cité, où plus de 19 millions d'habitants vivent sur les rives du Nil <sup>1251</sup>.

C'est un lieu commun : à l'instar de la majorité des grandes villes du monde en développement, les mouvements migratoires des zones rurales vers les centres urbains font en sorte que plusieurs milliers de personnes s'y entassent, qui en périphérie ou au cœur de la ville, qui dans des immeubles, abandonnés ou non, qui dans des espaces vacants, là où la place le permet <sup>1252</sup>. Mais ce qui frappe encore davantage l'esprit est l'état avancé de décrépitude des édifices et des infrastructures, se constatant avec ahurissement, pour le visiteur étranger, autant dans les édifices patrimoniaux et autour des bijoux culturels (les bidonvilles cernant les célèbres pyramides de Gizeh en étant un exemple parmi d'autres), que dans les édifices commerciaux ou résidentiels. Certains sont vides, d'autres sont surpeuplés. Quantité de projets immobiliers, habituellement à vocation résidentielle, demeurent inachevés et sont à l'abandon. Pourtant, la restauration

---

<sup>1251</sup> S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 183. D'autres sources parlent de 18 millions d'habitants. Voir : WENDEL COX CONSULTANCY, *Cairo Urban Area: Central City & Suburban Population & Density*, en ligne sur le site Web de Demographia : <http://www.demographia.com/db-cairo.htm> (consulté le 18 juillet 2008).

<sup>1252</sup> Pour une illustration plus littéraire du phénomène, lire Alaa EL ASWANY, *L'Immeuble Yacoubian*, Arles (Fr.), Actes Sud, 2006.

et l'entretien appropriés de ce parc immobilier ferait l'envie des autres grandes cités du monde.

En dépit de ce constat alarmant, les besoins en matière de logement sont criants, car se profile, en toile de fond, une population jeune, en proie au chômage chronique ou, pis encore, au non-emploi, condamnée à la pauvreté mais jouissant d'un certain niveau d'éducation <sup>1253</sup>.

Ces problèmes ne sont pas nouveaux. Le gouvernement égyptien tente, depuis la fin des années soixante-dix, de juguler la surpopulation des grands centres urbains que sont Le Caire et Alexandrie, en créant de nouvelles communautés urbaines le long du Nil, alors qu'auparavant l'essor démographique des deux plus grandes villes du pays était encouragé <sup>1254</sup>. Quelques statistiques permettent de mieux saisir l'ampleur de la situation.

Entre 1970 et 1980, le nombre d'espaces résidentiels augmenta de 25 %. On estime qu'environ 300 000 logements furent construits durant cette période. Toutefois, au même

---

<sup>1253</sup> CIA, *World Factbook – Egypt* (15 juin 2008), en ligne sur le site Web de la CIA : <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/eg.html> (consulté le 18 juillet 2008) donne un taux d'alphabétisme (c'est-à-dire « *age 15 and over can read and write* ») de 71,4% en 2005. Le chiffre est porté à 83% chez les hommes et réduit à 59,4% chez les femmes. PNUD, *Egypt Human Development Report 2008*, en ligne : [www.undp.org/Portals/0/2008%20Egypt%20Human%20Development%20Report%20Complete.pdf](http://www.undp.org/Portals/0/2008%20Egypt%20Human%20Development%20Report%20Complete.pdf) (consulté le 18 juillet 2008) donne un taux de chômage des étudiants universitaires de 26,80% pour l'Égypte entière et de 43,35% pour Le Caire, en 2005. On souligne cependant que plus de 30 % de la population égyptienne demeure analphabète. Aussi, le système d'éducation connaît ses ratés, avec des méthodes désuètes, des enseignants sous-payés et un cours non adapté aux exigences de la modernité, les milieux religieux prenant le relais. Voir : S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 214-217.

<sup>1254</sup> Azza A. SIRRY, « The Need for a Different Approach to Housing Provision; Can the New Real Estate Finance Law Help? », dans HOUSING AND BUILDING RESEARCH CENTER (EGYPT), *International Conference: Future Vision and Challenges for Urban Development. Proceedings of a Conference Held December 20-22, 2004*, Le Caire [« **Different Approach** »]. Cette approche serait en voie de changer, s'il faut en croire les intentions de la Banque mondiale et du gouvernement égyptien dans le cadre du plus récent prêt octroyé en matière d'urbanisme et d'habitat. Voir : WORLD BANK, *Program Document – Affordable Mortgage Finance*, *supra* note 1246, p. 22, 28.

moment, la population urbaine augmentait de 40 %. Ainsi, pour chaque nouveau logement s'ajoutaient 13 personnes à cette population <sup>1255</sup>. Au début des années 1990, la demande pour la construction résidentielle n'avait pas chuté. En dépit d'un intense effort, l'offre ne réussit jamais à satisfaire la demande.

L'Égypte compte 78 millions d'habitants, ce qui en fait l'un des États les plus peuplés du Moyen Orient et de l'Afrique du Nord. Concentrée sur les rives du Nil, on estime la densité de cette population supérieure à 1 100 personnes au kilomètre carré, l'une des plus élevées au monde <sup>1256</sup>. Avec un taux de natalité de l'ordre de 24,94 % et un taux de mortalité de 5,23 %, l'accroissement naturel est évalué à 1,75 %. <sup>1257</sup> Quant au taux de chômage, il oscille autour de 12 %. Enfin, le segment de la population âgé entre 20 et 30 ans s'est accru de 30 % entre 1990 et 2000. On estime qu'il augmentera d'un 20 % additionnel entre 2000 et 2010 <sup>1258</sup>. Une jeune population égyptienne croît donc, en ce moment, très rapidement.

Cela étant, il n'est pas étonnant que l'industrie de la construction ne fût pas en mesure de s'acquitter de la demande. Entre 1995 et 2000, l'activité de ce secteur s'accrut de 10 %

---

<sup>1255</sup> « Egypt », *Encyclopædia Britannica* (2006), de *Encyclopædia Britannica Premium Service*, en ligne: <http://www.britannica.com/eb/article-43497> (consulté le 29 mai 2006).

<sup>1256</sup> *Ibid.* D'autres statistiques parlent même d'une densité de 1700 habitants au kilomètre carré. Voir : S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 177.

<sup>1257</sup> « Egypt », *World Fact Book*, en ligne: < <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/> (consulté le 29 mai 2006).

<sup>1258</sup> Stephen EVERHART et Debra ERB *et al.*, *Egypt: Overview of the Housing Sector, Issues Paper 1: 2005*, Overseas Private Investment Corporation (OPIC), Office of Economic Development, July 2005, p. 5, en ligne: [http://www.opic.gov/sites/default/files/docs/Issues\\_EgyptHousingOverview\\_July05.pdf](http://www.opic.gov/sites/default/files/docs/Issues_EgyptHousingOverview_July05.pdf) (consulté le 29 mai 2010) [« *Egypt Overview* »].



en moyenne, augmentant sa part du PNB de 5,2 % à 5,6 % <sup>1259</sup>. Paradoxalement toutefois, la hausse de la construction ne bénéficia qu'aux mieux nantis, laissant les classes moyennes et inférieures sur le carreau, alors que les besoins s'y trouvent. En effet, nombre de résidences luxueuses furent érigées durant cette période au détriment d'habitations plus modiques.

Aussi est-il surprenant de constater que le taux d'inoccupation des propriétés au Caire se situe à 14,5 % <sup>1260</sup>. Les habitations qui sont occupées par leurs propriétaires ne représentent que 32 %, ce qui est faible comparativement à d'autres pays de cette région, alors qu'en Tunisie (67 %) et en Jordanie (75 %), ces taux sont beaucoup plus élevés (voir le Tableau 1 ci-dessous).

Tableau 1 : « Housing Indicators Comparison, MENA and select countries » <sup>1261</sup>

---

<sup>1259</sup> S. Nuri ERBAS et Frank E. NOTHAFT, *The Role of Affordable Mortgages in Improving Living Standards and Stimulating Growth: A Survey of Selected MENA Countries*. IMF Working Paper 02/17, Janvier 2002, p. 18, en ligne :

<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0217.pdf> (consulté le 29 mai 2010) [« *Affordable Mortgages* »].

<sup>1260</sup> WORLD BANK, *The Macroeconomic and Sectoral Performance of Housing Supply Policies in Selected MENA Countries: A Comparative Analysis*, Avril 2005, p. 16, en-ligne: <http://go.worldbank.org/75R70ZZGN0> (consulté le 29 mai 2010) [« *Comparative Analysis* »].

<sup>1261</sup> S.N. ERBAS et F.E. NOTHAFT, *Affordable Mortgages*, *supra* note 1259, p. 14 et 17; S. EVERHART et D. ERB *et al*, *Egypt Overview*, *supra* note 1258, p. 10.

	Gdp per capita \$US-1992 [A]	House price to income [B]	Housing Credit [C]	Owner occupancy (%) [D]	Public Housing (%) [E]	Informal Housing [F]	Construction Costs (\$US/M <sup>2</sup> ) [G]	Permit Delays (months) [H]	Foreclosure Delays (months) [I]
Algeria	2,080	12		45	25	4	500	2	
Egypt	600	7	7	32	29	65	67	3	24
Morocco	950	7	7	48	15	18	158	3	
Jordan	1,240	3	19	75	12	15	150	7	3
Tunisia	1,440	8	8	87	15	29	369	12	24
USA	21,790	4	44	81	1	5	500	38	5
Turkey	1,830	5	3	80	5	51	110	2	8
Mexico	2,490	4	18	83	54	18	267	3	8

*Definitions: [B] Median House market price to median income; [C] ratio of housing loans to total loans in government and financial institutions; [D] percentage of dwellings occupied their owners; [E] percentage of dwellings owned managed and controlled by the public sector; [F] percentage of dwelling not in compliance with current regulations and those that occupy land illegally; [G] present replacement cost per square meter of a median priced unit; [H] median time to get approvals, titles and permits for a 50-200 unit residential subdivision at the urban fringe where residential development is permitted; and [I] typical time from start to finish of foreclosure (including eviction) on a seriously delinquent mortgage.*

Le difficile accès au financement contribue à cet état de fait pour les ménages issus des classes moyennes et inférieures. D'autres statistiques indiquent que, pour satisfaire à la demande, il faudrait construire annuellement au moins 750 000 logements, dont 480 000 pour les nouveaux mariés, 220 000 afin de remplacer des zones marginalisées et, enfin, 50 000 pour remplacer des édifices sur le point de s'écrouler. Le marché immobilier ne peut malheureusement s'acquitter que de 35 % de cette demande et construire annuellement 260 000 logements <sup>1262</sup>.

Le gouvernement égyptien consacra près de 50 % des ressources investies aux différents projets de l'État dans ce domaine afin de répondre à cette demande <sup>1263</sup>. Près de 63 000 logements à prix modiques furent ainsi construits en 1998, ce qui représentait près de la

<sup>1262</sup> S. EVERHART et D. ERB *et al*, *Egypt Overview*, *supra* note 1258, p. 5-6. S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 212-214.

<sup>1263</sup> S. EVERHART et D. ERB *et al*, *Egypt Overview*, *supra* note 1258, p. 6.

moitié des habitations construites sur le marché cette année-là <sup>1264</sup>. Ajoutons que 29 % des habitations dans ce secteur sont la propriété de l'État, comparativement à des taux de beaucoup inférieurs en Tunisie (15 %), au Maroc (12 %) et en Jordanie (12 %) (voir le Tableau 1 ci-dessus). Enfin, en comparaison de l'Algérie, de la Jordanie, du Maroc et de la Tunisie, l'Égypte détient le plus bas taux d'habitations occupées par leurs propriétaires, le plus élevé de citoyens habitant dans des logements étatiques à prix modiques et, enfin, le taux le plus élevé de personnes habitant dans le secteur « informel » de l'habitation (voir le tableau 1 ci-dessus). À toutes ces données correspondent autant d'empêchements au bon fonctionnement d'un marché immobilier qui doivent être corrigés.

Ainsi, en parallèle à ce marché immobilier que l'on pourrait qualifier d'« officiel » s'est développé une économie informelle, signifiant que des segments importants de la population se logent sinon dans des habitations de fortune, vivent en *squatters*. Les coûts importants associés aux divers permis de construction, combinés à la non-disponibilité du crédit, incitent des pans entiers de la population égyptienne à s'établir en marge des infrastructures publiques, dans des conditions insalubres, dangereuses et incontrôlées <sup>1265</sup>. Sachant qu'une proportion de 45 % de la population vit actuellement en zone urbaine et que cette proportion est appelée à franchir le seuil de 62 % au cours des vingt prochaines années <sup>1266</sup>, sachant aussi que plus de 20 % de la population égyptienne vit sous le seuil de la pauvreté (et principalement en milieu urbain) <sup>1267</sup>, d'aucuns ne pensent que la

---

<sup>1264</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>1265</sup> S.N. ERBAS et F.E. NOTHAFT, *Affordable Mortgages*, *supra* note 1259, p. 13.

<sup>1266</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>1267</sup> « Egypt », *World Fact Book*, en ligne: <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/> (consulté le 29 mai 2006).

pauvreté ne cessera d'augmenter à moins de radicalement transformer les conditions d'accès à la propriété et accroître le nombre d'habitations disponibles.

Pour cela, on soutient qu'un cadre législatif et réglementaire efficace en matière de crédit foncier doit être mis en place, et dont l'absence se fait cruellement sentir en Égypte depuis longtemps déjà.

### 3. Du cadre législatif et réglementaire égyptien en matière de crédit foncier

La crise du logement perdure et s'accroît en Égypte depuis maintenant plusieurs décennies <sup>1268</sup>. Tel que nous l'avons évoqué, plusieurs millions d'égyptiens vivent soit dans des maisons impropres à l'habitation, soit à plusieurs dans des appartements trop petits et bondés, quand ils n'ont tout simplement pas accès à une demeure quelconque. Paradoxalement, des millions de pieds carrés d'appartements luxueux demeurent inoccupés, voire invendus, et ce, dans toute l'Égypte, mais principalement dans les régions du Caire, d'Alexandrie et des nouvelles communautés urbaines <sup>1269</sup>.

Les raisons s'en trouvent, entre autres, dans les politiques à saveur socialiste mises en place par les gouvernements qui se sont succédés au pouvoir depuis la révolution de 1952. Ces politiques visaient à favoriser l'accès au logement, à l'éducation, ainsi que le plein-emploi. Ces politiques, relevant de l'État-providence, eurent cours jusqu'à la fin

---

<sup>1268</sup> S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 212-213.

<sup>1269</sup> A.A. SIRRY, *Different Approach*, *supra* note 1254; Daliah MERZABAN, « Results from Mortgage Law Eagerly Awaited », dans *American Chamber of Commerce in Egypt*, Janvier 2003, en ligne: [http://newsite.amcham.org.eg/resources\\_publications/publications/business\\_monthly/ifrmissue.asp?sec=17&subsec=Results%20from%20mortgage%20law%20eagerly%20awaited%20&im=1&iy=2003](http://newsite.amcham.org.eg/resources_publications/publications/business_monthly/ifrmissue.asp?sec=17&subsec=Results%20from%20mortgage%20law%20eagerly%20awaited%20&im=1&iy=2003) (consulté le 29 mai 2010); Peter SHAW-SMITH, « Mortgage Law Before Parliament », dans *American Chamber of Commerce in Egypt*, Juin 2000, en ligne: <http://www.amcham.org.eg/> (consulté le 29 mai 2006).

des années 1980. Le développement industriel s'organisa alors autour des grands centres que sont Le Caire et Alexandrie, y causant la migration des habitants des régions rurales, non sans créer une pression certaine quant à la capacité d'accueil de ces villes. Bien que le gouvernement et les municipalités s'efforcèrent de construire des habitations à loyers modiques, ils ne parvinrent jamais à satisfaire à la demande. Conséquemment, les services et les infrastructures publiques accusèrent un retard croissant, n'arrivant pas, éventuellement, à répondre aux nombreux besoins additionnels ainsi créés.

Afin de résoudre cette impasse, le Président Sadat introduisit, dans les années 1970, une planification urbaine consistant à établir de nouvelles cités dans le désert, loin des grands centres, afin d'y attirer une bonne partie de leur surpopulation. Une agence des nouvelles communautés urbaines (i.e. *Authority of New Urban Communities*) fut ainsi créée, afin de veiller à l'établissement et à l'implantation de ces nouvelles cités, confiant par ailleurs au secteur privé des terres afin d'y construire des logements, le gouvernement demeurant responsable des infrastructures et services publics. Plus de 580 000 logements furent ainsi construits sur une période d'environ vingt ans, dont la plupart demeurent inoccupés ou invendus. Nombre d'études démontrent qu'il en est ainsi en raison de la non-disponibilité du crédit pour la grande majorité des égyptiens <sup>1270</sup>.

Il existe, au-delà de ces problèmes de planification urbaine, des difficultés résultant de politiques en matière de contrôle des prix de loyers, de l'inefficacité des mesures de recouvrement à la disposition des créanciers et, enfin, de la non-disponibilité du crédit.

---

<sup>1270</sup> A.A. SIRRY, *Different Approach*, supra note 1254.

Les mesures visant le contrôle des loyers eurent un impact déterminant dans la crise du logement <sup>1271</sup>. Introduites lors de la Seconde Guerre mondiale à titre temporaire, elles furent consolidées et reconduites de façon permanente après coup. D'application générale à tout type de logement, elles eurent pour effet de réduire le prix des loyers et des propriétés, le prix des loyers étant fonction de la valeur de propriétés. Au surplus, cette législation socialiste conférait au contrat de louage un caractère transmissible par succession, aux héritiers légaux du locataire (i.e. ses ascendants et descendants), non limité ou défini dans le temps. Récemment abrogée, cette législation a refait place à la liberté contractuelle, qui a repris ses droits <sup>1272</sup>. Elle continue cependant de s'appliquer aux situations antérieures à son abrogation (pour des raisons que l'on ignore), laissant perdurer un contrôle des loyers pour de nombreuses habitations, qui ne reflète évidemment pas le prix du marché d'aujourd'hui <sup>1273</sup>. On comprendra aisément que ces mesures présentèrent un effet dissuasif considérable pour l'industrie de la construction. En effet, il n'y a aucun incitatif à devenir propriétaire d'une habitation, pour des fins personnelles ou à des fins de relocation, car ce n'est pas profitable, en plus d'imposer des obligations d'entretien aux propriétaires de logements, dont ils n'ont plus intérêt à s'acquitter, ce qui explique, au reste, la détérioration progressive et constante du parc immobilier égyptien.

---

<sup>1271</sup> *Ibid.* Voir aussi: Pierre LOZA, « The Not-So-Real Estate Market », *Al-Ahram Weekly*, 4 mars 2004, en ligne: <http://weekly.ahram.org.eg/2004/680/ec2.htm> (consulté le 29 mai 2010).

<sup>1272</sup> Cette législation fut abrogée en 1996. Voir : I.F.I. SHIHATA, *op. cit., supra* note 1174, p. 111. Tout dépend des sources consultées. Ce système hérité de l'ère nassérienne, datant de 1943, s'appelle le *khaliou* et serait toujours en vigueur d'après S. POMMIER, *op. cit., supra* note 1236, p. 214.

<sup>1273</sup> P. SHAW-SMITH, *loc. cit., supra* note 1269. Le gouvernement égyptien et la Banque mondiale en sont bien conscients, mais acceptent cet état de faits avec fatalisme, ne semblant pas croire qu'une mesure législative pourrait mettre fin à cette sorte de droits acquis. Voir : WORLD BANK, *Program Document – Affordable Mortgage Finance, supra* note 1246, p. 23, où l'on souhaite tout de même accélérer le processus de la fin de ce régime.

D'autre part, les mesures de recouvrement sont déficientes et ne sont habituellement pas favorables aux créanciers. De façon pratique, il y aurait impossibilité d'évincer un locataire pour non paiement du loyer ou pour tout autre défaut<sup>1274</sup>. La reprise de possession d'un bien ne serait pas davantage reconnue, que ce soit aux termes d'un bail ou d'une hypothèque. Les procédures judiciaires en ce domaine s'avèrent longues et complexes, durant minimalement entre 3 et 5 ans, et pouvant s'étirer sur une période de 15 ans. Plusieurs sources indiquent que l'article 1052 du Code civil égyptien interdirait l'éviction des occupants d'un logement même en cas de défaut<sup>1275</sup>, alors que la lecture de cet article ne permet pas, à première vue, de parvenir à pareille conclusion<sup>1276</sup>. Enfin, d'un point de vue culturel, la mesure d'éviction ne serait pas comprise ou admise, car il est inconcevable qu'une famille puisse se retrouver au pavé en cas de défaut. Cela découlerait, entre autres, des préceptes du droit musulman. Néanmoins, s'il faut en croire les observations de la Banque mondiale, de USAID et du gouvernement égyptien, cette situation serait en voie de changer. En effet, la création d'un tribunal spécialisé pour entendre les causes en matière hypothécaire et la formation d'agents de réalisation permettraient de contrer le phénomène antérieur. On ne recense qu'une dizaine de

---

<sup>1274</sup> P. SHAW-SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 1269; A. A. SIRRY, *Different Approach*, *supra* note 1254.

<sup>1275</sup> A. A. SIRRY, *Different Approach*, *supra* note 1254; D. MERZABAN, *loc. cit.*, *supra* note 1269; P. SHAW-SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 1269.

<sup>1276</sup> En effet, l'article 1052 CCE se lit comme suit : « 1. *All agreement that gives the right to creditor in case the debt is not settled at its maturity date, to appropriate the mortgaged realty in return for a defined amount whatsoever, or sell it without regard to the procedures imposed by the law, even if that agreement might have been concluded after the mortgage.* 2. *However, after the debt or an instalment thereof falls due, agreement may be reaches that the debtor shall cede to his creditor the mortgaged realty in settlement of his debt* ». Notre compréhension de cette disposition est peut-être liée à un problème de traduction du texte original en langue arabe du Code civil égyptien. Nous n'avons pas non plus accès à la jurisprudence l'ayant interprétée.

causes, entendues en 2007 et 2008, dont on ignore les détails. On rapporte toutefois que le tout s'est déroulé rapidement, à la satisfaction du marché hypothécaire naissant <sup>1277</sup>.

Tous ces facteurs expliqueraient pourquoi, malgré la libéralisation du marché de la construction dans les années 1990, la crise en ce domaine ne s'est pas résorbée <sup>1278</sup>.

L'industrie de la construction a préféré cibler les classes possédantes et construit un nombre de villas luxueuses. En raison des contraintes entourant l'exécution des jugements et l'éviction des locataires, les plus fortunés représentent un risque moins élevé à ce chapitre <sup>1279</sup>. Qui plus est, l'acquisition d'une propriété, dans ce contexte, n'est accessible qu'aux riches. Le mécanisme le plus courant consiste en une vente à tempérament sur une courte période de trois à cinq ans, comprenant un paiement initial important et à fort taux d'intérêt, pouvant aller jusqu'à vingt pourcent (20 %) <sup>1280</sup>.

Ajoutons à tout ce qui précède les empêchements à obtenir du financement pour la majorité des égyptiens. Ceux-ci doivent d'abord produire à l'institution financière leur

---

<sup>1277</sup> Voir : USAID / EGYPT, *Rapport quinquennal USAID 2004-2009*, supra note 1243, p. 22 (sous « Foreclosure court cases pending resolution »). Voir aussi : WORLD BANK, *Program Document – Affordable Mortgage Finance*, supra note 1246, p. 10, 21.

<sup>1278</sup> Voir : I. F. I. SHIHATA, *op. cit.*, supra note 1174, p. 110-111: « *All the previous elements considered in this paper are of little use if, at the end of the legal process, the decision of the court does not produce a significant effect for the litigants or the society. Many times lawyers, jurists, judges and legal reformers fall into the intellectual temptation of forgetting the real purpose of dispute resolution which is to serve the needs of the society and provide a remedy to aggrieved parties. Unfortunately, in too many countries the judicial process is often too complex and too costly an exercise which, at the end of the day, leaves the litigants in a situation no better than the one they were in at the beginning of their dispute. [...] In Egypt, even though a new legislation was issued in early 1996 to free unoccupied and new buildings from rent control, an estimated one million apartments or more remain vacant, owned mostly by Egyptians working abroad, as their owners fear they would be unable to cause the tenants to leave them when the owners need them for their own use or for use by their children when they grow up. The problems in this area deserve the utmost attention. Without the ability to enforce a judicial judgment properly, the whole exercise can become a purely academic pursuit* ».

<sup>1279</sup> A. A. SIRRY, *Different Approach*, supra note 1254; D. MERZABAN, *loc. cit.*, supra note 1269; P. LOZA, *loc. cit.*, supra note 1271.

<sup>1280</sup> A. A. SIRRY, *Different Approach*, supra note 1254.



bilan financier personnel, comprenant une déclaration de revenus, ce qui s'avère difficile, voire impossible, car les salaires sont très bas et les emplois, précaires et instables. Le marché de l'immobilier souffre par ailleurs de restrictions imposées au chapitre des prêts en ce domaine par la Banque centrale d'Égypte, qui, en 1998, imposa aux institutions financières égyptiennes un plafond de 5 % du crédit accordé aux prêts immobiliers <sup>1281</sup>. De plus, il est virtuellement impossible d'utiliser une propriété immobilière à des fins de sûretés. En effet, le cadastre et le système de publicité des droits s'avèrent archaïque, sinon inexistant et, jusqu'à récemment, les coûts d'enregistrement étaient exorbitants <sup>1282</sup>. Retracer une chaîne de titres est par conséquent impossible dans ce cas. D'après l'économiste Hernando De Soto, 92 % des immeubles et des terrains en zone urbaine, et 87 % en zone rurale, appartiennent au marché dit « informel » en Égypte, ce qui représenterait la modique somme de 290 milliards de dollars américains. Selon De Soto, les droits de propriété deviennent « formels » et partie intégrante du système lorsqu'ils font l'objet d'une publicité adéquate, qu'ils sont régis par un ensemble de règles exécutoires et qu'ils sont liés au reste de l'activité économique organisée. Aussi, affirme-t-il : « *[b]ecause ownership cannot be readily traced and validated, and exchanges cannot be governed by a legally recognized set of rules, their assets cannot be used in*

---

<sup>1281</sup> *Ibid.* Mais les réformes bancaires entreprises depuis 2004 visent justement à régler ce problème.

<sup>1282</sup> Les frais d'enregistrement étaient de l'ordre de 12 % de la valeur de la transaction immobilière. Ce pourcentage fut réduit à 6 %, puis à 3,5 %, pour finalement être aboli. Désormais, une tarification à taux fixes fut établie, avec un plafond maximal de 2000 livres égyptiennes, n'ayant aucun lien avec la valeur de la transaction immobilière. Voir : WORLD BANK, *Program Document – Affordable Mortgage Finance, supra* note 1245, n° 39, p. 12. Voir aussi les références, *infra*, note 1368. Cette mesure facilitera certainement l'implantation d'un régime de publicité des droits en Égypte, car les pays en voie de développement ont souvent tendance à empêcher son déploiement par l'imposition de taxes déguisées minant le processus d'enregistrement, en exigeant un pourcentage de la valeur de la transaction pour y procéder.

*efficient and legally secured market transactions. [...] It is useless as collateral* »<sup>1283</sup>.

Par conséquent, l'unique source de financement demeure l'épargne personnelle<sup>1284</sup>, ce qui rend la situation particulièrement difficile aux jeunes époux, la tradition exigeant qu'ils fassent l'acquisition d'une propriété avant le mariage<sup>1285</sup>.

Ainsi, le cadre législatif et réglementaire, de même que le système financier, sont profondément inappropriés en Égypte pour les besoins du crédit foncier<sup>1286</sup>. Au surplus, le prêt à intérêt, l'hypothèque ou toute forme de sûreté sans dépossession, ainsi que toute mesure d'éviction, seraient contraire à une certaine conception de la tradition islamique. Toutefois, le gouvernement égyptien a réussi, dans un contexte difficile, à faire adopter par le parlement la *Real Estate Finance Law*, dont l'objectif premier est de donner accès au crédit « formel » par l'entremise de contrats de financement (i.e. « *finance agreements* ») et de faciliter les procédures de réalisation des créanciers en réduisant les délais à 90 jours. Cette loi a également pour objectif de développer le marché des prêts hypothécaires par la création d'un fond au bénéfice des classes moyennes et des nécessiteux. L'adoption de la *Real Estate Finance Law* se fit suite à des années de débats houleux. En 1998, une version antérieure de ce texte fut retirée du parlement en raison

---

<sup>1283</sup> Hernando DE SOTO, *Dead Capital and the Poor in Egypt*, Le Caire, The Egyptian Center for Economic Studies, 1997.

<sup>1284</sup> A. A. SIRRY, *Different Approach*, *supra* note 1254.

<sup>1285</sup> D. MERZABAN, *loc. cit.*, *supra* note 1269.

<sup>1286</sup> Voir cependant l'avis de la Banque mondiale, dans WORLD BANK, *WB Project Appraisal Document*, *supra* note 1244, où l'on affirme, à l'annexe 4.3: « *Egypt has a comprehensive set of laws governing real estate, real estate transactions, real estate finance, and registration of real estate rights, as well as a generally comprehensive and adequate laws regulating agency, easements and real covenants, urban planning, building codes, landlord-tenant relations, adverse possession (not against state land) and real estate taxation. [...] Real estate can be bought, sold, leased, inherited and given as security for a debt. The owner has the exclusive right to possess, use and dispose of it within the limits of the law* ». Il est étonnant que la Banque mondiale formule de pareilles conclusions, qui sont reprises dans WORLD BANK, *Program Document – Affordable Mortgage Finance*, *supra* note 1246, n° 36, p. 11.

des déclarations d'un leader musulman à l'effet que les hypothèques sont proscrites en droit musulman parce que fondées sur l'intérêt. Ce même leader a par la suite adouci sa position, en précisant que les prêts bancaires ne devraient être octroyés que pour les « nécessités de la vie ». Quoi qu'il en soit, la *Real Estate Finance Law* fut soumise aux institutions de l'islam officiel d'Égypte<sup>1287</sup>, qui l'approuvèrent, après avoir suggéré certains changements terminologiques. Par exemple, les termes « *interest payments* » devinrent « *cost of finance* ». <sup>1288</sup>

En somme, la *Real Estate Finance Law* fut décrite comme suit :

The law set the General procedures for lending, indicating that lending under this law is a three sided agreement that includes lender, owner and buyer. The law defines that the reasons for getting loans include purchasing, building and remodeling and upgrading buildings. The principle of valuation of property to be bought by credit is set and regulated, the title is given to the buyer when the deal is completed. <sup>1289</sup>

Tel que nous le verrons dans les prochaines sections, la *Real Estate Finance Law* s'éloigne du régime hypothécaire pourtant édicté aux termes du Code civil égyptien pour opérer, semble-t-il, un retour aux sources du droit islamique, selon la conception qui en est véhiculée en Égypte d'aujourd'hui. Cette loi sera-t-elle propice à la création d'un véritable régime de crédit foncier ? Quelle en sera la portée véritable ? Bénéficie-t-elle

---

<sup>1287</sup> S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1269, p. 117-129, en particulier à la p. 118 : « *L'islam officiel s'articule aujourd'hui autour de trois institutions : le ministère des Waqfs, le mufti de la République et surtout la grande mosquée d'Al-Azhar (« la Plus Fleurie »), grand pôle de référence et centre de formation de l'islam sunnite.* » S. Pommier n'hésite pas à parler d'une instrumentalisation du religieux par l'État égyptien, car il s'est approprié la nomination de leurs têtes dirigeantes, dont celles du mufti de la République et du Recteur d'Al-Azhar, également une université musulmane. Ces autorités sont appelées, dans leur fonctions, à juger de la conformité des lois égyptiennes à la *chari'a*, afin d'assurer leur légitimité auprès du peuple. Cette instrumentalisation est cependant décriée par les figures radicales du mouvement islamiste, car comme on sait, l'islam ne connaît pas d'institution ou d'autorité hiérarchique.

<sup>1288</sup> A. A. SIRRY, *Different Approach*, *supra* note 1254; D. MERZABAN, *loc. cit.*, *supra* note 1269; P. SHAW-SMITH, *loc. cit.*, *supra* note 1269.

<sup>1289</sup> A. A. SIRRY, *Different Approach*, *supra* note 1254.

de l'infrastructure nécessaire à son déploiement ? S'est-on assuré de sa cohérence interne, d'une part, et de sa cohérence plus large s'inscrivant dans le système de droit égyptien, d'autre part ? Par exemple, quelle sera son interaction avec le Code civil égyptien, avec les lois de procédure civile et d'insolvabilité ? Autant de questions que nous allons analyser dans ce travail, qui sont d'autant plus pertinentes sachant que, cinq ans après son adoption, seulement seize (16) contrats de financement immobilier furent contractés sous son égide. De là à parler d'un échec, il n'y a qu'un pas qu'il est très facile de franchir <sup>1290</sup>. Par la suite, le marché immobilier a connu un certain essor, mais qui fut néanmoins qualifié de « timide » par la Banque mondiale <sup>1291</sup>.

Ainsi, l'adoption de ce texte législatif constitue une reconnaissance du problème entourant le crédit foncier par le gouvernement égyptien, mais qui ne peut actuellement prétendre s'élever au rang de solution. Pourtant, d'aucuns ne remettraient en question aujourd'hui l'importance pour l'économie d'un régime de crédit foncier qui fonctionne. Un tel régime encourage l'investissement et libère des sommes qui sont disponibles chez les épargnants à d'autres fins que le logement, contribue à l'amélioration du niveau de vie, à la réduction de la pauvreté, au développement d'un secteur financier, à la création d'emplois, etc. <sup>1292</sup> Qui plus est, même s'il existe plusieurs façons de concevoir un régime de crédit foncier, ceux qui fonctionnent partagent habituellement tous néanmoins, à des degrés divers, les éléments suivants :

One of these features is the availability of long-term loans, of 20 years or more from a number of competing institutions, provided requirements are met. Another feature

---

<sup>1290</sup> S. EVERHART et D. ERB, dir., *Egypt Overview*, *supra* note 1258.

<sup>1291</sup> *Supra*, note 1249.

<sup>1292</sup> S.N. ERBAS et F.E. NOTHAFT, *Affordable Mortgages*, *supra* note 1259, p. 18.

is that the market has to be an active one, where loans could be used to purchase new property and secondhand ones. Moreover, the rate charged to market loans should be at market price, which is sufficient to cover the cost of raising funds, administration costs, risk, and profit. Another common feature is that the procedures for purchasing and selling a house are smooth and efficient. <sup>1293</sup>

Concrètement, cela suppose des méthodes d'évaluation généralement acceptées et reconnues par tous, un régime de titre et de publicité efficace <sup>1294</sup>, un libre cours à l'autonomie de la volonté des parties, des taux d'intérêts qui tiennent compte de la situation du marché et de l'inflation, des mesures de réalisations simples et peu coûteuses <sup>1295</sup>. Enfin, il faut éviter de confondre les mesures de justice distributive visant à redistribuer des avantages salariaux ou autres avec les législations de crédit foncier, car « *it will deter the development of the mortgage market as people will be discouraged from entering into long-term commitments, [...] the financial system is a very inefficient and inequitable tool for delivering subsidies* » <sup>1296</sup>, ce à quoi s'évertue pourtant la *Real Estate Finance Law*.

---

<sup>1293</sup> Ziad Bahaa ELDIN, Mahmoud MOHIELDIN et Sahar NASR, *Prospects of Mortgage Markets in MENA Countries: An Analysis of Financial, Legal and Institutional Aspects with Emphasis on the Egyptian Case Study*. ERF 11<sup>th</sup> Annual Conference, septembre 2004, p. 3, en ligne: [http://www.erf.org.eg/cms.php?id=publication\\_details&publication\\_id=559](http://www.erf.org.eg/cms.php?id=publication_details&publication_id=559) (consulté le 30 mai 2010).

<sup>1294</sup> Dans le système actuel, force est de constater que ce n'est pas le cas : « *acquiring formally a piece of land to build a dwelling unit and then register the property following legally established procedures, will require the individual to carry out 77 bureaucratic procedures in 31 different public and private offices, all of which could take 6-14 years* ». Voir : Ayman Ibrahim KAMEL EL-HEFNAWI, « *Protecting* » agricultural land from urbanization or « *Managing* » the conflict between informal urban growth while meeting the demands of the communities (*Lessons learnt from the Egyptian policy reforms*), thèse de doctorat, Université du Caire, Faculté d'ingénierie, 2001 [non publiée], p. 9. Nous avons pu consulter sur place cette thèse lors d'une rencontre avec son auteur survenue le 12 novembre 2005 au Caire. De plus, Ayman Ibrahim Kamel El-Hefnawi était alors « *Environmental Management Expert, at the Housing & Building Research Center, Urban Training & Studies Institute, Ministry of Housing, Utilities & Urban Communities, Government of Egypt* ».

<sup>1295</sup> H. DE SOTO, *op. cit.*, *supra* note 1283.

<sup>1296</sup> Z.B. ELDIN, M. MOHIELDIN et S. NASR, *loc. cit.*, *supra* note 1293, p. 11.

Comment expliquer le fait que l'Égypte fasse moins bien, en termes de crédit foncier, que d'autres pays en voie de développement d'Amérique latine, d'Asie ou d'Europe de l'Est ? <sup>1297</sup> Le mécanisme traditionnel de la vente à tempérament, qui demeure à ce jour le véhicule privilégié en Égypte, n'assure le transfert du titre de propriété à l'acheteur que lors du dernier versement, limitant ainsi ses droits et créant une période d'amortissement plus courte à laquelle correspond des versements plus élevés. De plus, la *Real Estate Finance Law* n'autorise que des prêts à taux fixes, qui ne permet donc pas de s'adapter aux conditions changeantes du marché et de modifier conséquemment les modalités de remboursement pour en tenir compte.

Afin de bien comprendre les tenants et aboutissants de cette législation et d'apporter des pistes de réponses aux nombreuses questions qu'elle suscite, il faut d'abord analyser de quelle façon la gouvernance et la règle de droit sont envisagés en Égypte. Nous verrons que l'historique des sources égyptiennes du droit s'avère un parcours tumultueux.

### **C. La gouvernance et la règle de droit : un historique tumultueux des sources égyptiennes du droit**

Avant d'aborder notre analyse des sources égyptiennes du droit qui nous mènera à celle de la *Real Estate Finance Law*, il nous faut dire quelques mots au sujet de la méthodologie suivie et des sources disponibles à nos fins. En effet, l'étude du droit égyptien est une entreprise périlleuse pour plusieurs raisons, dont certaines furent évoquées comme suit :

[...] Egyptian law is certainly the result of continuous contacts between generations of jurists, and it is probably therein that its wealth is to be found. It is also, of course, the product of history and the changes in the Egyptian society. But Egyptian

---

<sup>1297</sup> S.N. ERBAS et F.E. NOTHAFT, *Affordable Mortgages*, *supra* note 1259, p. 14, 22 et 23.

law – legislation and case-law together – is nevertheless in its different branches a law for itself, original and distinct from its sources of inspiration. Whence, the interest in becoming acquainted with it. However, it is difficult to approach because of the absence of works treating of it in a manner which is both detailed and embracing. It is no longer written in French; Western research deals only sparingly with it, and Arab legal literature, however abundant it may be, nevertheless remains dispersed and difficult of access.<sup>1298</sup>

Mentionnons toutefois que la législation est parfois disponible en langue anglaise, mais qu'elle ne l'est pas en français. Nous référons donc, dans les pages qui suivent, aux traductions anglaises que nous avons réussi à obtenir, lors de voyages en Égypte, de textes qui nous sont apparus pertinents dans le contexte de la présente recherche. Cependant, nous ne pouvons présumer de leur complétude ou exactitude, ni qu'ils n'aient été modifiés, abrogés ou remplacés par d'autres. De surcroît, ces traductions ne sont pas nécessairement de lectures aisées pour le juriste occidental, puisque référant, plus souvent qu'autrement, à des idées ou concepts étrangers à notre tradition. Nous croyons également que ces traductions peuvent avoir souffert de cette non-réciprocité culturelle.

Il est important de souligner que nous n'avons pas eu d'accès direct à la jurisprudence, à laquelle nous référons parfois, mais de sources secondaires. Nous n'avons donc pas pu nous faire une idée précise (et personnelle) de l'interprétation des lois par les tribunaux égyptiens que seule une étude de la jurisprudence aurait permis d'achever.

En ce qui a trait à la doctrine juridique, le traité le plus récent à notre connaissance est l'œuvre de deux juristes français maintenant émigrés et professant dans des universités du Caire. Dans ce livre de Baudouin Dupret et Nathalie Bernard-Maugiron, paru en 2002, figurent des contributions d'« *Egyptian jurists, [...] those who, because they have been*

---

<sup>1298</sup> Voir: Baudouin DUPRET et Nathalie BERNARD-MAUGIRON, « Preface », dans Baudouin DUPRET et Nathalie BERNARD-MAUGIRON, dir., *Egypt and Its Laws*, Londres, Kluwer Law International, 2002, p. xxii.

*educated in this law and practice it while contributing to its construction and transformation, have an intimate knowledge of it* »<sup>1299</sup>. Il est néanmoins significatif de relever qu'aucune ne traite de la *Real Estate Finance Law* ni n'en fait mention, de près ou de loin, loi qui fut pourtant adoptée en 2001 par le gouvernement égyptien aux termes d'un long processus, donc avant la parution du livre. De nos visites en Égypte dans le cadre de l'Étude de terrain ACIDI, nous avons été à même de constater qu'hormis quelques juristes égyptiens du ministère de la Justice de ce pays, les principaux commentateurs de la *Real Estate Finance Law* sont principalement des économistes ou des urbanistes, sans connaissance véritable du droit et de ses sources. Nous avons rencontré le professeur Bernard-Maugiron ainsi que le doyen de la Faculté de droit de l'Université du Caire, qui nous ont affirmé qu'à leur connaissance, la communauté juridique égyptienne n'avait pas été impliquée dans ce processus, ce qui constitue un élément additionnel qui permettrait d'expliquer l'insuccès de l'implantation de cette loi.

Nous nous sommes dès lors tournés vers les sources disponibles. Certains textes nous furent remis par des fonctionnaires œuvrant au sein des différents ministères du gouvernement égyptien, d'autres émanent de sources internationales ou universitaires, de comparatistes réputés, glanés de par le vaste monde. Notons enfin que la littérature provenant des sciences politiques et économiques, ainsi que de la sociologie, nous est apparue plus abondante que la littérature juridique. Nous y avons donc puisé lorsque nécessaire.

---

<sup>1299</sup> *Ibid.*, p. xxii.



Ainsi, nous nous reposons sur les rencontres effectuées auprès de membres du gouvernement égyptien lors de l'Étude de terrain ACIDI, mais encore davantage sur les sources documentaires secondaires que nous avons pu recueillir ici ou en Égypte. Considérant la difficulté d'accès de ces sources, notre recherche, sans prétendre à l'exhaustivité, demeure néanmoins le fidèle reflet de cette expérience.

Nous allons donc procéder en deux temps, où nous aborderons successivement l'historique et l'évolution de la tradition islamique en Égypte [1], pour ensuite y cerner l'évolution du droit patrimonial, balancier oscillant entre droit islamique et droit civil [2], avant de considérer, dans la prochaine section, le texte même de la *Real Estate Finance Law* dans ce contexte bien particulier.

1. De l'historique et de l'évolution de la tradition islamique du droit en Égypte

Il est de toute première importance de bien saisir que l'Égypte a toujours été partie intégrante, depuis son origine au VII<sup>e</sup> siècle de notre ère, de ce que l'on appelle la tradition juridique islamique<sup>1300</sup>. L'étude des origines de cette tradition, puis de son évolution jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle [1.1], est le passage obligé qui, seul, mènera à une compréhension véritable de la société égyptienne et de sa culture d'aujourd'hui. Sans cela, toute tentative d'explication de la situation juridique égyptienne actuelle serait vouée à l'échec, car cette tradition juridique l'a non seulement façonnée dans son droit mais aussi dans toutes ses dimensions, les sphères privé et publique de cette religion étant indissociables.

---

<sup>1300</sup> Voir, de manière générale, la synthèse proposée par H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2<sup>e</sup> éd., Gosport, Oxford University Press, 2004, p. 170 et suiv.

Si l'on voulut d'abord occidentaliser le droit égyptien à l'occasion d'une première période de réformes qui eut cours entre 1840 et 1930 [1.2], l'on tenta plutôt d'opérer un compromis entre la tradition musulmane et le droit occidental lors de la période subséquente, qui culminera avec la codification de 1948 [1.3]. Cet esprit de compromis s'est par la suite évanoui, car l'on assiste, depuis 1952 jusqu'à nos jours, à ce que plusieurs observateurs ont identifié comme étant la réislamisation progressive de la société et du droit égyptien [1.4].

### 1.1 les origines et l'évolution, du VII<sup>e</sup> siècle au XIX<sup>e</sup> siècle

Remonter aux sources du droit musulman, en exposer brièvement le panorama, s'inscrit dans une tentative d'en cerner la philosophie générale. Pour ce faire, on peut identifier les sources formelles de ce droit et les différentes écoles d'interprétation, afin d'être mieux pénétrés des caractéristiques qui lui sont propres. S'agit-il d'un droit immuable ou est-il capable de s'adapter aux inévitables changements qui forment les sociétés au fil du temps ? Voilà l'objet de notre réflexion, qui n'a aucune prétention d'exhaustivité, mais qui consiste essentiellement à fournir un éclairage sur les exigences posées dans un contexte de réforme du droit par une société de tradition musulmane.

Certains auteurs affirment que le fondement du droit musulman serait à n'en point douter le Coran même, le Livre sacré de la révélation d'Allah à son dernier prophète, Mahomet <sup>1301</sup>. D'autres, au contraire, ne lui accordent qu'une importance relative :

[r]eading the Koran is a major undertaking, however, and particularly if you are most interested in its law. There is not really much law in it, most say, involving some 500 of the 6,000 – odd verses, and they are just scattered around, in no particular, evident order. [...] So the Koran has some law, but not much, and it's

---

<sup>1301</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 353.

hard to find. It was, however, an inspiration, a source, of further law, and once completed the working-out of all its implications could begin.<sup>1302</sup>

L'élaboration du droit musulman s'étend sur quelques siècles après cette révélation, qui donna naissance à la « Sunna », deuxième source du droit musulman, consistant en les enseignements attribués au Prophète, devant servir de guide à tous les musulmans, autrement appelée « tradition ». Cette Sunna se retrouve dans les « hadiths », décrits comme étant des « *statements which have been passed on in a continuous and reliable chain of communication, from the Prophet himself, to present adherents* ». L'établissement de la fiabilité et de la validité des hadiths serait une tâche demeurant controversée, même de nos jours, parmi les interprètes autorisés. La troisième source du droit musulman serait la « Ijma », équivalent à une conviction religieuse partagée parmi les interprètes autorisés, objet de consensus. Une fois atteint, ce consensus ne peut être remis en question, consensus qui s'observe par ailleurs de diverses manières selon les écoles d'interprétation du droit musulman.

La dernière source du droit musulman serait la « qiya », décrite comme un raisonnement analogique utilisé par les juristes islamiques, afin de faire coïncider une situation factuelle donnée à un principe déjà établi en vertu du Coran, de la Sunna, des hadiths et de l'Ijma.

Ce faisant, il ne s'agirait pas de changer le corpus des sources du droit tel qu'il fut établi

---

<sup>1302</sup> H.P. GLENN, *op. cit.*, *supra* note 1300, p. 172. Voir aussi: Yvon LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, vol. 1, Paris, Mouton & Co, 1965, n<sup>os</sup> 33-34, p. 31-33, pour qui le Coran et la Sunna ne sont pas des sources « formelles » du droit musulman, car « [...] celui qui doit enseigner le Fiqh ou l'appliquer ne peut s'en tenir exclusivement ni au Coran ni aux hadiths s'il lui faut connaître d'une façon précise la règle positive. [...] Toujours est-il, et quelle que soit l'explication fournie, même dans les matières auxquelles le Coran apporte un important fondement révélé, le système établi finalement par les légistes, en d'autres termes, le droit positif, est loin de constituer un simple développement des textes coraniques. Celui qui s'aviserait de vouloir retrouver tout le droit musulman dans le Coran, serait aussi désarmé que s'il espérait apprendre le droit canonique de l'Église catholique, en s'aidant uniquement des Écritures. [...] Ainsi, abstraction faite de quelques usages locaux dont les auteurs ont eu soin, du reste, de fixer et la portée et le domaine d'application, la doctrine demeure la seule source formelle du droit musulman ».

au X<sup>e</sup> siècle de notre ère, bien au contraire. Toutefois, notons, dans ce contexte, que le droit musulman ne reconnaît pas le principe de l'autorité du précédent ou du *stare decisis*. Le juge musulman adopte une approche au cas-par-cas. La coutume et la jurisprudence ne sont pas considérées à titre de sources du droit, bien que le *fiqh*, c'est-à-dire l'interprétation de la *chari'a* par les différentes écoles, leur fait une certaine place. En somme, la *chari'a*, qui signifie la voie à suivre, est constituée du Coran, de la Sunna, de la Ijma et des Qiyas, représentant l'ensemble du droit musulman. La *chari'a* ne fut pas conçue de manière systémique et n'est régie par aucune autorité législative. Elle peut donc vouloir dire plusieurs choses différentes, selon l'école d'interprétation à laquelle l'on réfère, bien qu'il soit généralement admis que ces écoles partagent nombre de principes communs.<sup>1303</sup>

On considère cependant que ces sources que nous venons d'identifier, bien que présentant un intérêt certain du point de vue historique, ne constitueraient pas pour autant des « sources formelles » du droit musulman :

14. Pour nous, qui n'avons pas voulu nous placer dans une optique historique, et qui ne considérons le droit musulman qu'à partir du moment où son élaboration est achevée, il importe seulement de rechercher, non point les éléments à l'aide desquels il a pu se constituer dans le passé (les sources historiques), mais les documents, au sens large du mot, où il se trouve consigné, où l'on peut en trouver l'expression autorisée. De là, le titre de « sources formelles », préférable à celui, beaucoup trop ambigu, de « sources actuelles », qui pourrait laisser croire qu'il existe de nos jours des autorités (jurisprudence, coutume, pouvoir législatif) susceptibles de concourir à une formation actuelle de ce droit.

15. **Où donc se trouve formulé le droit musulman ?** La réponse est à la fois plus simple et plus compliquée que lorsqu'il s'agit des autres systèmes juridiques. Elle est plus simple, en ce sens qu'il n'existe en droit musulman qu'une seule source où il soit permis de puiser la règle légale : la Doctrine. Il n'y a pas dans l'Islam d'autorité – homme ou assemblée – investie du pouvoir de créer la norme juridique, voire, de simplement modifier la règle en vigueur depuis dix siècles. La notion de

---

<sup>1303</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 351-372 ; H.P. GLENN, *op. cit.*, *supra* note 1300, p. 170-221.

loi, dans son acception occidentale, y est inconnue. La jurisprudence, dont le rôle a été considérable durant la période de formation de ce droit, n'a plus eu, depuis l'établissement des écoles juridiques entre lesquelles se répartissent tous les musulmans, de fonction créatrice. Même remarque en ce qui concerne la Coutume qui a été historiquement une des sources du Fiqh, mais qui ne garde plus, du point de vue orthodoxe, de valeur légale que sous la forme de l'usage local dont il arrive parfois qu'il soit tenu compte, dans certaines matières d'importance secondaire.

Mais cette apparente simplicité ne laisse pas de poser des problèmes délicats, à telle enseigne qu'un spécialiste du droit musulman a pu écrire : « On ne sait au juste où est la loi ».

Cela tient au fait que ce n'est pas, le plus souvent, à l'œuvre du fondateur de l'école, voire de ses disciples immédiats, qu'il y a lieu de se référer pour connaître la loi. Si surprenant que cela puisse paraître, dans chaque école, une ou plusieurs œuvres « parfois de basse époque » se sont imposées comme l'expression de la doctrine officielle de cette école. Seuls, ces ouvrages sont consultés dans la pratique, ils font, en quelque sorte, office de codes, et on ne recourt aux ouvrages fondamentaux, ceux du fondateur de l'école ou de ses disciples immédiats, que dans des cas exceptionnels, soit que l'on fasse, soi-même, œuvre scientifique, soit que l'on veuille s'assurer de la parfaite orthodoxie du texte utilisé.<sup>1304</sup>

Ces différentes écoles d'interprétation divisent la tradition islamique en deux, avec d'un côté la tradition orthodoxe sunnite, et de l'autre, l'hétérodoxe (incluant les chiites et les kharejit). De la tradition orthodoxe, on dénombre quatre écoles : hanafite, malékite, chaféite et hanbalite. Quant à l'hétérodoxe, on retrouve les écoles zeydite et djafartiste<sup>1305</sup>. Il n'est pas de notre ressort de procéder à l'analyse des doctrines proposées par chacune de ces écoles, bien que là réside le droit musulman. Nous nous contenterons d'en évoquer certaines solutions dans le cadre de notre analyse du droit égyptien actuel lorsqu'approprié, en référant aux spécialistes de ces questions.

Nous pouvons néanmoins dégager, à ce stade-ci, les principales caractéristiques de ce droit, créé entre les VII<sup>e</sup> et X<sup>e</sup> siècles de notre ère, cristallisé depuis lors. Certains auteurs ont tenté de procéder à son organisation réfléchie<sup>1306</sup>, mais il n'est pas à proprement parlé

<sup>1304</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note 1302, p. 20-21.

<sup>1305</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 351-352.

<sup>1306</sup> C'est notamment le sens de la contribution de Yvon Linant de Bellefonds, qui, dans son traité de droit musulman comparé, ne fait pas œuvre de droit comparé au sens classique du terme ou

« systématisé », comme on l'entend en Occident <sup>1307</sup>. De plus, la frontière entre droit et religion n'existerait pas dans l'Islam, s'agissant d'un droit révélé, immuable <sup>1308</sup>. Pour cela, il ne saurait être considéré à titre supplétif à d'autres systèmes juridiques, à l'inverse du droit canon catholique, car le concept occidental de l'État-nation serait étranger à l'Islam, le gouvernement des hommes ne pouvant être « souverain » et étant plutôt subordonné à l'application de la loi divine. Enfin, l'Islam se distinguerait des autres religions monothéistes par une absence remarquable de hiérarchie institutionnelle, ne connaissant pas d'équivalent au Grand Sanhédrin juif, à la papauté catholique, pas plus qu'aux autres hiérarchies connues des églises chrétiennes <sup>1309</sup>.

L'Islam et son droit sont-ils capables d'évoluer au gré des situations nouvelles que le temps ne manque pas d'apporter avec lui ? Son caractère immuable fut relevé à de nombreuses reprises : « *the door of endeavour has been closed* », « *la porte de la connaissance est fermée* ». Peut-on de nouveau ouvrir cette porte ? Singulier débat, désormais maintes fois séculaire. Ce caractère immuable n'est pas sans présenter un effet délétère quant à toute velléité de dissocier État et religion, ainsi qu'à l'égard de tout effort de modernisation de la législation pour l'adapter aux besoins de l'époque actuelle, l'exemple égyptien étant révélateur :

En somme, depuis le septième siècle de l'Hégire (XIII<sup>e</sup> siècle), la Loi musulmane est immuable et intangible ; de sorte qu'aucun gouvernement, aucune assemblée législative, aucun parlement ne pourrait apporter la moindre modification aux règles

---

seraient comparés le droit musulman et un autre droit, mais procédant plutôt à la comparaison des différentes écoles de doctrines orthodoxes du droit musulman. Voir : Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note 1302, p. 7-18.

<sup>1307</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 59-64, p. 54-58.

<sup>1308</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 358.

<sup>1309</sup> H.P. GLENN, *op. cit.*, *supra* note 1300, p. 179, 208-213.

juridiques telles qu'elles ont été fixées aux troisième et quatrième siècles, dans les ouvrages des fondateurs d'écoles et de leurs disciples immédiats.

[...] Aujourd'hui, cette discipline [i.e. "taqlid", cette doctrine de l'immutabilité], s'impose avec la même rigueur qu'il y a dix siècles et la doctrine orthodoxe ne reconnaît même pas à toute la communauté musulmane unanime le droit de s'y soustraire. Le respect de ce principe explique, comme nous le disions, la politique législative si embarrassée qui a été celle de l'Égypte, durant le demi-siècle passé, quand les autorités se sont avisées d'apporter quelques changements aux règles de droit hanafite encore appliquées dans le pays. Pour y arriver on a dû avoir recours à des procédés compliqués, à de véritables expédients juridiques qui n'ont permis que des réformes assez modestes qui contrastent par leur timidité avec l'ampleur de l'œuvre législative accomplie dans les autres domaines.

[...] Nulle part, cependant [dans le monde arabo-musulman] la substitution de ce droit positif [i.e. établi par le législateur] aux règles du droit musulman, ne fut totale. De même que dans l'Empire romain ont coexisté pendant longtemps jus civile et droit prétorien, de même, dans tout l'Islam, va s'établir une répartition de compétence entre ces deux systèmes qui vont chacun avoir un domaine exclusif d'application. [...] <sup>1310</sup>

[Notre soulignement]

Les domaines du droit des personnes, de la famille, des successions, des libéralités, du *waqf*, furent jadis considérés davantage immuables que celui du droit commercial. Ce ne serait toutefois plus le cas aujourd'hui, tous les champs du droit, dans l'esprit musulman, devant se conformer aux préceptes de la *chari'a*, incluant le crédit foncier <sup>1311</sup>. En dépit

<sup>1310</sup> Voir : Yvon LINANT DE BELLEFONDS, « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte », (1955) *Rev. Int. dr. comp.* 5, 8, 10 et 11.

<sup>1311</sup> Ce qui n'est pas sans présenter de difficultés, même dans le domaine de la finance islamique. Voir, à ce sujet : Mohamed EL FATIH HAMID, « Development Financing in conformity with the Shari'ah : Instruments and Limitations », dans Sabine SCHLEMMER-SCHULTE et Ko-Yung TUNG, dir., *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata : International Finance and Development Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 387. Notons toutefois que nombre d'auteurs, juristes ou non, répandent encore l'idée, à tort selon nous, que l'Égypte est un pays de droit civil, sauf quant aux matières relevant du statut personnel. C'est ce que soutient laconiquement S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 79-80 : « La source principale de la loi est censée être la charia, mais cette référence prévaut surtout sur les questions de statut personnel. Pour le reste, le corpus mêle des innovations récentes, le legs des législations européennes adoptées au XIX<sup>e</sup> siècle, notamment le Code Napoléon [sic], et des survivances du droit ottoman ». Voir aussi : UNIVERSITÉ D'OTTAWA, FACULTÉ DE DROIT, « Les systèmes juridiques dans le monde – Répartition géographique », en ligne : [www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/framonde.php](http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/framonde.php) (consulté le 6 août 2008). Cette classification considère l'Égypte comme un pays civiliste avec des point(e)s de droit musulman. Voir de même : UNIVERSITÉ D'OTTAWA, FACULTÉ DE DROIT, « Les systèmes juridiques dans le monde – Répartition géographique », en ligne : <http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/fr-afrique.php> (consulté le 6 août 2008). En réalité, la question s'avère beaucoup plus complexe, comme nous allons le démontrer dans les pages qui suivent.

de son immutabilité, le droit musulman tente de s'adapter aux circonstances changeantes de la société. Pour ce faire, principalement deux techniques sont utilisées. La première consiste à justifier de nouvelles règles en puisant à d'autres écoles d'interprétation que l'hanafite. Lorsqu'infructueuse, cette méthode cède le pas à des modifications législatives de nature procédurale (par opposition à des modifications d'ordre substantif). De cette manière, le législateur Égyptien limita l'exercice de certains droits, ou encore, la compétence des tribunaux en certaines matières. On a également recours aux fictions juridiques afin d'atteindre un résultat sans contrevenir à l'esprit de la *charî'a* <sup>1312</sup>. L'expérience égyptienne en la matière fut commentée comme suit :

Les méthodes utilisées évoquent les procédés par lesquels les juges anglais ont pu tourner parfois la règle de l'« authoritative precedent ». En effet, le *fiqh* laisse un jeu à la coutume, à la convention des parties, à la réglementation administrative qu'il est possible, sans lui porter atteinte, de parvenir à des solutions qui permettent de construire une société moderne. <sup>1313</sup>

Comme nous le verrons, la *Real Estate Finance Law* et sa réglementation font largement appel à de tels procédés. Quoi qu'il en soit de l'immutabilité du droit musulman, la société égyptienne, au carrefour de plusieurs influences, traversa une période d'occidentalisation généralisée de ses institutions, à commencer par son droit, dont il nous importe de rendre compte.

---

<sup>1312</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, *loc. cit.*, *supra* note 1310, p. 15, 26. Voir également : Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note 1302, p. 42-44.

<sup>1313</sup> Voir: R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 361. Voir également: Richard Abraham DEBS, *The Law of Property in Egypt: Islamic Law and Civil Code*, Thèse de doctorat (Ph.D.), Princeton University, Modern History, 1963, University Microfilms Inc., Ann Arbor, Michigan, p. 139.



## 1.2 l'occidentalisation du droit égyptien : première période de réforme (1840-1930)

Au XIX<sup>e</sup> siècle, l'Égypte était partie intégrante de l'empire Ottoman. Mohammed Ali, alors pacha d'Égypte, en restaure l'autorité après quatre années d'une guerre civile qui se terminera par la retraite de l'armée française de Napoléon Bonaparte <sup>1314</sup>. Sous son règne (qui se prolongera par sa lignée jusqu'en 1952), une vague de réformes d'envergures sera appliquée au pays, qui fit largement place aux idées occidentales, l'expertise d'étrangers étant sollicitée au passage pour quantité de sujets, et ce, dans le but avoué de combler le décalage Orient-Occident alors existant <sup>1315</sup>.

---

<sup>1314</sup> Il est fascinant de lire le récit de l'expédition égyptienne du futur empereur à l'époque du Directoire, qui durera quelques années, de 1798 à 1801. Au-delà des motifs relevant de la politique étrangère de la France d'alors et des ambitions personnelles de Napoléon, celui-ci tenta lors de son arrivée en Égypte de s'ériger au rang de protecteur des musulmans contre la férule mamelouke alors au pouvoir. De ses discours, l'Égypte ne sera pas dupe : c'était la mission civilisatrice occidentale que Bonaparte poursuivait (et non la préservation de l'Islam). Voir, à ce sujet, S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 20-25. Notons tout de même qu'à cette époque, la question identitaire musulmane éveillait les sensibilités.

<sup>1315</sup> Voir, au sujet du règne du pacha Mohammed Ali (1769-1849), la synthèse de S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 25-33. Son règne dura près de cinquante ans (1805-1847), ses fils, petit-fils et arrière-petit-fils lui succéderont. Cette politique des grandeurs, marquée par la réalisation du Canal de Suez et l'urbanisation croissante du Caire et d'Alexandrie, présenta néanmoins un coût important pour l'Égypte, qui deviendra débitrice à l'égard de pays européens créanciers dans cette aventure, ayant donné lieu à l'imposition par les puissances étrangères, le 2 mai 1876, d'une Caisse de la dette publique, organisme de supervision du budget égyptien regroupant quatre commissaires, français, anglais, italien et autrichien, représentant ses principaux créanciers. Même si cela équivaut à une certaine forme de mise en tutelle de ce pays au plan économique (qui aura une influence sur la suite des choses et qui se répétera, contribuant à exacerber le nationalisme égyptien), la situation a considérablement évolué entre le début du règne de Mohammed Ali en 1805 et la nomination forcée de son arrière petit-fils Tewik en 1879 : « *En l'espace de cinquante ans, la situation a considérablement évolué, même si la plupart des Égyptiens conservent les modes de vie traditionnels consignés par Edward W. Lane dans son fameux ouvrage Account of the Manners and Customs of the Modern Egyptians, publié en 1838. Outre les progrès administratifs et technologiques, la sociologie communautaire n'est plus la même. Plusieurs mesures visent à attirer les populations étrangères : les taxes sur les non-musulmans ont été abolies, une cour spécifique règle les litiges impliquant des non-Égyptiens, les missionnaires chrétiens sont autorisés à se livrer au prosélytisme. L'extraordinaire mutation du Caire attire une foule d'étrangers – chrétiens du Levant, Juifs fuyant les persécutions, Grecs, Italiens, marchands et aventuriers – qui confèrent à la haute société son cosmopolitisme. L'accès à la propriété terrienne, accordé en 1871 aux étrangers comme aux locaux, fait émerger une aristocratie foncière qui comprend de grandes familles coptes* ».

Au plan des réformes juridiques, des tribunaux mixtes sont créés en 1875, pour connaître des litiges impliquant une partie étrangère. En 1883, des tribunaux nationaux sont établis pour entendre les affaires concernant les nationaux. Durant cette période, des tribunaux islamiques continuent de régner sans partage pour les nationaux en ce qui a trait aux questions relevant du statut personnel. En 1876, un Code civil est adopté, d'inspiration française, devant être appliqué par les tribunaux mixtes. En 1883, un autre Code civil est promulgué, cette fois pour utilisation par les tribunaux nationaux. On a décrit *a posteriori* ces codes civils en termes peu élogieux :

[...] [the civil codes are] the result of hasty draftsmanship, evidencing little concern with the problems inherent in transplanting legal institutions from one social system to another. [...] [T]he Egyptians Civil Codes appear to break with all legal tradition in Egypt and to mark the adoption – or imposition – of a totally foreign legal system in that country. Presumably, such was the intent of the parties concerned with the drafting of the first Codes for the Mixed Courts. As a condition to their acceptance of the judicial reform, the Capitulatory [i.e. Ottoman] powers desired a legal system that would preserve and protect their rights, a familiar system that they could utilize without great inconvenience. They achieved such a system in the Mixed Courts, a system designed primarily for foreigners, not for Egyptians. Yet with the adoption of the virtually identical Native Codes, Egyptians were made subject to Western-derived law in all of their civil transactions, whether with foreigners or among themselves. Nevertheless, at least with respect to land law, traditional Islamic law as it existed in Egypt prior to the adoption of the new Civil Codes continued to play a major role in the Egyptian legal system.

[...]

The survival of traditional [Islamic] law under the civil code system was due to the fact that the French-derived Civil Codes made no effective provision for those elements of the existing system of land tenure that were foreign to French law. Superficial attempts to assimilate those traditional elements within the legal theory of the new Codes were generally unsuccessful, and as a result, special laws were required, most of which were based on traditional law. Furthermore, even in those areas where the Civil Codes completely superseded traditional law, many of the provisions of the new Codes themselves were based on traditional Islamic legal institutions.<sup>1316</sup>

---

<sup>1316</sup> Voir: R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 90-92. B. Botiveau précise: « *En Égypte, l'adoption à partir des années 1870 de codes et tribunaux français, est le signe d'une restructuration du droit imposée par un État sous tutelle étrangère, et répondant à des exigences de rationalisation de la propriété foncière et de l'organisation des échanges économiques et commerciaux. Elle est génératrice à la fois d'ordre et d'entropie des savoirs locaux confrontés à la modernité* ». Voir : B. BOTIVEAU, *op. cit.*, *supra* note 1235, p. 18.

[Notre soulignement]

La greffe du droit civil français en terre égyptienne ne fut pas des plus réussies, car en dépit de l'adoption de ces codes civils, le droit musulman demeura une importante source du droit égyptien. Des lois particulières furent requises afin de tenir compte de ce décalage législatif, particulièrement en matière de droit des biens immobiliers. Devant l'échec de cette tentative de codification des règles et la prolifération des lois et décrets particuliers qui s'en suivit, une nouvelle réforme s'avérera nécessaire, qui mènera à l'adoption du Code civil égyptien de 1948. Elle se fera à l'aune d'un nationalisme égyptien tonifié par tant de vagues occidentalistes, ce nationalisme jetant alors les bases du « [...] *development of a national Egyptian legal system and the abolition of foreign privileges in Egypt* ». <sup>1317</sup>

Nous tournons maintenant notre attention au mouvement ayant inspiré cette codification de 1948.

### 1.3 la modernisation du droit égyptien et le nationalisme séculier : la codification de compromis entre le droit islamique et le droit occidental (1930-1952)

Le premier objectif du mouvement réformiste, durant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, consista à créer un régime juridique unique, d'application universelle tant aux nationaux qu'aux étrangers. On procéda donc à l'abolition des tribunaux mixtes et à la création

---

<sup>1317</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 127.

d'un seul niveau de tribunaux nationaux pour connaître indistinctement de tous les différends <sup>1318</sup>.

Dans ce contexte, les débats qui précédèrent l'adoption du Code civil égyptien de 1948 se révèlent de première importance pour nos fins. Amorçés en 1937, les travaux préparatoires à l'adoption de ce code furent confiés à plusieurs comités placés sous la direction de deux éminents juristes, l'un Égyptien, 'Abd-al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, l'autre Français, le Doyen Édouard Lambert. Plusieurs projets de code furent proposés au gouvernement égyptien avant la proclamation de 1948. Malheureusement pour le lecteur ne maîtrisant pas la langue arabe, les travaux préparatoires et les commentaires portant sur chacune des dispositions du Code civil égyptien ne furent publiés qu'en cette langue <sup>1319</sup>. L'idéologie qui présida à cette importante réforme fut décrite comme suit :

And as nationalism underscored the need for reform, so it defined its basic aim: the new law of Egypt was to be Egyptian, serving the needs of the modern Egyptian nation and reflecting its national character. The implementation of this aim, however, was neither so clearly nor so unanimously defined. Beyond the basic desire for a national law, there was no general agreement as to the nature or character of such law, or as to the manner in which it was to be created. The resolution of these questions has thus far determined, and may continue to determine, the course of legal development in modern Egypt.

In many respects, the discussion of these questions was part of the general debates regarding the reform of the Shari'ah as part of the modern reform movement in Islam. There were those who contended that the national law of Egypt, the civil law as well as the laws of personal status, should be based on the Shari'ah – perhaps modified and reorganized, but nonetheless the Shari'ah. [...] In direct opposition to this position were those who maintained that Egypt in the modern, Western, world required a modern legal system, conforming to modern legal theories. [...] Between these two extremes of traditionalist and secularist positions were those who maintained that while Egypt required a modern secular law in the Western sense, the Shari'ah afforded a rich source of legal principles and rules that could be utilized in the formulation of such law in Egypt. In their view, the law of Egypt could not be

<sup>1318</sup> Voir: B. DUPRET et N. BERNARD-MAUGIRON, *loc. cit.*, *supra* note 1298, p. xxv-xxvi, xxviii-xxxviii. Nous ne nous attarderons pas spécifiquement à l'étude de la structure de ces tribunaux dans le présent ouvrage.

<sup>1319</sup> Voir: T. KHATTAB, « 1. Civil Law », dans B. DUPRET et N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, *supra* note 1298, p. 1-2.

limited to the Shari'ah; yet in light of its history as the traditional law of the country, they thought that Shari'ah rules should be adopted wherever they were not inconsistent with the requirements of a modern state and that Shari'ah principles should be employed as criteria in the selection of rules of law from other legal systems. In general, it may be said that this latter compromise viewpoint prevailed in the formulation of the basic theory for the new Civil Code. <sup>1320</sup>

[Notre soulignement]

La *chari'a* serait donc une source d'influence du Code civil égyptien, opérant une codification de compromis entre les préceptes de la *chari'a* et ceux découlant des systèmes juridiques étrangers. Dans cet esprit, la *chari'a* est une source officielle d'interprétation du Code civil égyptien, ainsi que l'édicte son article premier :

#### Article 1

(1) The legislative provisions shall apply to all matters these provisions are dealing with, in text or content.

(2) Where no legislative provision is applicable, the judge shall pass his ruling according to usage and practice. In the absence of usage, his judgment shall be pronounced according to Islamic Law principles. In case no such principles exist, his judgment shall be passed according to the principles of natural law and the rules of justice.

[Notre soulignement]

Cette solution mitoyenne fut saluée, en son temps, par des juristes égyptiens réputés, dont Chafik Chehata <sup>1321</sup>. Il semble toutefois que les traditionalistes ne partagèrent évidemment pas le même point de vue, si bien que l'on assiste à un processus de

<sup>1320</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 145-146.

<sup>1321</sup> Chafik CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien » (1965) *Rev. Int. dr. comp.* 839. Tous ne partagèrent pas ce point de vue. Ainsi, pour Yvon Linant de Bellefonds, « [...] la construction musulmane [de la théorie de l'acte juridique], telle que l'ont dégagé les auteurs contemporains, n'a guère eu d'influence sur l'élaboration des codes civils des dernières années. Ces codes, qui ne comprennent jamais la matière du statut personnel, entendu au sens large du mot (ce qui en exclut les successions testamentaires et ab intestat), sont inspirés des législations occidentales, quand ils n'en reproduisent pas servilement l'esprit, voire la lettre. C'est à peine si parfois, quelques unes de leurs dispositions recèlent une pensée proprement musulmane ». Voir : Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note 1302, n° 58, p. 54.

« réislamisation » graduel de la société et du droit égyptiens depuis la Révolution nassérienne de 1952. La *Real Estate Finance Law* s'inscrit donc dans cette mouvance.

#### 1.4 vers une réislamisation de la société et du droit égyptiens (de 1952 à nos jours)

Les réformes évoquées plus tôt furent perçues par les traditionalistes comme autant d'efforts de marginalisation de la *charî'a* <sup>1322</sup>.

C'est ainsi que deux amendements furent apportés à la Constitution égyptienne. En 1971, l'article 2 y fut ajouté, édictant que « *Islam is the religion of the State and Arabic is the official language. Principles of Islamic Jurisprudence are a principal source of legislation* ». En 1980, cette même disposition fut modifiée à nouveau, par référendum, faisant à ce moment des principes de droit musulman « la » source principale de la législation (et non « une » source principale parmi d'autres) <sup>1323</sup>. Quant à savoir à quel droit musulman on réfère alors, soit le droit codifié (adapté il est vrai dans le Code civil ou les autres lois) ou le *fiqh* (traditionnel ou réinterprété), la question est complexe et reste entière <sup>1324</sup>. Une politique d'islamisation de la législation fut mise sur pied. Des comités furent créés, chargés de la rédaction de codes civil et criminel conformes à la *charî'a*. De tels projets de codes furent déposés au parlement égyptien mais n'ont pas

---

<sup>1322</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 186; Sami ZUBAIDA, *Law and Power in the Islamic World*, Londres, I.B. Tauris, 2003, p. 158.

<sup>1323</sup> *Constitution of Egypt*, *supra* note 1234, art. 2.

<sup>1324</sup> Voir, sur ces questions : B. BOTIVEAU, *op. cit.*, *supra* note 1235, p. 25 et suiv.

encore été adoptés à ce jour <sup>1325</sup>. D'aucuns doutent qu'il ne s'agisse d'un débat intense et vigoureux :

A majority of jurists favour the status quo: the maintenance of positive law, in which they are professionally trained, and its courts and institutions. They respond to popular demand for Islamization by asserting that the present laws respect the Muslim tradition and no longer depends on borrowings from Europe. A second view favours a gradual Islamization of existing law codes, through new legislation and amendments. They want to guard against rapid transformations that would bring instability and incoherence to the system, but aim, nevertheless, at increasing the Islamic input and content of the law. This approach characterizes the programme of influential government and political circles in Egypt, and indeed can be seen in operation in that country. This view is held more or less strongly by most of the political currents in Egypt, including elements within the ruling National Democratic Party, and the traditionally liberal neo-Wafd. For the different strands of the Islamic current, the Islamization of law takes precedence over consideration of legal continuity and coherence. The existing legal system, they argue, is based on foreign imports, alien to Islam. Any true project of Islamization will have to break up and reform existing laws and legal institutions. These are matters of ideological advocacy and political contest. Yet the legal professionals within this current are uneasy at the prospect of a return to traditional legal institutions and practices which would render them redundant. [...] <sup>1326</sup>

[Nous soulignons]

---

<sup>1325</sup> Voir : R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit., supra* note 5, p. 371-372. Voir en particulier la synthèse faite par B. BOTIVEAU, *op. cit., supra* note 1235, en particulier aux p.22-23, 25, 31, 35, 281-299, 327-357. B. Botiveau affirme, aux p. 22 et 35 de son ouvrage : « *Les constructions sociales du droit que l'on peut observer aujourd'hui intègrent la normativité de la loi islamique. Cependant les références à la chari'a n'y sont pas univoques, car elles sont issues dans leur diversité d'une construction historique du mot qui témoigne du pluralisme des représentations de l'islam. Pour les États confrontés à la contestation islamiste, il s'est agi d'abord de confirmer leur attachement à l'islam, par des références symboliques dans les Constitutions et les codes de la famille. Ensuite comme ce fut le cas en Égypte dans les années 1980, il a fallu imaginer des codifications de la chari'a dont on ne peut exclure qu'elles soient à terme appliquées. Quant aux mouvements islamistes, ils ont compris la chari'a comme un code social global allant bien au-delà des contraintes que l'État cherche à imposer par le droit. Au point que c'est l'identité sociale qui se reconstruit dans la recherche, toujours poursuivie, d'une nouvelle sociabilité que l'on ne peut réduire à son caractère islamique. [...] [U]n observateur [i.e. Michaël Gilzenan] de la société égyptienne contemporaine estime que « une seule conception totalisante de l'ordre social, un seul langage, conserva son authenticité d'antan auprès d'une grande partie de la population : l'islam ». Que cette conception exprime l'ordre social dans sa totalité n'est peut-être pas si sûr, mais il n'en reste pas moins vrai que les États des pays arabes aujourd'hui ne peuvent l'ignorer lorsqu'ils se donnent les moyens juridiques de légitimer leur existence aux yeux des populations qu'ils gouvernent. La référence à l'islam, quelle que soit sa forme, est systématique dans les Constitutions de ces États : pour avoir négligé cet impératif en omettant de préciser, en 1973, dans un projet de Constitution, que la religion du chef de l'État est l'islam et le fiqh est l'une des sources principales de la législation, un gouvernement syrien baasiste a failli être renversé sous la pression de la rue » [références omises].*

<sup>1326</sup> S. ZUBAIDA, *op. cit., supra* note 1322, p. 161-162.

Quelle que soit l'issue de ce débat (s'il doit en connaître une un jour), le processus de réislamisation de la société égyptienne bat son plein. Il n'est pas nouveau : voilà plus d'un siècle qu'il fait rage avec une intensité toujours croissante. Tout effort de réforme législative ne peut donc en faire l'économie. Sous l'impulsion de Nasser, le gouvernement égyptien assujettit au contrôle de l'État deux institutions musulmanes. C'est ainsi que le cheik de Al-Azhar et le Grand Mufti d'Égypte sont, depuis 1961, des nominations publiques, empreintes d'une direction politique. En effet, l'une des principales fonctions du cheik Al-Azhar consiste à confirmer au gouvernement la conformité de ses politiques à la *chari'a*. Ces voix désormais institutionnalisées de l'islam égyptien, dont l'interaction avec le gouvernement et l'équilibre entre les conservateurs et les progressistes ne sont pas toujours aisés, sont évidemment remises en cause par les militants islamistes plus radicaux. De nos jours, le débat politique n'opposerait plus sécularistes et islamistes, mais plutôt islamistes modérés et radicaux <sup>1327</sup>.

Ayant bien posé la situation de l'islam en Égypte, nous allons procéder à l'étude de l'évolution du droit privé patrimonial en ce pays.

## 2. Du droit privé patrimonial en Égypte (obligations, biens, sûretés) : du droit islamique au droit civil

Un survol des principales notions et institutions du droit privé patrimonial développées en droit musulman s'impose [2.1], avant de faire de même en droit civil égyptien, tel que promulgué aux termes du Code civil de 1948 [2.2]. Nous concluons cette partie par un

---

<sup>1327</sup> *Ibid.*, p. 162-163. Voir aussi: S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 117-134, 184-190, 247-249.



examen de la législation en matière de publicité des droits et de cadastre et, bien sûr, en exposant l'état de la situation actuelle quant à leur mise en œuvre [2.3].

## 2.1 de ces principes en droit islamique

Nous allons successivement considérer les modes traditionnels de propriété foncière en droit musulman, pour ensuite discuter des modes d'acquisition, de disposition, ainsi que des limites posées au droit de propriété. Nous nous pencherons ensuite sur les principes en matière de prêt et d'intérêt, de sûretés, de droit procédural et de mesures de réalisation.

Il a été affirmé qu'aucune théorie générale du droit des biens n'existerait en droit musulman <sup>1328</sup>. Toutefois, « [...] *scattered throughout its various parts, particularly the parts dealing with contracts, acquisition of property and state revenue, are many rules which, if taken together, constitute a fairly well-defined system of land tenure* » <sup>1329</sup>.

On dénombrerait ainsi trois formes de propriété immobilière : la pleine propriété (*mulk*), les *waqf* (c'est-à-dire une libéralité analogue à la fondation du droit civil québécois, en vertu de laquelle des terres sont attribuées à un bénéficiaire, déterminé ou non, et qui peut être établi à perpétuité <sup>1330</sup>), et enfin, des terres du domaine public appartenant à l'État mais exploitées et détenues par des particuliers à certaines conditions <sup>1331</sup>. Les *waqfs*

---

<sup>1328</sup> Voir : R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 8: « [t]here is no general theory of property law in the Shari'ah ».

<sup>1329</sup> Voir: Farhat J. ZIADEH, *Property Law in the Arab World: Real Rights in Egypt, Iraq, Jordan, Lebanon, Libya, Syria, Saudi Arabia and the Gulf States*, Londres, Graham & Trotman Limited, 1979, p. 1.

<sup>1330</sup> Voir, notamment : Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note 1302, p. 163-166, en particulier les n<sup>os</sup> 190 et 192.

<sup>1331</sup> F. J. ZIADEH, *op. cit.*, *supra* note 1329, p. 1.

auraient été abolis par législation particulière en 1952<sup>1332</sup>. Pour nos fins, nous nous contenterons de relever les traits saillants du régime de pleine propriété (*mulk*).

Le titulaire d'un *mulk* sur un bien peut en disposer à titre onéreux ou gratuit. Il lui est loisible de le louer, de le prêter ou de le nantir. Ses droits sont transmissibles par voie successorale et il peut constituer un *waqf* sur ce bien<sup>1333</sup>. Plusieurs autres modes d'acquisition de la propriété existent : la possession (ressemblant à la prescription acquisitive du droit civil) et des règles similaires à celles de l'accession du droit civil<sup>1334</sup>. La portée du concept de propriété connaît néanmoins certaines limites. Mentionnons, à ce chapitre, le droit de préemption, qui constitue un autre mode d'acquisition. Il s'agit d'un droit de premier refus existant au bénéfice des voisins d'un propriétaire lorsque celui-ci souhaite en disposer, l'idée étant de protéger les voisins de troubles de voisinage potentiels et de leur conférer un droit de regard sur les nouveaux arrivants<sup>1335</sup>. Mentionnons également les limites imposées au droit de propriété en vertu de l'intérêt public général, analogue à la théorie de l'abus de droit civiliste, ainsi que les lois particulières pouvant restreindre ce droit de plusieurs manières<sup>1336</sup>.

Le contrat de prêt d'argent et son habituel corollaire, l'intérêt, ne relèvent pas à proprement parler du droit des biens. Il s'agit cependant d'une technique contractuelle utilisée afin de faciliter l'accès à la propriété. Une discussion des principes applicables à

---

<sup>1332</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 184. Il existerait cependant toujours un ministère des Waqfs. Voir : S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 117-125.

<sup>1333</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 25-28.

<sup>1334</sup> *Ibid.*, p. 29-31.

<sup>1335</sup> *Ibid.*

<sup>1336</sup> *Ibid.*, p. 23-25, 153-154.

ces égards en droit musulman s'avère donc pertinente à nos fins. Le prêt à intérêt serait prohibé sous l'empire de ce droit<sup>1337</sup>. Le fondement de cette règle s'appuie sur l'idée du partage du risque entre créancier et débiteur, dont l'intérêt serait la négation, car constituant soit une forme d'enrichissement sans cause au profit du créancier, soit l'appropriation du bien d'autrui. Afin de contourner cette interdiction, certains mécanismes furent imaginés, d'abord en assurant un partage réel des risques entre les parties, d'autre part en remettant la possession de la chose au créancier. La première technique implique la création d'une forme d'association entre débiteur et créancier :

Translated to banking, this means that banks (where Islamic banking has been introduced, since its appearance in Egypt in 1963) cannot simply charge interest on loans but must acquire goods or take equity in the financially-supported enterprise, sharing the risk of loss and the possibility for profit. There are highly developed commercial vehicles for doing so, and here the law of partnership (in the absence of corporations) assumes crucial importance. Three forms of partnership (with banks) are most frequent, all with names perilously close to one another. For financing of sales, absent interest-bearing loans, there is murabaha, where the bank acquires the property first and then sells to the eventual purchaser, at a markup. For general partnership, with both partners pooling resources (e.g. a bank and an entrepreneur) and management stipulated for both or all, there is musharaka, and even 'diminishing musharaka', where the bank's share is reimbursed over time. Finally, for pure investments; there is mudaraba, resembling a musharak, but in which only one partner provides the funds and the other manages the investment (here the bank may play either role). Can Islamic partnerships provide the benefit of corporations, while avoiding their temptations? Some say no, but the western corporation has recently lost some of its gloss (lending itself to various forms of corruption) and Islamic financing is increasingly present in the world. Islamic bonds (sukuks) are now being issued in western countries; 'Islamic mortgages' are being developed by western banks; and western law firms are developing appropriate expertise. There is a Dow Jones Islamic Index, facilitating the Islamic form of 'ethical investing'. Islamic finance would thus be neither socialism (which eliminates markets) nor capitalism (which liberates them). It is another way of thinking. The Economist magazine, not known for its Islamic tendencies, has said that it 'may be better'.<sup>1338</sup>

[Notre soulignement; références omises]

La valeur « éthique » des normes islamiques fut cependant remise en question :

<sup>1337</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note 1302, p. 217-223.

<sup>1338</sup> H.P. GLENN, *op. cit.*, *supra* note 1300, p. 183-185.

Les tentatives d'appliquer la chari'a dans le domaine économique, avec notamment la prohibition du prêt à intérêt, ont été discréditées, comme ce fut le cas en Égypte, par des scandales financiers retentissants (les sociétés islamiques d'investissement, qui drainèrent l'épargne des classes moyennes égyptiennes laissèrent un passif de plusieurs milliards de dollars et des millions d'épargnants furent ruinés).<sup>1339</sup>

Tel que nous le verrons lors de notre analyse de la *Real Estate Finance Law*, la notion de partage de risque et la technique de l'association dans cette entreprise est au cœur de la philosophie qui la sous-tend. En ce qui a trait à la remise de possession de la chose au créancier, il s'agirait de la seule façon de constituer une sûreté selon les préceptes du droit musulman<sup>1340</sup>. Ainsi, le gage, contrat réel fondé sur la tradition matérielle et juridique de la chose, est la seule sûreté, mobilière ou immobilière, que le droit musulman reconnaît, à l'exception de la vente à réméré :

Under such a contract, a property owner would sell his property for the purpose of acquiring needed funds, but would retain an option to repurchase the property within the stipulated time. Pursuant to such an arrangement, the purchaser could take possession of the property, or could lease it back to the original owner. In either case, however, the contract resulted in the transfer of full ownership rights to the purchaser.<sup>1341</sup>

Le Code civil égyptien interdit ce type de vente; la *Real Estate Finance Law*, cependant, sans la réintroduire explicitement, en élabore une variante.

Terminons ce survol des préceptes du droit musulman en nous penchant sur les mesures d'exécution forcée contre les biens qu'il propose. En fait, en dépit de l'obtention d'un

<sup>1339</sup> R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 371-372.

<sup>1340</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note 1302, pp. 126, 185-209, en particulier les n<sup>os</sup> 144, 219-225, 230-231, 249-251. Ce qui, en plus de présenter des difficultés considérables en matière immobilière, constitue un empêchement très certain à l'établissement d'un régime de sûretés mobilières moderne tel qu'entendu en Occident. Il est d'ailleurs révélateur de rapporter qu'une tentative d'établissement d'un registre pour les biens mobiliers et d'une loi sur les sûretés mobilières a été envisagée par USAID, qui confia au juriste canadien Ronald C.C. Cuming le soin d'élaborer un projet de loi et de réglementation en ce sens, « *taking into consideration the Egyptian legal system* ». Le projet serait toujours au stade de l'étude de faisabilité selon les renseignements disponibles. Voir : USAID / EGYPT, *Rapport quinquennal USAID 2004-2009*, *supra* note 1243, p. 11.

<sup>1341</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 27 et 124.

jugement favorable à sa cause, un créancier pourra difficilement l'exécuter contre les biens du débiteur :

There is even relatively little procedural law, so it has been said that 'legal decision-making ... has emphasized compromise and the concrete facts of the particular case over adherence to broad principle or application of universal abstract norms'. [...] Since it is the parties themselves who are under an obligation to bring about an understanding of the case compatible with the knowledge of God, there is great emphasis on oral testimony, and written proof is in principle excluded, though may be admitted in exceptional cases or to support oral testimony. [...] Where there has been no relief from the initial judgment, execution is however possible, though a judgment contrary to Islamic law (according to extra-judicial criteria) cannot change the status of the parties in the eyes of God. You can win, but still lose, eventually. If you adhere to the tradition, this is to be taken into account. It is something like having to act 'inside the law'.<sup>1342</sup>

Le poids de cette tradition explique sans doute les difficultés inhérentes à l'exécution des jugements en Égypte, dans la mesure où il exerce une influence sur la manière de juger des tribunaux civils. Les principes édictés en ces matières de droit privé patrimonial, aux termes du Code civil égyptien, s'en éloignent-ils considérablement, ou s'agit-il d'une codification de compromis entre ce droit musulman et les besoins de la modernité ?

## 2.2 de ces principes en droit civil égyptien

Le Code civil égyptien<sup>1343</sup> constitue-t-il le droit commun de l'Égypte, son réservoir de concepts, produisant un effet de système, ainsi qu'on l'entend dans les pays civilistes ? Si l'on a pu prétendre que tel était initialement l'objectif de ses rédacteurs<sup>1344</sup>, l'histoire récente tend à démontrer qu'il n'y serait pas parvenu. En multipliant les lois, règlements et décrets particuliers, dont la *Real Estate Finance Law* n'est qu'un exemple, le

<sup>1342</sup> H.P. GLENN, *op. cit.*, *supra* note 1300, p. 177-178.

<sup>1343</sup> *Supra*, note 1238.

<sup>1344</sup> Voir: R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 150: « [...] Finally, [the Civil Code] is a uniform law of general application in that it serves as the basic civil law governing all civil cases in Egypt, applied by a unified system of Courts. It is all of these, representing a synthesis of various elements selected and integrated in accordance with standards established by the modern reform movement ». Voir cependant les critiques formulées par Y. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, *supra* note 1302, n° 58, p. 54.

législateur égyptien s'éloigne considérablement de cette fonction organisatrice habituellement attribuée à la codification. Ce désaveu va de pair avec la réislamisation du droit égyptien. Au demeurant, le Code civil égyptien même, à son article 2, ouvre la porte à sa marginalisation, alors qu'il y est précisé que « *[n]o legislative provision shall be repealed except by virtue of a subsequent legislation explicitly providing for such repeal, or comprising a provision contradicting the text of the old legislation, or regulating, afresh, the subject for which this legislation has set the relevant rules* ». Il devient par conséquent hasardeux de savoir, à la simple lecture de ce Code, s'il s'applique toujours à nombre de domaines qu'il prétend régir <sup>1345</sup>.

La question entourant la portée du Code civil égyptien recèle toute son importance lorsqu'il s'agit d'évaluer le fonctionnement du processus législatif égyptien. Elle est d'autant plus cruciale dans un contexte de réforme du droit et d'évaluation d'un instrument comme la *Real Estate Finance Law*. En effet, tous les juristes du ministère de la Justice du gouvernement égyptien que nous avons rencontrés dans le cadre de l'*Étude de terrain ACDI* nous affirmaient que les techniques de constitution de sûretés sur des biens immobiliers n'existaient pas en droit égyptien avant l'adoption de la *Real Estate Finance Law*, en 2001, représentant, dès lors, une insigne innovation en la matière. Pourtant, une simple consultation du Code civil égyptien trouvera le lecteur civiliste

---

<sup>1345</sup> La Banque mondiale soutient toutefois que le Code civil continuerait de s'appliquer, la *Real Estate Finance Law* ne venant que le compléter. Ainsi, l'on affirme que « *[t]he Civil Code establishes a general framework for real estate lending, which is addressed more specifically by the Real Estate Finance Law (Law No. 148 of 2001) (viz., Mortgage Law) and its executive regulations, which govern all loans made for the purpose of purchasing, building, repairing or improving houses and other buildings* ». Voir: WORLD BANK, *WB Project Appraisal Document*, supra note 1244, annexe 4.3, p. 40. Avec déférence, cette perception nous semble erronée. En effet, les dispositions du Code civil égyptien et celles de la *Real Estate Finance Law* sont fondamentalement contradictoires, comme nous allons le démontrer.

étonné : ce paysage lui est familier, avec des institutions fort ressemblantes à celles de la plupart des codes d'inspiration napoléonienne.

Ainsi, le Code civil égyptien annonce deux sections, l'une régissant les obligations et les contrats nommés, l'autre les droit réels, principaux et accessoires, ainsi que les sûretés réelles. Quelques articles liminaires traitent des conflits de lois (art. 6-28 CCE), des personnes (physiques ou morales) (art. 29-53 CCE) et des biens (art. 81-88 CCE) <sup>1346</sup>. Ce code comporte en tout 1149 articles, dont plusieurs sont soit abrogés, soit remplacés ou modifiés par d'autres lois, ou réfèrent simplement à la *chari'a* ou, encore, à des lois particulières. Le droit des personnes, de la famille, des successions, ne sont pas régis par le Code civil égyptien, sauf quant à des aspects très administratifs (par exemple, le nom et le domicile d'une personne <sup>1347</sup>, la liquidation de la succession <sup>1348</sup>). Quant au droit des biens, les dispositions du Code civil égyptien sont très sommaires <sup>1349</sup>. L'impression qui s'en dégage est l'image d'un fromage suisse...

---

<sup>1346</sup> Ce qui n'est pas sans rappeler l'organisation des dispositions préliminaires du *Code civil du Bas Canada*, et notamment de ses articles 6 à 8 C.c.B.C. en matière de conflits de lois.

<sup>1347</sup> CCE, *supra* note 1238, art. 38-43.

<sup>1348</sup> Au chapitre des droits réels, dans les modes d'acquisition de la propriété, figure la voie successorale (art. 875 CCE). On y précise cependant : « *Defining successors, determining their shares in the legacy, and transferring the legacy property to them shall be subject to the provisions of Islamic Law (Shari'a) and the laws promulgated in respect thereof* ». Donc, c'est un pan entier du Code civil qui repose sur la *chari'a*. Toutefois, les règles entourant la nomination d'un liquidateur et la liquidation proprement dite sont précisées aux articles 876-914 CCE. Trois dispositions concernent le testament (art. 915-917 CCE), pour préciser, à l'article 915 CCE, ce qui suit : « *Provisions of Islamic Law (Shari'a) and the laws promulgated in respect thereof shall apply to the testament* ». Les articles 916 et 917 CCE traitent des donations *mortis causa* et rentes viagères.

<sup>1349</sup> Ce sont les articles 81 à 88 CCE qui en traitent. La distinction classique entre les meubles et les immeubles est énoncée à l'article 82 CCE, la catégorie des immeubles par destination y figurant : « *1. All thing that is settled and fixed in its place and cannot be moved therefrom without damage, shall be a realty. All other things are movable. 2. However, a movable that is placed by its owner in a realty he/she owns and is appropriated for the service or exploitation of the realty shall be considered a realty by allotment* ».

Au chapitre des contrats nommés, le prêt à intérêt est permis aux termes des articles 542 et 544 CCE<sup>1350</sup>. Un auteur rapporte une décision de 1985 de la Cour constitutionnelle égyptienne en ayant confirmé la validité, mais pour les contrats antérieurs aux modifications constitutionnelles faisant de la *chari'a* la source principale de la législation<sup>1351</sup>.

En matière de droits réels, c'est le droit de propriété à la civiliste classique qui y est énoncé :

[t]he basic theory of real rights in the Civil Code is Western in its origin. There is no indication that it was derived from Islamic law, although the official compilation of the legislative history of the Code contains citations to the Shari'ah for many of the rules relating to such rights. These references, which appear throughout the compilation in connection with specific provisions of the Code, do not necessarily – and do not usually – indicate direct derivation from the Shari'ah but rather refer to

<sup>1350</sup> Le contrat de prêt est régi par les articles 538-544 CCE. La définition de l'article 538 CCE est on ne peut plus classique et emprunte au droit civil : « *A loan is a contract whereby the lender is committed to transfer to the borrower the ownership of an amount of money or any similar thing, providing the borrower shall return to him at the end of the loan an object similar to it in its amount, type and quality* ». L'article 542 CCE, quant à lui, prévoit : « *The borrower shall pay the interests agreed upon on their maturity dates. If no agreement exists on payment of interests, the loan shall be considered for no rate* ». Enfin, l'article 544 CCE énonce les restrictions imposées par la loi relativement au paiement des intérêts. Cette disposition confère, en fait, une faculté de dédit à l'emprunteur, limitée aux six mois suivant la conclusion du contrat de prêt. À l'intérieur de ce délai, le remboursement du prêt peut se faire, à charge pour l'emprunteur de payer six mois d'intérêt au prêteur (en plus de son obligation de remboursement du capital). Disposition somme toute contradictoire, car l'on y ajoute que le débiteur ne peut renoncer à son droit de rembourser par anticipation le prêt et qu'il ne peut être contraint au paiement d'une pénalité à cet égard. On présume donc que la pénalité maximale est de six mois dans ce cas, en plus du paiement des intérêts pour la durée du prêt si le remboursement anticipé survient après la période initiale de six mois. **Comparer** : art. 2312-2332 C.c.Q. Quant au commodat ou prêt à usage, ce sont les articles 635 CCE et suiv. qui s'appliquent à une telle situation. Pour une étude des règles entourant cette libéralité en droit musulman, lire : Yvon LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, vol. 3, Paris, Mouton & Co, 1973, p. 413-455.

<sup>1351</sup> S. ZUBAIDA, *op. cit.*, *supra* note 1322, p. 169. La Cour constitutionnelle d'Égypte, créée en 1979, eut à juger de la conformité de certaines lois égyptiennes en regard de la Constitution égyptienne et, surtout, des amendements y apportés, faisant de la *chari'a* la principale source du droit dans ce pays. En 1985, invitée par Al-Azhar à infirmer une décision d'un tribunal inférieur ayant conclu à la validité du prêt à intérêt et, ce faisant, contraint le débiteur au remboursement, la Cour constitutionnelle maintint cette décision et rejeta l'argument d'Al-Azhar fondé sur son inconstitutionnalité (car contraire à la *chari'a*). Ces amendements constitutionnels ne sont pas rétroactifs et ne peuvent s'appliquer à des situations antérieures. Qu'en est-il aujourd'hui, cependant, des contrats postérieurs auxdits amendements ? On peut penser qu'ils ne sont plus valides, s'ils stipulent le paiement d'un intérêt.



Islamic rules of law which are consistent with the adopted provisions. They are indicative, however, of the attitude of the legislators towards the Shari'ah and the role which has been ascribed to it in the civil law. It is also interesting to note that most of these Shari'ah references in the chapters on property law are either to the nineteenth century civil law compilation of Muhammad Qadri or to the Majallah, the nineteenth century Ottoman codification of the Islamic rules of civil law; they are usually not references to the original Shari'ah sources, although such sources are generally cited in connection with the rules on obligations and contracts.<sup>1352</sup>

[Notre soulignement]

Nous ne savons pas si ces principes sont toujours suivis de nos jours, compte tenu du processus de réislamisation du droit ayant cours. Cependant, sur la foi des remarques que nous avons formulées quant à l'état actuel du régime de crédit foncier, on peut croire que non. Nous nous y référerons néanmoins lors de notre analyse de la *Real Estate Finance Law* lorsque pertinent.

Contentons-nous, pour l'instant, d'en énoncer les grandes lignes. L'article 802 CCE édicte : « [t]he owner of an object shall alone, and within the limits of the law, have the right of using, exploiting and disposing of it ». On y retrouve les trois éléments du droit des biens romaniste, que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. L'étendue du droit de propriété et de ses démembrements correspond également à cette méthode : l'usufruit, le droit d'usage et d'habitation y sont décrits (art. 985-998 CCE), de même que l'emphytéose (art. 999-1014 CCE)<sup>1353</sup> et, enfin, les servitudes réelles (art. 1015-1029 CCE). Hormis certains particularismes propres à cette codification en raison du contexte

---

<sup>1352</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 157-158.

<sup>1353</sup> Curieusement, toutefois, l'emphytéose du Code civil égyptien est d'une durée maximale de soixante ans (aucune durée minimale n'étant prévue), selon l'article 999 CCE, et ne peut être consentie que par nécessité ou intérêt, sur autorisation de la « *Sharei Court of First Instance* », le contrat devant être rédigé par le président de ce tribunal ou passé devant notaire, étant de plus assujéti à l'inscription au registre foncier (art. 1000 CCE). Habituellement d'une durée minimale de neuf ans et d'une durée maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans dans la tradition civiliste (voir l'art. 568 C.c.B.C.), le *Code civil du Québec* se payait une coquetterie à cet égard, fixant ces périodes à dix et cent ans (art. 1197 C.c.Q.).

local et des usages <sup>1354</sup>, des règles détaillées entourant la copropriété, tant indivise que divise, y sont formulées (art. 825-869 CCE) <sup>1355</sup>; le droit de superficie y est prévu (art. 803 CCE *in fine*); la propriété s'acquière par contrat (art. 932-934 CCE), par préemption (qui serait la codification d'une institution du droit musulman) (art. 935-948 CCE), par possession (art. 949-984 CCE), par accession (art. 918-931 CCE) et par voie successorale (art. 875-917 CCE).

L'une des limites au droit de propriété découle de la codification de la théorie de l'abus de droit, provenant du droit musulman. Énoncée comme principe général au tout début du Code civil égyptien (art. 4 et 5 CCE), elle est réitérée dans la section consacrée aux droits réels (art. 806-807 CCE). Ces dispositions réfèrent en outre aux lois spéciales, décrets et règlements d'intérêt public qui peuvent porter atteinte au droit de propriété. La nature en est précisée à l'art. 5 CCE : « *using a right shall be illicit if it is only meant to cause harm to a third party, if the interests it intends to realize are of such minor significance that they are completely unproportionate to the harm caused thereby to third parties, and finally, if the interests it aims to realize are illegitimate* ». Nous n'avons aucune idée de l'ampleur de ces lois particulières, décrets ou règlements et, par conséquent, de leur impact sur le droit de propriété. Quoi qu'il en soit, la portée de ce principe général du droit musulman semble assez considérable, en théorie du moins, et

---

<sup>1354</sup> Par exemple, des dispositions traitant de l'irrigation des terres, des droits et obligations des voisins à cet égard, figurent aux articles 808-811 CCE.

<sup>1355</sup> Ce qui constitue une avancée, en matière de copropriété divise, que le Québec ne connaîtra qu'en 1969, soit vingt ans plus tard, avec l'adoption de la *Loi sur la copropriété par déclaration*, L.Q. 1969, c. 76 (entrée en vigueur le 28 novembre 1969), qui introduisit dans le *Code civil du Bas Canada* les articles 441b à 442q, lesquels établirent alors les règles relatives à la copropriété divise. Voir aussi : François FRENETTE, « L'influence de la pratique quotidienne du notariat sur l'évolution de la législation québécoise », (2001) 103 *R. du N.* 213. En ce qui a trait à l'indivision à cette époque, voir : Marie DESCHAMPS, « Vers une approche renouvelée de l'indivision », (1984) 29 *R.D. McGill* 215.

nous ignorons l'incidence qu'il peut présenter sur la constitution de sûretés réelles immobilières <sup>1356</sup>.

En cette matière, le Code civil égyptien édicte d'abord le principe du gage commun des créanciers, de la sujétion uniforme des biens du débiteur à la satisfaction de ses dettes et de l'égalité des créanciers hormis les causes légitimes de préférences. Ainsi, l'article 234 CCE énonce : « [1] *All funds and property of the debtor shall guarantee the settlement of his debts. [2] All creditors shall be equal in this security with the exception of those enjoying precedence right according to the law* ». Édité dans le livre I sur les obligations, plus particulièrement dans la partie II traitant des effets des obligations, c'est au chapitre troisième de cette partie que l'on y prévoit, de plus, tous les outils disponibles aux créanciers sous ce régime, intitulé « *Implementation and guarantee methods securing the rights of creditors* » (art. 234-264 CCE). Nous y retrouvons ainsi l'action oblique (art. 235-236 CCE), l'action paulienne (art. 238-243 CCE), des règles entourant la simulation (art. 244-245 CCE), le droit de rétention lié à l'*exceptio non adimpleti contractus* (art. 246-248 CCE) et même, pour finir, un régime d'insolvabilité (art. 249-264 CCE) <sup>1357</sup>. Au-delà de ce régime général d'exécution des obligations sont codifiées les causes légitimes de préférence usuelles que sont les privilèges et charges statutaires,

---

<sup>1356</sup> F. J. ZIADEH, *op. cit.*, *supra* note 1329, p. 27-73; R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 155-181. Ce qui n'est pas sans soulever l'inquiétude de la Banque mondiale dans le cadre du financement octroyé en 2006 à l'Égypte pour la réforme de son crédit foncier. Voir : WORLD BANK, *WB Project Appraisal Document*, *supra* note 1244, annexe 4.3, p. 41 : « *Egyptian law, both the Civil Code and Sharia, give neighbors and occupants (lessees) very strong pre-emptive rights (rights of first refusal) to purchase real estate before it can be sold to a third party, though this right can be waived. The implications of this principle of law for registration of property transactions will have to be further investigated and addressed in the course of the project* ». Soudainement, le droit égyptien lui semble moins clair.

<sup>1357</sup> Notons cependant que les faillites commerciales seraient désormais régies par une autre loi, à savoir : *Law No. 17 of the Year 1999 promulgating the Trade Law*. Nous n'en traiterons pas dans le cadre de la présente analyse.

d'une part, le gage et l'hypothèque, d'autre part, une interdiction planant sur la vente à réméré comme mécanisme de sûreté.

Les privilèges ou charges statutaires sont établis par la loi, ainsi que leur rang (art. 1130-1149 CCE). Ils sont généraux ou spécifiques, mobiliers ou immobiliers, dont plusieurs dans le Code civil égyptien même. Les frais de justice ou autres dépenses faites dans l'intérêt commun, les créances dues à l'État, le droit de rétention, les sommes payables aux ouvriers ou aux architectes dans un contexte de construction sont du nombre. Puisque le Code civil égyptien réfère explicitement aux lois particulières, nous n'avons pas d'idée précise du nombre de privilèges existants ni de l'impact qu'ils peuvent présenter sur le crédit foncier.

Le gage, dans ses appellations anglaises « Possessory Pledge » ou « Pawn », est une sûreté grevant tant des biens meubles qu'immeubles <sup>1358</sup> (art. 1096-1098 CCE). Il est constitué par la tradition matérielle de la chose du débiteur au créancier ou à un tiers convenu. Le gage peut garantir tout type d'obligation, qu'elle soit conditionnelle, future ou éventuelle (i.e. *contingent debt*), et peut en garantir plusieurs à la fois. Le gage peut même servir à garantir une ouverture de crédit (i.e. « *open credit* » ou « *line of credit* ») <sup>1359</sup>. Contrat réel accessoire (art. 1098 et 1042 CCE), il doit néanmoins être constaté par écrit et, dans le cas où il porte sur un immeuble, faire l'objet d'une

---

<sup>1358</sup> Dans le cas d'un gage sur un immeuble, on réfère bien à la notion d'antichrèse, aux articles 1114-1116 CCE.

<sup>1359</sup> Quand on songe aux longs débats ayant entouré la spécialité du gage, des nantissements et de l'hypothèque relativement à sa cause en droit civil québécois, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, et à l'interdiction initiale de garantir des marges de crédit, le Code civil égyptien fait dès lors figure très moderne en 1948. Voir : P. CIOTOLA, *op. cit.*, *supra* note 124, p. 212-213; voir aussi notre discussion, *supra*, Partie I, sous-section III. A. 2.2, traitant de la cause de l'obligation dont l'obligation est garantie aux termes de la sûreté conventionnelle.

publication au registre foncier (art. 1114 et 1117 CCE). Le rang est établi en fonction de la date de l'écrit, lorsqu'il porte sur un meuble, et en fonction de l'inscription au registre foncier, dans le cas d'un immeuble (art. 1117 CCE). Des dispositions particulières régissent les gages de créances ou de dettes de livres, possibles par la notification au débiteur cédé ou son acceptation, ainsi que par la remise du document en attestant au créancier gagiste (art. 1123-1129 CCE)<sup>1360</sup>. Enfin, les recours mis à la disposition du

<sup>1360</sup> À la lecture des dispositions pertinentes du Code civil égyptien à cet égard, il ne faudrait pas y voir, cependant, une déviation au caractère réel de ce contrat ou l'articulation d'un mécanisme de dépossession fictive très étendu. En effet, le gage ne semble pas possible pour une universalité de créances, présentes et futures. À l'article 1098 CCE, par renvoi à l'article 1033 CCE du chapitre traitant des hypothèques, on prévoit ce qui suit : « *A mortgage of future property shall be invalid* ». De plus, l'article 1096 CCE, lorsqu'il définit le contrat de gage, énonce que la remise du bien confère au créancier « *a corporeal right empowering him to detain the object pending satisfaction of the debt* ». Du reste, le concept même d'universalité n'est pas évoqué dans la terminologie du Code civil égyptien. Partant, les dispositions des articles 1123 et 1124 CCE semblent ne viser qu'une créance unique, tout en excluant les gages portant sur des « nominal bonds » et « promissory notes » :

**1123.** Pawning a debt shall not be valid vis-a-vis the debtor except by serving a notice of this pawn on him, or by the debtor's acceptance thereof pursuant to the provisions of article 305 [concernant la cession de créance, i.e. *Transfer of Debt*].

Debt pawning shall not be valid vis-a-vis third parties except if the pawner is holder of the pawned debt document. The ranking of the debt shall be reckoned from the certified date of the notice served on the debtor or the date of acceptance.

**1124.** Nominal bonds and promissory notes shall be pawned in the manner specifically prescribed by the law for transference of these bonds, providing the transfer shall be mentioned as having taken place for pawn purposes, and the pawn shall take place without need for serving a notice.

La cession de créance à titre de garantie est-elle permise aux termes du Code civil égyptien ? La lecture des dispositions en traitant ne permet pas de l'affirmer, quoique l'interdiction de la vente à réméré à titre de garantie, prévue à l'article 465 CCE, semble l'interdire. Notons que le régime de cession de créance des articles 303-314 CCE est assez semblable à celui du *Code civil du Québec*, quoique plus sommaire et ne traitant pas d'universalité de créances. Ces dispositions figurent sous la partie IV du livre I des obligations, intitulée « *transfer of obligations* ». À l'inverse du C.c.B.C., qui traitait de ces questions dans le chapitre portant sur la vente (art. 1570-1578 C.c.B.C.), le Code civil égyptien précède en cela le réaménagement conceptuel qui fut achevé lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, la cession de créance figurant désormais au Chapitre VII du Livre 5 sur les obligations, s'intitulant « De la transmission et des mutations de l'obligation ». Dès lors, se pose la question de savoir si, en droit civil égyptien, la titrisation de créances est possible. Compte tenu de ce qui précède, la réponse est fort probablement négative, considérant au surplus que les dispositions du contrat de vente sont muettes à ce sujet (art. 418 et ss. CCE) et de l'interdiction apparente de l'article 1053 CCE. Voir cependant les articles 14 à 16 des Règlements REFL, tel qu'amendés, qui permettent un tel régime. Elle est au cœur du projet de réforme du crédit foncier financé par la Banque mondiale (i.e. le *WB Egypt Mortgage Finance Project*, *supra* note 1244),

créancier gagiste comportent la vente aux enchères et la prise en paiement (art. 1119-1121 CCE).

L'hypothèque, traduite de l'arabe par les expressions anglaises « Formal Pledge » ou, plus improprement, à titre de « Mortgage », est en fait l'hypothèque bien connue de la tradition civiliste<sup>1361</sup>. C'est un contrat accessoire aux termes duquel le créancier devient titulaire de droits réels sur un immeuble<sup>1362</sup> afin de garantir le paiement d'une dette, assorti d'un droit de préférence face aux autres créanciers et d'un droit de suite (art. 1030, 1042 CCE). Il doit être constaté par un écrit officiel (i.e. « *official document* »)<sup>1363</sup> (art. 1031 CCE) et peut être consenti par le débiteur principal de l'obligation ou par un tiers

---

afin de permettre aux institutions financières pratiquant le financement immobilier de se financer elles-mêmes sur un marché obligataire qui fut créé aux termes de ce projet. Au sujet de la titrisation de créances en droit civil québécois, voir : Sterling H. DIETZE, « Securitizations and the Province of Quebec », (2002) 18 *B.F.L.R.* 1 ; Edward B. CLAXTON, « Securitizations, Monetizations, Royalty Trusts and the Quebec Trust », dans *Conférences Meredith – Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*, Montréal, Faculté de droit de l'Université McGill, 1997, 359 ; Yaëll EMERICH, *La propriété des créances: approches comparatives*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon-Blais, 2006, p. 271 à 297. De manière plus générale, voir : Steven L. SCHWARCZ, « The Alchemy of Asset Securitization », (1994) 1 *Stan. J. of L., Bus. & Fin.* 133; « Securitization contributes to increasing market's liquidity », *Arabic News* (30 juillet 2002), en ligne : [www.arabicnews.com/ansub/Daily/Day/020730/2002073045.html](http://www.arabicnews.com/ansub/Daily/Day/020730/2002073045.html) (consulté le 6 août 2008); Richard A. GRAFF, « Securitization Demystified », (2006) 12:3 *J. of Real Estate Portfolio Man.* 233. Sur les risques inhérents à ce procédé, voir : Jean-Pierre LANDAU, « Réflexion sur la titrisation et les turbulences financières », allocution prononcée dans le cadre du Forum financier de New York (22 octobre 2007), en ligne : [www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/discours/disc20071113.pdf](http://www.banque-france.fr/fr/institut/telechar/discours/disc20071113.pdf) (consulté le 8 août 2008); « At the risky end of finance », *The Economist* (21 avril 2007), p. 80 à 83, en ligne : [www.cfo.com/article.cfm/9058967/c\\_2984351/?f=archives](http://www.cfo.com/article.cfm/9058967/c_2984351/?f=archives) (consulté le 30 mai 2010).

<sup>1361</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 175. Mentionnons par ailleurs que d'autres sûretés sont disponibles aux commerçants sous l'empire de la *Law No 11 For the Year 1940 Relating to Sale And Mortgage of Trade Stores* et des art. 119-147 of the *Law No. 17 of the Year 1999 promulgating the Trade Law*, en matière de nantissements commerciaux, que nous n'étudierons pas ici.

<sup>1362</sup> La prohibition de l'hypothèque sur un bien meuble, telle qu'édictée autrefois sous l'article 2022 C.c.B.C., ne figure pas explicitement au Code civil égyptien. Cependant, dans son article définitoire (art. 1030 CCE), il s'agit d'un « real right on estate »; l'expression « realty » est aussi employée dans plusieurs autres articles de ce chapitre du Code civil égyptien, par exemples aux articles 1033, 1035 et 1039 CCE.

<sup>1363</sup> On ignore de quoi il peut s'agir. Est-ce un acte notarié ?

(art. 1032 CCE), la caution réelle étant permise. Le constituant doit néanmoins être propriétaire du bien grevé et l'hypothèque ne peut porter sur des biens à venir (art. 1033-1034 CCE). L'hypothèque peut garantir tout type d'obligation, qu'elle soit conditionnelle, future ou éventuelle, et peut en garantir plusieurs à la fois; elle peut garantir une ouverture de crédit ou un compte bancaire courant (i.e. *current account*); elle est néanmoins spéciale quant à son montant (art. 1040 CCE). Elle doit être publiée au registre foncier pour être opposable aux tiers (art. 1053 CCE). Les sommes garanties par hypothèque comprennent, en plus du capital, « *the interest charged, if any, of the two years prior to registering the expropriation warning notification, together with the interest accruing from the date of adjudicating the auction* » (art. 1058 CCE)<sup>1364</sup>. Le titulaire jouit de plusieurs droits et recours, dont l'« expropriation » du débiteur ou la vente aux enchères du bien grevé (art. 1052, 1060, 1071-1072 CCE), qui auraient été remplacés par d'autres procédures aux termes du Code de procédure civile de 1968, dont il n'existe pas, à notre connaissance, de traduction anglaise ou française disponible. De nouveau, mentionnons que les auteurs consultés ne traitent pas de ces questions. Nous n'avons pas eu accès à quelque jurisprudence ayant interprété l'une ou l'autre de ces dispositions, aucun recueil n'existant à cet égard<sup>1365</sup>. Des sources citées auparavant, il semblerait que, de toute façon, ces mesures ne fonctionnent pas.

Notons par ailleurs que, de ce survol, force est de constater qu'un régime hypothécaire relativement moderne est édicté par le Code civil égyptien. Il aurait paru indiqué de réviser les règles de ce régime dans le contexte de l'Étude de terrain ACIDI et de formuler

---

<sup>1364</sup> ***Comparer*** : art. 2959 C.c.Q.

<sup>1365</sup> F. J. ZIADEH, *op. cit.*, *supra* note 1329, p. 75-77; R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 175; T. KHATTAB, *loc. cit.*, *supra* note 1319, p. 11-13.

les recommandations appropriés qui auraient, le cas échéant, permis de l'améliorer. Toutefois, là ne sont pas les intentions du gouvernement égyptien, pour qui ce régime hypothécaire n'existe pas ni ne correspond à ses aspirations politiques et culturelles, la *Real Estate Finance Law* en étant l'illustration la plus patente.

Qu'en est-il des sûretés-propiété en droit civil égyptien? Le champ ne semble pas réglementé *a priori*. Cependant, l'article 465 CCE édicte : « *[i]f the seller reserves, at the time of sale, the right to recover the sold item within a specified period of time, the sale shall be invalid* ». Il s'agirait d'une prohibition à l'encontre de la vente à réméré du droit musulman, ce qui représenta, lors de son adoption, un changement majeur par rapport à la situation qui prévalait jusqu'alors, s'expliquant ainsi :

In 1923, the [Old] Civil Codes had been amended to provide that such a sale was invalid if it constituted, in fact, a pledge arrangement (Law 49 of 1923), but the Civil Code of 1949 went further and abolished such sales regardless of their purpose. This prohibition resulted from many abuses connected with these arrangements, among which was the charging of usurious interest rates. Somewhat similar abuses had existed in connection with the possessory pledge of real property, and its prohibition was also considered in Parliament. However, in view of the fact that it was the most popular security agreement in agricultural areas, **where recorded mortgages were not looked upon with favor**, the possessory pledge was retained in the new Code. [...]

Yet although the sale with a right of redemption has been abolished, it appears that the other traditional form of security arrangement, the possessory pledge, is still very important in Egypt. <sup>1366</sup>

[Nos soulignements et caractères gras]

Un autre auteur propose l'explication suivante :

The reason for the change seems to be the fact that this type of sale was often used as a devious means to effect possessory mortgages of small landholdings belonging to peasants or small landowners, and that the result, in most cases was to deprive the owners of their properties for a small price. <sup>1367</sup>

<sup>1366</sup> R.A. DEBS, *op. cit.*, *supra* note 1313, p. 175-176.

<sup>1367</sup> F. J. ZIADEH, *op. cit.*, *supra* note 1329, p. 19.



Est-ce que la *Real Estate Finance Law* opère un retour, dans les faits, à cette institution ? C'est ce que nous analyserons dans la prochaine section. Peut-il ici s'agir, d'autre part, d'une interdiction plus générale visant les pactes commissaires ? Il n'est pas spécifié, à l'article 465 CCE, que cette condition résolutoire est fonction de l'exécution d'une obligation principale, à l'instar de ce qui prévaut en droit civil québécois sous l'article 1801 C.c.Q. On peut toutefois penser qu'elle était destinée à produire cet effet.

Mais avant, nous allons présenter la situation actuelle du système de publicité des droits et du cadastre en Égypte.

### 2.3 du système de publicité des droits et du cadastre

Le droit de propriété, ses démembrements, ainsi que leur aliénation, doivent faire l'objet d'une publicité au registre foncier. C'est ce qu'énonce l'article 934 CCE : « *ownership and other corporeal rights shall not be transferred, whether between the contracting parties or vis-à-vis third parties, unless the provisions indicated in the Law concerning the organization of the real estate publicity and registration provisions, are observed* ».

La législation relative à la publicité des droits réels est disséminée dans plusieurs textes, à savoir (nous les énumérons sous leurs titres anglais) :

- *Law No 114 of the Year 1946 Regulating Real Estate Registration*, Official Gazette no. 85, August 24, 1946 (as amended from time to time) (la « **Loi sur la publicité foncière de 1946** »);
- *Executive Regulation Decree in respect of regulating the Real Estate Publicity Department*, Official Gazette no. 85, August 24, 1946 (as amended from time to time) (les « **Règlements de 1946 sur la publicité foncière** »);

- *Decree of the President of the United Arab Republic Enacting the Law No. 142 of 1964 on In Rem Registry* (as amended from time to time) (le « **Décret présidentiel de 1964 sur le registre des droits réels** »); et
- *Executive Regulations on Siguéal El-Ainee*, Version Number 189 issued at Saturday 9 Shaaban 1395 (Arabic month) – 16 August 1975, Ministry of Justice decision no 825:1975, with the *Executive Regulation of Law No 142 for Siguéal El-Ainee System* (les « **Règlements de 1975** », ci-après cités, avec la *Loi sur la publicité foncière de 1946*, les *Règlements de 1946 sur la publicité foncière*, le *Décret présidentiel de 1964 sur le registre des droits réels*, à titre de « **Législation égyptienne en matière de publicité foncière** »)<sup>1368</sup>.

La Loi sur la publicité foncière de 1946 remplaçait une loi antérieure. Elle visait à assurer le développement d'un nouveau cadastre et d'un système d'enregistrement des titres, dans le contexte de l'adoption du Code civil égyptien.

La Législation égyptienne en matière de publicité foncière crée des bureaux d'enregistrement, à être implantés dans les diverses provinces et gouvernorats. Ces bureaux d'enregistrements relèvent du ministère de la Justice, alors que le cadastre dépend de deux ministères, à savoir le ministère du logement social et des nouvelles communautés urbaines (i.e. *Ministry of Housing, Utilities & Urban Communities*), ainsi que le ministère des travaux publics et de la gestion des eaux (i.e. *Ministry of Public*

---

<sup>1368</sup> La traduction anglaise de cette législation fut obtenue directement du ministère de la Justice du gouvernement égyptien, suite à une rencontre avec monsieur Mamdouh Ragheb Abdel-Zaher, *Supreme Court vice-chairman and General Authority for Real Estate Finance Board Member*, tenue le 7 novembre 2005 au Caire. Il faut ajouter, à cette *Législation égyptienne en matière de publicité foncière*, la *Law No 83/2006 amending some provisions of the Decree issued by Law No 70/1964 on Notarization and Registration Fees*, telle que citée sur le site Web du Ministère de l'investissement égyptien, en ligne :

<http://www.investment.gov.eg/en/NBFS/Mortgage/Pages/LawsAndLegislations.aspx> (consulté le 30 mai 2010), qui prévoit « *the reduction of the registration fees to a flat amount of a maximum of LE 2000, in addition to the implementation of a fast-track property registration for mortgaged properties located in the Urban Communities* » (voir, pour cette dernière précision, une autre page du même site Web, en ligne:

<http://www.investment.gov.eg/en/NBFS/Mortgage/Pages/DataAndKeyFigures.aspx> (consulté le 30 mai 2010)). Voir aussi les références, *supra*, note 1282. Le texte de cette modification législative ne semble pas disponible et nous n'avons pas pu le consulter.

*Works and Water Ressources*), ce dernier étant en charge de la *Survey Authority*, organisme chargé de présider à la réforme, à l'implantation et à la mise à jour du cadastre égyptien. Ce partage des responsabilités explique sans doute les difficultés entourant la réforme concertée dans ce domaine <sup>1369</sup>.

La Législation égyptienne en matière de publicité foncière assujettit certains droits réels à la publicité. Figurent, parmi ceux-ci, les droits réels découlant d'un jugement, de baux, ceux dévolus par succession, ainsi que tout transfert, à titre gratuit ou onéreux, d'un droit réel sur un bien immobilier. Les procédures d'enregistrement, les frais y afférents, ainsi que le domaine de compétence des bureaux d'enregistrement y sont par ailleurs établis. Cette législation fit l'objet, en 1979, du commentaire suivant :

Registration is at present regulated in Egypt by Law No. 114 1946. This law indicates the disposition, judgments and instruments which would be published and lays down the legal effects attendant upon this publication. It should be pointed out, though, that this publication is of a "personal" and not "real" nature in that it registers obligations according to the names of the parties not according to the specific plots of land based on a cadastral survey. A new law, Law No. 42, 1964, creates a system of registration of real rights based upon the plots of lands, but its enforcement depends upon a new cadastral survey which is yet to be completed. <sup>1370</sup>

[Références omises; notre soulignement]

Quels sont les progrès enregistrés depuis lors ? Le cadastre égyptien est-il désormais bien implanté et fonctionnel, près de trois décennies plus tard ? La réponse du Dr.

---

<sup>1369</sup> De l'aveu même de Monsieur Farouk Ahmed Awad, sous-ministre de la justice, gouvernement d'Égypte, rencontré le 7 novembre 2005 à ses bureaux du Caire.

<sup>1370</sup> F. J. ZIADEH, *op. cit.*, *supra* note 1329, p. 44.

Azza A. Sirry <sup>1371</sup>, du ministère du logement social et des nouvelles communautés urbaines, est éloquente :

[p]roperty registration system in Egypt is under the Ministry of Justice. It is an old practice in Egypt. Some properties are registered as far as the nineteenth century, but the system has suffered many drawbacks since its initiation. The registration of ownership rights in Egypt is a major problem. The majority of land and housing are not registered and if registered transactions are not registered due to high costs (6% tax), and lengthy procedures. Each registration has a valuation or estimate price. Thus, while actual transactions and change of owners happen it is rarely registered, only primary contracts are written, opening the door for many disputes on ownership. <sup>1372</sup>

[Notre soulignement]

La réforme, l'implantation et la mise à jour du cadastre égyptien, amorcée en 1964, sont donc loin d'être complétées. L'on y procéderait de façon partielle et graduelle, de manière *ad hoc*, lors de la réalisation de projets gouvernementaux de logements sociaux. À cet égard, il est intéressant de rapporter un projet pilote mené par le ministère de la Justice en 2004-2005 dans l'un des quartiers du Caire, appelé « Dokki ». L'expérience consistait à vérifier les données disponibles pour ce secteur relativement aux titres de propriété fonciers. Le bureau d'enregistrement de cette circonscription foncière ne fut que d'un faible secours : les actuels possesseurs de plus de 50 % des immeubles s'y trouvant ne sont pas les propriétaires inscrits. Les résultats de cette étude ne sont pas encore disponibles <sup>1373</sup>.

---

<sup>1371</sup> Dr. Azza A. Sirry, *Consultant Engineer, Urban Planning and Housing Specialist, Associate Professor, at the Housing & Building Research Center, Urban Training & Studies Institute, Ministry of Housing, Utilities & Urban Communities, Government of Egypt*. Nous avons rencontré le Dr. Sirry le 13 novembre 2005 à ses bureaux du Caire.

<sup>1372</sup> A.A. SIRRY, *Different Approach*, *supra* note 1254.

<sup>1373</sup> Nous avons appris l'existence de cette étude lors de nos rencontres au ministère de la Justice d'Égypte, avec messieurs Farouk Ahmed Awad et Mamdouh Ragheb Abdel-Zaher, le 7 novembre 2005. Un compte-rendu de ce projet est fait dans WORLD BANK, *WB Project Appraisal Document*, *supra* note 1244, annexe 2, p. 23. Baptisé « *Dokki Systematic Inventory Project* », ce projet du gouvernement égyptien avait pour objet « [...] [to] *assess the feasibility of systematic*

Plusieurs facteurs expliqueraient l'insuccès du système de publicité des droits réels immobiliers égyptien. Au premier chef, les coûts afférents à l'enregistrement d'un acte de vente, d'une hypothèque, ou de tout autre droit réel étaient, jusqu'en 2006, prohibitifs. Représentant alors un pourcentage de la transaction publiée, ils étaient de l'ordre de douze pourcent (12 %) jusqu'à récemment, et furent progressivement réduits à 3 % par décrets gouvernementaux successifs. Depuis 2006, le gouvernement égyptien a réduit les coûts d'enregistrement à une grille tarifaire fixe, pour des sommes nominales, sans égard à la valeur des transactions <sup>1374</sup>. De plus, on évalue que les titres de propriété de seulement 20 % des immeubles de la grande région du Caire seraient enregistrés en faveur des occupants et propriétaires actuels. L'enregistrement du titre peut prendre d'une à deux années, alors qu'une demande sur six est acceptée. Dans les bureaux d'enregistrement du Caire, on estime à environ cinq ou six les demandes d'enregistrement qui sont annuellement traitées par les registrateurs. Le système, de façon générale, n'est pas informatisé. Cela étant, les gens se tournent vers des moyens informels, quand ils ne se dirigent pas vers les tribunaux afin de faire établir leur titre. Environ la moitié des causes pendantes devant les tribunaux égyptiens concerneraient de telles demandes <sup>1375</sup>.

---

*conversion of the district from the deeds recordation system to the tile registration system by assessing conditions on the ground and the capabilities of local ESA and REPD offices, and is the first project of its kind in urban areas. The Dokki project was carried out as an experiment to identify potential issues and problems that may be encountered when establishing the title registration system in urban areas. An important outcome of the Dokki project is greater understanding within government of the importance of the physical cadastre and index mapping activity as a foundation for the systematic registration process. The lessons learned are helping to strengthen the foundations of the national property registration program » [notre soulignement].*

<sup>1374</sup> *Supra*, note 1368.

<sup>1375</sup> WORLD BANK, *WB Project Appraisal Document*, *supra* note 1244, annexe 4.2, p. 38.

Une autre raison est parfois évoquée en guise d'explication aux ratés du régime de propriété foncier égyptien, ce que d'aucuns ne seront tentés d'attribuer à un manque de volonté politique :

There are other, wider factors, which cannot be divorced from the above set of causes, including issues of governance and finally, the lack of political will. Inadequate governance is a principal constraint to effective land management. Most developing countries, metropolitan and local governments lack the capacity to carry out effective land management activities because the political commitment to strengthen local institutions in general sufficient forms is always disappointing. Political will is crucial to mobilize other actors and to support partnerships, especially with the community, rather than excluding the community from playing an effective role in decision-making.<sup>1376</sup>

Notons toutefois que la Banque mondiale, dans le cadre du *WB Egypt Mortgage Finance Project*, a chapeauté les différentes initiatives entourant la réforme du cadastre et du système de publicité des droits : USAID œuvre à l'établissement d'une telle infrastructure ; le gouvernement finlandais a contribué aux travaux du gouvernement égyptien en participant à une étude du système cadastral en zones rurales, prodiguant certaines recommandations qui ne seraient pas encore appliquées ; enfin, le gouvernement égyptien a mené le projet Dokki et tente de changer sa législation et ses façons de faire. La Banque mondiale estimait, au début du *WB Egypt Mortgage Finance Project*, que la réforme de l'infrastructure cadastrale et du système d'enregistrement des droits, avec les mesures de réalisation, représentaient les obstacles les plus inquiétants, qui pouvaient compromettre le succès éventuel de l'implantation d'un marché immobilier en Égypte<sup>1377</sup>. Quatre années plus tard, cependant, il semblerait que les travaux concertés de la Banque mondiale et de USAID commencent à porter leurs fruits. Un projet pilote d'informatisation des bureaux d'enregistrements a cours ; le cadastre est mis

<sup>1376</sup> A.I. KAMEL EL-HEFNAWI, *op. cit.*, *supra* note 1294, p. 77.

<sup>1377</sup> WORLD BANK, *WB Project Appraisal Document*, *supra* note 1244, annexe 2, p. 22-23, et annexe 4, p. 27.

à jour progressivement dans certains quartiers ; les frais relatifs à l'enregistrement correspondent à des tarifs fixes ; la procédure d'enregistrement aurait été simplifiée. Néanmoins, tel que nous l'avons déjà noté, les statistiques de USAID ne sont pas concluantes : à peine une dizaine d'actes auraient été enregistrés en 2007-2008, et les délais de publication sont toujours longs <sup>1378</sup>.

La réforme de la Législation égyptienne en matière de publicité foncière, *stricto sensu*, dépasse le cadre de la présente étude. Nous en tiendrons cependant compte dans notre évaluation de la *Real Estate Finance Law*, car les règles de publicité foncière présenteront une incidence certaine sur le régime de sûretés réelles immobilières qu'elle propose.

Nous avons déjà maintes fois écrit que la *Real Estate Finance Law* opère un retour au droit musulman quant à la conception même d'une sûreté réelle immobilière, ce vers quoi nous tournons maintenant notre attention.

#### **D. La *Real Estate Finance Law* de l'an 2001 : structure, objet et cadre juridique**

L'historique entourant la conception et l'adoption de la *Real Estate Finance Law* fut énoncé dans les pages qui précèdent. Cet exposé avait également pour but d'expliquer le contexte en ayant favorisé l'avènement. Nous pouvons à présent en étudier la structure et l'objet [1], pour ensuite cerner la nature des droits et obligations qu'elle confère [2].

---

<sup>1378</sup> USAID / EGYPT, *Rapport quinquennal 2004-2009*, *supra* note 1243, n<sup>os</sup> 40 et 73, p. 12, 20 et 21.

1. De la structure et de l'objet de la *Real Estate Finance Law*

La *Real Estate Finance Law* <sup>1379</sup> doit se lire en conjonction avec ses règlements <sup>1380</sup> et, aussi, avec le contrat type ou modèle de financement immobilier <sup>1381</sup> devant être entériné par les trois parties au projet de construction ou de rénovation immobilière, qui est en fait l'objet véritable de cette loi à l'heure actuelle. Avant d'en énoncer les divers éléments, précisons sa portée. L'article 1 de la partie liminaire de la *Real Estate Finance Law* édicte :

Subject to the provisions of the Decree-Law No. 15 of the year 1963 prohibiting alien's possession of agricultural land and other virtually similar holdings, and law No. 230 of the year 1996 reorganizing the possession of built realties and vacant lands by non-Egyptians, the provisions of the attached law on Real Estate Finance shall apply and all provisions contradicting its provisions shall be superseded.

[Notre soulignement]

Le législateur égyptien confère donc une portée exclusive à cette loi pour les matières qu'elle vise. L'on aura bien noté qu'aucune référence n'est faite ni au Code civil égyptien, ni à aucune autre loi traitant de près ou de loin des droits des créanciers et des

---

<sup>1379</sup> *Supra*, note 1241.

<sup>1380</sup> *Cabinet Decree No.1 of the year 2001 Issuing The Executives Statutes of the Real Estate Finance Law* [« **Executive Statutes REFL** » ou « **Règlements REFL** »], dans sa traduction anglaise non-officielle publiée par The Middle East Library For Economic Services, Meles Bulletin, Code 43B, Août 2004, en ligne : [www.mf.gov.eg/EMF\\_Portal/en-GB/Laws+and+Regulations/Executive+regulations/Prime+Minister+Decree+No+1+of+the+year+2001.htm](http://www.mf.gov.eg/EMF_Portal/en-GB/Laws+and+Regulations/Executive+regulations/Prime+Minister+Decree+No+1+of+the+year+2001.htm) (consulté le 11 août 2008). Ces *Executive Statutes REFL* furent amendés par : *Prime Minister's Decree No. 465 Of The Year 2005 Amending Certain Provisions Of The Executive Statutes Of The Real Estate Finance Law*, dans sa traduction anglaise non-officielle publiée par The Middle East Library For Economic Services, Meles Bulletin, Code 43B/1, Serial No. 19/2005, en ligne : [www.mf.gov.eg/EMF\\_Portal/en-GB/Laws+and+Regulations/Executive+regulations/LawsRegulations2.htm](http://www.mf.gov.eg/EMF_Portal/en-GB/Laws+and+Regulations/Executive+regulations/LawsRegulations2.htm) (consulté le 11 août 2008).

<sup>1381</sup> *Ministerial Decree No. 102 Of The Year 2003 Concerning A Model Of Real Estate Agreement For (Restoration / Improvement) Of A Building* [le « **Finance Agreement** » ou « **contrat de financement immobilier type** »], dans sa traduction anglaise non-officielle publiée par The Middle East Library For Economic Services, Meles Bulletin, Code 52, Serial No. 24/2003.



débiteurs (sauf au Code de procédure civile égyptien)<sup>1382</sup>. La *Real Estate Finance Law* présente-t-elle le degré de cohérence intrinsèque voulu pour être autosuffisante ? S'intègre-t-elle logiquement à l'ensemble de la législation et de l'économie égyptienne ? Son étude nous permettra de soulever des doutes à ces égards. Précisons que cette législation fournit surtout un cadre général permettant au législateur d'y ajouter (ou d'y soustraire, le cas échéant) par voie de règlements, de décrets présidentiels ou ministériels<sup>1383</sup>. Il ne s'agit donc pas tant de droit substantif que d'un cadre

---

<sup>1382</sup> Dans le cadre de la partie IV de la REFL traitant des mesures de réalisation, l'article 27 REFL réfère au Code de procédure civile et commerciale à titre supplétif à la REFL, en cas de silence de cette loi sur une matière touchant aux mesures d'exécution forcée. Tel que déjà mentionné, nous n'avons pu consulter ce Code.

<sup>1383</sup> Cette loi, comportant en tout 52 articles, délègue plus souvent qu'autrement sa compétence législative aux règlements, décrets présidentiels, ministériels, ainsi qu'à des décisions ou registres de l'autorité administrative (i.e. *administrative quarter*), tel qu'en atteste la classification de ces délégations de pouvoirs que nous avons établi ci-dessous sous chacune de ces rubriques. **Règlements** : établissement de sûretés en faveur du financier (art. 1 REFL); réglementation du financement immobilier, de l'évaluation foncière (art. 4 REFL); critères d'admissibilité aux subventions gouvernementales pour les personnes à faible revenu relativement à l'accès à la propriété (art. 5 REFL); établissement des règles et procédures pour le transfert d'un immeuble financé aux termes de la REFL (art. 7 REFL); règles entourant le remboursement anticipé du prix de la transaction (art. 9 REFL); données à être inscrites au registre foncier (art. 10 REFL); règles fixant la nomination et la rémunération des agents de réalisation (art. 16 REFL); règles entourant la fixation de la mise à prix avant une vente aux enchères en contexte de réalisation (art. 18 REFL); capitalisation minimale d'une institution financière autorisée à financer l'immobilier sous la REFL (i.e. *Real Estate Finance Companies*, ci-après « **Institution financière autorisée** ») (art. 28 et 32 REFL); licences, règles, procédures d'accréditation, règles de divulgation financière et de fusion ou liquidation des Institutions financières autorisées (art. 29, 33 et 34 REFL); critères de compétence de la haute direction des Institutions financières autorisées (art. 31 REFL); réglementation d'un fond en personne morale d'intérêt public relevant d'un ministère (i.e. *Real Estate Finance Guarantees*) (art. 36 REFL); règles et conditions d'une assurance invalidité ou décès de l'investisseur à l'égard du financier (art. 37 REFL); règles et procédures concernant les personnes autorisées à agir à titre de « consultant hypothécaire », i.e. un médiateur entre l'investisseur et le financier (art. 38 REFL); règles concernant l'ombudsman établi sous la gouverne de l'Autorité administrative chargé d'entendre les plaintes en raison d'une violation à la REFL (art. 41 REFL); **Décrets présidentiels** : constitution d'une autorité sur le développement immobilier (art. 2 REFL); constitution d'un fond en personne morale d'intérêt public relevant d'un ministère (i.e. *Real Estate Finance Guarantee*), destiné à subventionner le financement immobilier pour les personnes à faible revenu (art. 35 REFL); obligation de divulgation mensuelle du financier à l'investisseur (art. 40 REFL); **Décrets ministériels** : modèles de contrats de financement immobilier type (art. 6 REFL); nomination des officiers de l'Autorité administrative par décret du ministère de la Justice (art. 44 REFL); **Autorité administrative** : registre à être établi pour inscrire les institutions autorisées à faire crédit dans le domaine foncier (art. 3 REFL); registre établissant les personnes autorisées à procéder aux mesures d'exécution en faveur des créanciers (agents de réalisation) (art. 16 REFL); registre des personnes autorisées à agir à titre de

réglementaire général permettant à la branche exécutive d'élaborer les règles qu'elle considère souhaitables, se fondant néanmoins sur ce cadre élaboré par la branche législative.

La *Real Estate Finance Law* se structure autour de deux grands axes. Le premier pose les jalons de l'opération de financement tripartite à intervenir entre un constructeur/vendeur, un investisseur/acheteur et une institution financière pour les fins de la restauration ou de l'amélioration d'un immeuble, ou encore sa vente. Les modalités de constitution, de publication, ainsi que les droits des parties y sont précisés. Le second régleme les joueurs de l'industrie qui seront reconnus par le gouvernement égyptien à titre d'institutions financières autorisées à agir dans le cadre prévu par la *Real Estate Finance Law*, en plus de fournir un cadre pour la création d'un marché hypothécaire secondaire par voie de titrisation, afin de capitaliser les institutions financières autorisées. Sont aussi élaborées des règles entourant la constitution d'un fond public (ou de fonds privés mais financièrement dotés par le gouvernement égyptien) destiné à subventionner les personnes à faible revenu lors de l'acquisition d'une propriété. Nous étudierons ce second volet dans la prochaine section <sup>1384</sup>.

---

« consultant hypothécaire » (art. 38 REFL); préparation d'un formulaire indiquant les conditions minimales d'un financement immobilier à être utilisé par l'investisseur et le financier (art. 39 REFL); pouvoir conféré aux officiers de l'autorité administrative « *in establishing the crimes committed in violation of the provisions of the present law and the decrees to be issued concerning its enforcement* » (art. 44 REFL).

<sup>1384</sup> Ainsi, la *Real Estate Finance Law* se divise en huit parties, les quatre premières appartenant au premier axe et les quatre dernières au second (sauf les dispositions générales qui concernent les deux axes). Ces parties s'intitulent comme suit : « Part I – General Provisions, Part II – Finance Agreement, Part III – Registration Of The Real Estate Security And Transference Of Rights Resulting From The Finance Agreement, Part IV - Execution On The Realty, Part V – Real Estate Finance Companies, Part VI – Real Estate Finance Guarantees, Part VII – Control, Part VIII – Penalties ». Les *Executive Statutes REFL*, qui complètent la REFL, se divisent quant à eux de la manière suivante : « Part 1 – General Provisions, Part 2 – Disposal of, and Leasing a Security Real Estate, And Acceleration of Settlement, Part 3 – Recording the Real Estate Guarantee and The

Revenons, pour l'instant, à l'objet principal de la *Real Estate Finance Law*. L'article 1 de la première partie de cette loi précise :

The provisions of the present law shall apply to finance activities for investment in the fields of purchasing, building, repairing, or improving the houses, administrative units, service installations and buildings of stores appropriated for trade activities, guaranteed by the lien right on the realty, officially mortgaging it, or by other securities to be accepted by the financier according to the rules and procedure as shall be determined by the executive statutes of the present law.

Les Règlements REFL répètent à nouveau l'objet de cette législation, indiquant à l'article 1 :

Real estate finance, according to the provisions of the Law shall be for investment in the purchase, building, repair, or improvement of houses, administrative units, service installations and buildings of stores appropriated for commercial activity.

Voilà donc un régime spécial voué à l'essor des secteurs de l'immobilier et de la construction, tant résidentiels que commerciaux. Il n'est pas destiné à être supplétif à un régime plus général, contrairement à ce que l'on observe traditionnellement en droit civil ou en *common law*, où des régimes généraux de droit des obligations, de droit des biens, de droit de la vente et de droit des sûretés peuvent s'appliquer tout autant aux situations particulières découlant des besoins entre divers secteurs de l'industrie (ou entre particuliers), lorsque cela s'avère nécessaire.

Au plan technique, la *Real Estate Finance Law* procède en imposant aux trois parties concernées la conclusion d'un *Finance Agreement* ou contrat de financement immobilier type <sup>1385</sup>. De quoi s'agit-il ? Lorsqu'il vise l'acquisition d'une propriété, d'un contrat de

---

Transference of Right Resulting from The Finance Agreement, Part 4 – Forced Sale of Security Realty, Part 5 – Real Estate Finance Companies, Part 6 – Valuing Experts, Real Estate Agents and Brokers, Part 7 – Real Estate Finance Guarantees ».

<sup>1385</sup> Art. 6 REFL. Il peut théoriquement exister, selon cette disposition, plusieurs types de « formulaires » pour chaque situation visée par cette loi, qui sont élaborés par décrets ministériels.

vente à intervenir entre l'acquéreur, le vendeur et le financier. Les modalités de ce contrat de vente sont les suivantes : (i) les conditions de la vente doivent être énoncées, incluant le prix, dont le paiement doit se faire par versements, et le contrat doit comprendre une description de l'état du bien; (ii) le montant de l'avance initiale faite par l'acquéreur, le cas échéant, doit être indiqué; (iii) le contrat doit prévoir le solde du prix de vente, le nombre de versements et les modalités de paiement, en autant qu'elles soient déterminées jusqu'à parfait paiement; (iv) doit y figurer l'acceptation par le vendeur de céder au financier son droit au paiement du solde du prix de vente, selon des modalités à être convenues entre eux; (v) doit y figurer l'engagement du vendeur d'enregistrer l'immeuble au nom de l'acheteur, libre et franc de tout droit réel; (vi) doit y figurer l'engagement de l'acquéreur d'enregistrer une sûreté (i.e. *lien*) sur le solde de prix de vente en faveur du financier (au registre foncier, présume-t-on); (vii) doit y figurer l'engagement des parties de fixer un terme au contrat. Si le financement est plutôt consenti à des fins d'investissement au propriétaire de l'immeuble, soit pour la rénovation ou la construction, ou encore à toutes autres fins (i.e. « *for other fields* »), le contrat doit alors intervenir entre le propriétaire de l'immeuble, appelé dans ce cas « investisseur » (i.e. *investor*), le financier, et toute autre partie visée par l'entente (i.e. « *and any other party concerned with the agreement* »), les autres modalités susmentionnées s'appliquant dès lors *mutatis mutandis* à cette nouvelle situation.

Enfin, l'article 6 REFL *in fine* précise que « [t]he Minister shall issue a decree concerning the 'Forms' to be used in the agreements referred to in the two previous

---

À ce jour, un seul formulaire fut à notre connaissance promulgué par le législateur égyptien. Voir : *Supra*, note 1381.

*clauses* ». Le terme « Ministre » (i.e. *Concerned Minister*), à l'article 2 du préambule de la REFL, référerait au Ministre de l'économie et du commerce international (i.e. *Minister of Economy and Foreign Trade*), qui aurait le pouvoir, par décret, de préciser quels sont les formulaires prescrits, à être utilisées à titre de contrat par les parties désirant obtenir un financement aux termes de cette loi, selon l'usage auquel on destine ce financement.

Curieusement, à notre connaissance, un seul contrat de financement immobilier type fut promulgué par le législateur égyptien, à savoir le contrat de financement immobilier type <sup>1386</sup>. De surcroît, il fut établi par décret du ministère du logement social et des nouvelles communautés urbaines (i.e. *Ministry of Housing, Utilities & Urban Communities*) et non par le ministère de l'économie et du commerce international; enfin, il ne viserait pas nommément le financement de l'acquisition d'un immeuble (donc une vente), mais plutôt le financement de la restauration ou de l'amélioration d'un immeuble déjà bâti et appartenant à l'« investisseur ». Ainsi, ce contrat type identifie trois parties : le constructeur (i.e. *contractor*), l'investisseur et le financier. Il se décline, après l'identification des parties, sous quinze articles et comporte un préambule.

Même si cela paraîtra une longue litanie, nous allons rendre compte de son contenu, car l'essentiel des droits et obligations des parties s'y trouvent énoncés. Nous pourrions par la suite en faire l'analyse. Dans le préambule, on procède à la description physique et

---

<sup>1386</sup> *Supra*, note 1381. Le ministère de l'investissement égyptien indique cependant, dans un texte de conférence donnée en mai 2007 pour Euromoney, qu'il existerait trois contrats tripartites, l'un pour chacune des situations visées, et que des amendements sont nécessaires afin de simplifier la documentation du revenu annuel de l'investisseur/acquéreur, d'une part, et faciliter le caractère exécutoire dudit contrat. Le texte de conférence n'est pas plus explicite. Voir : EGYPT, MINISTRY OF INVESTMENT, *Mortgage Finance Development in Egypt – Funding, Promoting and Regulating Housing Finance in Egypt* (14 mai 2007), Euromoney Egypt Housing Finance Conference, p. 3, en ligne : <http://www.investment.gov.eg/NR/rdonlyres/6C7415EA-9A29-4125-8AEF-AA40805F3803/5404/EuromoneyHousingConferencetranslateden.pdf> (consulté le 25 juillet 2008).

géographique de l'immeuble. On y précise ensuite : (i) l'objet du contrat, qui consiste en la restauration ou en l'amélioration d'un édifice appartenant à l'investisseur; (ii) le pourcentage du prix de la valeur des travaux initialement payé au constructeur par l'investisseur, la balance étant payable par versements fixes préétablis (i.e. *fixed installments*), selon des modalités à être convenues dans ce contrat entre l'investisseur et le constructeur; (iii) le constructeur doit céder son droit au paiement du solde du prix des travaux au financier, contre paiement anticipé par le financier au constructeur dudit solde (i.e. *against an accelerated amount*), selon des modalités à être convenues entre eux; (iv) l'estimé de la valeur des travaux tel que fait par l'un des experts autorisés aux termes de la loi, ledit estimé y étant accepté par les parties.

Dans les dispositions contractuelles qui suivent (où l'on ne fait essentiellement que broder, de manière plus détaillée, sur ce qui est annoncé dans le préambule), les parties, après avoir attesté et convenu de leur capacité respective à conclure le contrat, conviennent : (i) après avoir réitéré le préambule, **de l'objet du contrat**, auquel sont annexés les détails du projet de restauration (incluant les plans, dessins, liste des matériaux requis, etc.) (art. 1 et 2); (ii) **de la propriété de l'édifice**, dont l'investisseur garantit qu'il la détient libre et franche de tout droit réel, qu'il détient tous les permis requis aux fins du projet et qu'il est en règle avec les lois et règlement applicables (art. 3); (iii) **du prix des travaux**, incluant le coût de financement (i.e. *finance cost*), précisant le montant initialement versé et les versements subséquents (incluant en annexe une liste des versements), établissant une « *concession on the building, and land mortgage in favor of the Contractor* », le financier se voyant remettre des « *commercial documents against the value of the installments* » et, enfin, le contrat de construction ou

de rénovation doit être annexé et indiquer de quelle manière le financier paiera le solde du prix des travaux au constructeur (art. 4) ; (iv) **d'une inspection préalable aux travaux de l'immeuble** par le constructeur et d'une déclaration de satisfaction du plan des travaux par l'investisseur (art. 5) ; (v) **du transfert du droit au paiement de la soule** par le constructeur au financier aux termes d'un « *Rights Transference Document to the Third Party (Financier)* », en contrepartie du paiement de ce montant au constructeur par le financier sous forme de versements à être faits « *in conformity with progress of works of execution of the restoration / improvement operations* », mais « *as per conditions that they agreed upon in accordance with the Building Contract Appendix referred to above in Article Four* », la signature du contrat par l'investisseur et le constructeur constituant la preuve de leur acceptation dudit transfert au financier (art. 6) ; (vi) **des obligations de l'investisseur**, qui doit : enregistrer le transfert de droits du constructeur au financier, convenir de soumettre une attestation provenant du ministère du revenu à titre de preuve de son revenu annuel, payer les versements dus au financier, payer toute somme due aux autorités gouvernementales (ou non-gouvernementales) à titre de frais, taxes ou charges sur l'immeuble (à l'exonération des autres parties), obtenir une assurance-vie et une assurance-dommages (contre les risques d'incendie), reconnaître avoir reçu le document officiel de l'Autorité administrative expliquant les conditions de financement sous la REFL des mains du « *finance mediator* » accrédité (art. 7) ; (vii) **des droits de l'investisseur** : céder l'immeuble, par vente, donation ou autrement, ou conférer des *in kind rights* sur l'immeuble, le louer ou conférer à des individus le droit de l'habiter, et ce, sous réserve de l'approbation écrite du financier (qui ne peut être refusée que pour motifs sérieux, i.e. « *subjecting his interests and rights to danger* »), sous

réserve également de la subrogation de tout tel cessionnaire aux obligations de l'investisseur à l'égard du financier, le financier ayant alors le droit d'exiger que l'investisseur demeure solidairement responsable à son endroit avec le cessionnaire (art. 8)<sup>1387</sup>; (viii) **des obligations d'information du financier** à l'endroit de l'investisseur eu égard : au montant du financement et de ses coûts, du début du projet à la fin des paiements ; de la valeur des sommes payées par le financier ; du solde dû par l'investisseur sur les versements ; de son changement d'adresse ; du changement des coûts du financement sujet à l'accord des deux parties ; de toute information qui, de l'avis du financier, présente une détérioration de son risque aux termes du financement (art. 9) ; (ix) **des modalités d'enregistrement de la sûreté** : tant l'investisseur que le financier peuvent soumettre une demande (i.e. « *application* ») à cet égard, précisant les noms des parties, la valeur de la soulte et des droits garantis, le terme de remboursement ; copie du contrat de financement immobilier type doit être jointe à la demande d'enregistrement (art. 10)<sup>1388</sup>; (x) **des obligations du constructeur** : effectuer les travaux selon les modalités prévues au contrat sans que celles-ci puissent changer (en faisant un contrat à forfait et rejetant ainsi la théorie de l'imprévision) ; se porter garant de la solidité de l'immeuble suite aux travaux pour un terme de dix ans (que sa démolition éventuelle résulte des travaux ou d'un vice du sol ou des vices de l'édifice ne

---

<sup>1387</sup> Reprise de ce qui est prévu à l'article 7 REFL, lui-même repris aux articles 7 à 9 des Règlements REFL.

<sup>1388</sup> Reprise de ce qui est prévu à l'article 10 REFL, lui-même repris (et légèrement complété) à l'article 12 des Règlements REFL. Mentionnons de plus que l'article 13 des Règlements REFL précise que le bureau d'enregistrement doit s'assurer de la validité des « *limits and specifications of the realty as indicated in the application for registration* ». Le refus de la demande d'enregistrement doit être notifié par écrit au demandeur. On imagine que la conséquence de ce refus est l'invalidité du contrat de financement, quoique rien ne le précise dans les textes législatifs étudiés.



dépendant pas des travaux) <sup>1389</sup>; à publiciser sur le site des travaux le fait que ceux-ci sont effectués aux termes de la *Real Estate Finance Law* (art. 11) ; (xi) **des droits et recours du financier**, soit en cas d'inexécution des obligations de l'investisseur (i.e. non paiement des versements, cession de l'immeuble à quelque titre que ce soit sans l'accord préalable écrit du financier), soit en cas de détérioration de la valeur de l'immeuble en raison de la négligence de l'investisseur: sur envoi d'un préavis de minimalement soixante jours permettant à l'investisseur soit de remédier au défaut, soit de fournir une nouvelle sûreté (i.e. *adequate security*), l'investisseur est contraint de rembourser la totalité des montants dus et le financier peut alors exercer le recours prévu au chapitre IV de la REFL, qui consiste en une vente judiciaire forcée aux enchères publiques (art. 12) <sup>1390</sup>; (xii) **du remboursement anticipé du financement** : sur préavis de trois mois,

---

<sup>1389</sup> Mesures qui semblent tout à fait exorbitantes lorsque les causes de l'écroulement ne dépendent pas du constructeur, mais qui reprennent pour l'essentiel ce qui est édicté à l'article 651 CCE. **Comparer** : art. 2119 C.c.Q.

<sup>1390</sup> Reprise de ce qui est prévu à l'article 12 REFL, lui-même repris (et légèrement complété) à l'article 17 des Règlements REFL. Les modalités d'exercice de cette vente judiciaire sont ensuite énoncées aux articles 13-27 REFL, repris et complétés par les articles 18-26 des Règlements REFL. Les mesures prévues sont complexes, tortueuses, impliquent une multiplicité d'intervenants, entraînent des délais et ne permettent pas d'établir le rang des créanciers (bien que la distribution du prix de vente doive s'effectuer selon leur rang; nous ignorons toutefois si le Code de procédure civile égyptien permet de l'établir). Ainsi, à l'expiration du préavis initial de soixante jours, s'il n'est pas remédié au défaut par l'investisseur, le financier peut : (i) demander au « *justice execution* » (i.e. le juge chargé d'entendre l'affaire) du district judiciaire où est situé l'immeuble d'établir une « *executive formula* » et de prononcer une décision préliminaire quant à la vente éventuelle du bien, sujet à l'envoi d'un préavis à l'investisseur pour entendre ses représentations (sans que l'on y précise toutefois quels sont les délais pour ce faire) (art. 13 REFL); (ii) lorsque cette « *executive formula* » est obtenue, le financier doit en aviser l'investisseur, le bureau d'enregistrement, les autres créanciers inscrits au registre et les occupants de l'immeuble (à défaut de quoi les mesures de réalisation leurs sont inopposables), laissant à partir de ce moment un délai additionnel de trente jours à l'investisseur pour régler selon les termes de l'« *executive formula* » (qui n'est autre chose que le parfait paiement de la soulte) (art. 14-15 REFL; art. 18-20 des Règlements REFL); (iii) à défaut par l'investisseur d'obtempérer dans ce délai additionnel de trente jours, le financier peut s'adresser au « *justice execution* » pour faire nommer un agent d'immeuble autorisé (l'« **Agent d'immeuble désigné** »), afin de procéder à la vente aux enchères publiques sous supervision judiciaire, le financier devant alors déposer auprès de la Cour une somme suffisante pour couvrir les frais de justice (art. 16 REFL; art. 21 des Règlements REFL); (iv) tout intéressé peut s'adresser à la Cour pour demander de remplacer l'Agent d'immeuble désigné, ce qui ne doit pas engendrer de délai additionnel pour la vente judiciaire forcée (et ne sera accordée que pour des motifs sérieux) (art. 16 REFL); (v) la mise à

l'investisseur a la faculté de rembourser, en totalité ou en partie, la somme due (art. 13)<sup>1391</sup>; (xiii) **du transfert des droits résultant du *Finance Agreement*** : sans nécessité d'obtenir l'approbation préalable de l'investisseur, le financier peut céder ses droits dans le *Finance Agreement* à toute société autorisée de titrisation (art. 14)<sup>1392</sup>; (xiv) **de l'élection de domicile** : les parties élisent domicile à l'adresse indiquée dans la comparution du contrat (art. 15) ; (xv) **de l'élection de for** : les parties conviennent que le tribunal du lieu où se trouve l'immeuble aura compétence pour entendre de tout litige

---

prix initiale est fixée par deux évaluateurs experts autorisés, l'Agent d'immeuble désigné détermine ensuite les autres règles entourant la vente (date, heure, appel d'offres, vente par lots ou en bloc (lorsque cela est possible), etc.) (art. 18 REFL; art. 23 des Règlements REFL); (vi) l'Agent d'immeuble désigné doit aviser les créanciers inscrits au registre et publiciser dans les journaux la vente, le tout au moins trente jours et au plus tard quarante-cinq jours avant sa tenue. La première annonce dans les journaux est aux frais de l'investisseur; toute autre annonce est aux frais de la personne qui en fait la demande (art. 19 REFL); (vii) les autres mesures entourent la vente proprement dite et ses suites (art. 20 REFL; art. 24-26 des Règlements REFL). Si la mise à prix initiale n'est pas rencontrée lors de la vente, l'Agent d'immeuble désigné peut reporter sa tenue à l'intérieur des trente jours qui suivent (art. 20 REFL); le financier ne peut se porter adjudicataire, sauf si aucune offre n'atteint la mise à prix initiale; s'il choisit alors de la faire, la vente a pour effet d'éteindre les obligations de l'investisseur à son égard (*a contrario*, on présume que s'il ne le fait pas, les obligations de l'investisseur ne s'éteignent pas) (art. 20 REFL); avant la conclusion du processus d'adjudication, l'investisseur peut payer la soule au financier, à charge de lui rembourser en plus les dépenses encourues pour la vente forcée (art. 21 REFL); lorsque la vente est complétée, le juge émet un décret d'adjudication, qui doit être publié, ayant pour effet de purger les droits réels « *in kind* » inscrits au registre (art. 22-23 REFL); le produit de la vente est déposé par l'Agent d'immeuble désigné à la Cour, pour être ensuite distribué par le juge entre les créanciers inscrits selon leur rang, suite à l'expiration du délai d'appel de quinze jours (art. 26 REFL); le décret d'adjudication ou jugement en tenant lieu ne peut par ailleurs être frappé d'appel, sauf au motif de vice de la procédure d'adjudication. On accorde de plus aux occupants de l'immeuble (qui ne seraient pas autorisés à y habiter en vertu d'un bail ou d'un autre droit consentis par l'investisseur avant la vente forcée et alors acceptés par le financier) le droit d'appeler du jugement s'il comporte des mesures d'éviction à leur endroit (Art. 22 et 24 REFL); le salaire de l'Agent d'immeuble désigné est établi à la fin du processus par le juge, selon le travail effectué et le temps consacré, cette rémunération ne pouvant toutefois excéder trois pourcent (3 %) du prix de vente obtenu (art. 26 des Règlements REFL). Bien comptés, les délais seront minimalement de 180 jours, et non pas de 90 jours, contrairement à ce que la publicité entourant la REFL suggère.

<sup>1391</sup> Reprise de ce qui est prévu à l'article 9 REFL, lui-même repris (et légèrement complété) à l'article 11 des Règlements REFL.

<sup>1392</sup> Reprise de ce qui est prévu à l'article 11 REFL, lui-même repris (et complété) aux articles 14-16 des Règlements REFL. L'on y réfère par ailleurs aux règles du chapitre 3, partie 3, de la *Capital Market Law as promulgated by Law No. 95 of the Year 1992*.

découlant du contrat (art. 16) ; (xvi) **du nombre de copies du contrat** : au nombre de trois, chaque partie disposant d'une copie (art. 17).

Ayant précédemment énoncé l'objet de la *Real Estate Finance Law* ainsi que la technique mise de l'avant aux termes d'icelle pour procéder au financement immobilier, nous allons maintenant, suite à l'énumération des droits et obligations des parties que nous venons de faire, en analyser plus précisément la nature.

## 2. De la nature des droits et obligations conférés en vertu de cette loi

Nous examinerons, successivement, la qualification du contrat [2.1], la nature, les modalités de constitution et de publicité de la sûreté [2.2], l'assiette de la sûreté et les obligations garanties [2.3], son rang [2.4], les mesures d'exécution forcée [2.5], pour conclure sur l'incomplétude de la REFL et son incertaine et difficile interaction avec les autres sources du droit égyptien [2.6].

### 2.1 de la qualification du contrat tripartite

Il est difficile d'établir une qualification juridique au contrat de financement immobilier qui est proposé en vertu de l'article 6 REFL. Toutefois, peu importe l'objet du financement immobilier (i.e. acquisition, construction ou rénovation), les mêmes éléments reviendront. Il devra nécessairement intervenir entre trois parties, impliquant dans tous les cas un financier, un investisseur/acquéreur, un vendeur/constructeur; une mise de fond initiale sera faite par l'acquéreur/investisseur; le solde sera payé par versements fixes (périodicité et montants préétablis) à l'intérieur d'un terme convenu; le droit au paiement du solde sera cédé du vendeur/constructeur au financier; le titre de propriété sera garanti par le vendeur ou l'investisseur, libre et franc de tout autre droit

réel; une sûreté sera publiée en faveur du financier. Bref, cette structure tripartite *sui generis* reflète l'élément central découlant du droit musulman : le partage mutuel des risques dans une entreprise commune entre tous ses acteurs. Mais sa qualification, ou plutôt ses qualifications, ne seront pas tout à fait les mêmes selon l'objet du financement, ce qui, malgré une approche où le législateur égyptien tente de tout contrôler et de tout prévoir, nous plonge néanmoins dans une incertitude plus grande. Les atavismes séculaires de cette société y demeurent présents : le créancier est plutôt mal perçu et il aura fort à faire pour minimiser son risque<sup>1393</sup>. Au bout du compte, l'incertitude plane sur tous et ne bénéficie à personne.

Il y a ainsi, dans ce contrat, trois éléments principaux à décortiquer, qui correspondent à autant de relations contractuelles principales: la vente (ou le contrat de construction ou de rénovation), la cession du droit au paiement du solde impayé et la sûreté afférente. Les variations à tous ces niveaux découleront essentiellement de la nature du premier contrat, selon qu'il s'agisse d'une vente ou d'un contrat de construction (ou de rénovation), car l'on peut y voir trois contrats successifs.

Dans le cas du contrat de vente, son objet est le transfert du droit de propriété de l'immeuble du vendeur à l'acquéreur. Leurs droits et obligations ne sont pas spécifiés outre mesure. Il n'est donc pas possible de savoir quel régime général s'applique au-delà

---

<sup>1393</sup> Ces atavismes découlent d'une relation complexe entre le socialisme nassérien, qui s'est prolongé sous Sadat et, par la suite, sous Moubarak, en plus d'être fortement imprégnée d'un retour à la tradition musulmane plus conservatrice. Mais la situation égyptienne est beaucoup plus complexe que cela. Depuis Sadate et encore davantage sous Moubarak, le régime tente de se délester de cet héritage socialiste nassérien. Il essaie progressivement de libéraliser son marché intérieur et de l'ouvrir à l'international, la *Real Estate Finance Law* participant pleinement de ce mouvement. Les créanciers de l'Égypte, au premier chef la Banque mondiale et les États-Unis, l'incitent fortement en ce sens. Voir, à ce sujet, l'éclairant exposé de S. POMMIER, *op. cit.*, *supra* note 1236, p. 56-78, 102-116, 154-168.

des obligations principales qui figurent à la loi. Est-ce celui du Code civil égyptien, ou celui de la *chari'a* ? Peut-on, de part et d'autre, résoudre le contrat ? Pour quels motifs ? Le vendeur est-il légalement tenu de garantir la qualité du bien vendu ? S'agissant d'un immeuble d'habitation, l'acheteur peut-il se prévaloir d'une faculté de dédit ? La loi précise cependant que l'acquéreur doit payer au vendeur le prix de vente, à l'aide d'une mise de fond initiale et, par la suite, au moyen de versements fixes sur un terme préétabli. En contrepartie, on présume que le vendeur doit livrer le bien vendu à l'acheteur. À quel moment survient le transfert du titre de propriété ? Difficile à dire. Le vendeur se le réserve-t-il jusqu'à parfait paiement du prix de vente ? Deux éléments sont ici à mentionner. D'une part, l'alinéa 6 (E) REFL indique que le vendeur doit s'engager à « [...] *register the realty in the name of the buyer, clear of any real right (in rem) on third parties* ». Certes, le vendeur enregistre-t-il l'immeuble au nom du vendeur, mais libre et quitte de tout droit réel consenti à des tiers. Le vendeur est-il un tiers, dans ce cas ? Nous serions portés à croire que non. D'autre part, le vendeur se trouve à être entièrement payé par le financier, au profit de qui il doit alors céder sa créance à l'égard du solde impayé. Il doit de plus « [...] *record the lien on the price the installments of which are transferred to the financier, as security for their collection* » (art. 6 (F) REFL). Remarquons que cette charge (i.e. *lien*) porte sur la créance et non pas sur l'immeuble. Quelle est la nature de ce *lien* ? Si tant est que l'on puisse en inférer, le Code civil égyptien en distingue deux types : le premier sert à protéger les créances résultant d'un jugement final exécutoire (art. 1085 CCE), alors que le second est de la nature d'un privilège statutaire (art. 1130 CCE) <sup>1394</sup>. Ainsi, de ce qui précède, on pourrait en déduire

---

<sup>1394</sup> Cet article édicte : « *Lien is a precedence/priority determined by the law for a specific right in consideration of its quality. A right shall not have a lien except by virtue of a provision of law.* ».

que le titre de propriété est transféré au moment de la vente. Le vendeur est entièrement payé <sup>1395</sup>, il enregistre l'immeuble au nom du vendeur, il cède sa créance au financier pour le solde impayé et celui-ci bénéficie d'un privilège statutaire sur le solde impayé, mais qui s'exerce au final sur l'immeuble par la procédure de vente judiciaire forcée dont il bénéficie. Si le vendeur demeurait propriétaire, il céderait plutôt son droit de propriété sur l'immeuble au financier, le paiement de la soulte en devenant alors l'accessoire, qui lui serait, du coup, également cédée. La question demeure toutefois nébuleuse et aurait intérêt à être clarifiée, d'autant plus que le vendeur d'un immeuble bénéficie, aux termes de l'article 1147 CCE, d'un privilège spécial sur l'immeuble vendu en garantie du paiement du prix de vente, lequel doit cependant être inscrit et qui prendra rang selon la date et l'heure de l'inscription. Peut-il ici s'agir du transfert de ce privilège du vendeur au financier ?

Lorsque le contrat initial de cette opération tripartite est plutôt celui visant la restauration ou l'amélioration d'un édifice, la problématique n'est évidemment pas la même. Dans ce cas, l'investisseur garantit qu'il en est propriétaire et qu'aucun droit réel autre que le sien ne l'affecte. Les droits et obligations de l'investisseur et du constructeur sont énoncés de manière aussi succincte que pour le contrat de vente, bien que l'existence du contrat type

---

Pas de privilège sans texte, comme dit l'adage. Les articles suivants de ce chapitre du Code civil égyptien reprennent l'exposé classique en matière de privilèges (art. 1130-1149 CCE). Leur rang est établi par la loi; ils sont généraux ou spéciaux, mobiliers ou immobiliers; les privilèges spéciaux doivent être enregistrés alors que les généraux en sont dispensés; les recours sont les mêmes que ceux établis en vertu du régime hypothécaire, avec les adaptations nécessaires.

<sup>1395</sup> L'article 430 CCE traite de la vente à tempérament. Lorsque le prix n'est pas payé au complet au moment de la vente, le vendeur a la faculté de différer le transfert du titre jusqu'à parfait paiement. Si le paiement du prix se fait par versements, les parties peuvent convenir que le vendeur en retienne une partie en cas de résiliation à titre de dommages-intérêts, sujet à la réduction de cette pénalité par le juge si elle est abusive. Lorsque tous les versements sont effectués, le transfert du titre opère rétroactivement à la date de conclusion de l'acte de vente. Cela étant, dans la mesure où cette disposition s'applique au cas qui nous occupe sous la REFL, le titre serait dès lors transféré à l'acquéreur sur paiement du solde par le financier.

de financement de construction apporte certaines précisions à cet égard. De nouveau, quel régime général s'appliquera au-delà des obligations principales qui figurent à la loi ? Est-ce celui du contrat d'entreprise du Code civil égyptien (art. 646-667 CCE) ou celui découlant de la *chari'a* ? Qu'en est-il du droit de résiliation des parties et des règles entourant la livraison et la réception de l'ouvrage ? Quel est le régime de responsabilité des architectes, ingénieurs, ouvriers, maître d'œuvre et sous-traitants ? La loi n'opère pas de distinction et ne vise qu'un seul constructeur. Les seules obligations du constructeur figurant au contrat type consistent à réaliser l'œuvre selon un contrat forfaitaire, en plus de lui imposer une lourde responsabilité s'étendant sur dix ans pour démolition de l'immeuble résultant de toute cause, qu'elle lui soit imputable ou non. Toutefois, le Code civil égyptien lui ménage un privilège spécial à l'article 1148 CCE pour garantir le paiement des travaux. Le financier peut-il s'en prémunir dans le contrat type de financement de construction déjà prévu par décret ministériel ?

C'est là poser la question de la flexibilité de la loi. La situation modèle prévue à l'article 6 REFL vise l'acquisition d'une propriété, alors que la loi ratisse plus large : tombent sous son objet l'acquisition, la construction, la réparation, la rénovation de maisons d'habitation, d'unités administratives, de bâtiments commerciaux ou de services. Ces situations sont toutes fort différentes. Il en ira ainsi des droits et obligations des parties selon la situation envisagée. Probablement en reconnaissance de ce fait, l'article 6 REFL précise que ces contrats peuvent faire l'objet d'autant de formulaires prescrits par décrets ministériels. À ce jour, un seul formulaire existerait, soit celui concernant le financement de la restauration ou de l'amélioration d'un immeuble déjà bâti. Par ce choix, l'on a sans doute voulu privilégier la réfection du parc immobilier existant dont l'état est, comme on

sait, fort inquiétant. L'objectif visant à favoriser l'accès à la propriété serait alors relégué au second plan. Se pose la question, dans ce contexte, de la rigidité de la *Real Estate Finance Law* : les parties doivent-elles obligatoirement utiliser les formulaires prescrits, ou sont-elles libres de façonner leurs contrats selon les exigences propres à chaque situation, tout en respectant les paramètres de la loi ?<sup>1396</sup> On peut déduire par la négative pour cette dernière question. En effet, le contrat type de financement de construction est à ce point le calque de la loi qu'il ne laisse aucune place à l'autonomie de la volonté des parties, leur soufflant au passage les réponses quant à ce qui pourrait faire l'objet de négociations. Par exemple, la cession de la soulte payable du constructeur au financier peut faire l'objet de modalités convenues entre eux, mais on s'empresse d'ajouter que les versements seront faits « *in conformity with progress of works of execution of the restoration / improvement operations* ». Que reste-t-il à ajouter ? Le financier peut-il alors se ménager des réserves, et refuser d'effectuer les versements si les travaux ne progressent pas tel que convenu ? Ou si d'autres sûretés sont inscrites contre l'immeuble ? Ou pour toute autre situation qui viendrait accroître son risque ? Quels sont alors ses droits et recours à l'encontre du constructeur ? Autant d'interrogations laissées en plan non seulement par le contrat de financement immobilier type, mais aussi par la loi et ses règlements, provoquant l'incertitude. Au demeurant, à elle seule, cette relation crée son faisceau de droits et d'obligations que l'exposé sommaire de ces textes ne permet pas de cerner adéquatement.

---

<sup>1396</sup> Dans la même foulée, les parties peuvent-elles convenir de modalités différentes ? Exiger par exemples des représentations et garanties additionnelles ? Formuler des cas de défauts donnant ouverture aux recours de l'une ou l'autre des parties ? Formuler certains droits et recours ? Exiger des pénalités et des indemnités ?



Il est intéressant de relever, d'un article récent, que les financiers égyptiens n'aiment pas ce contrat type et qu'ils auraient même, de leur propre initiative, commencé à les moduler à leur gré (avec l'aval de la Banque centrale d'Égypte qui les réglemente mais agissant ainsi contrairement à la position du gouvernement égyptien), revenant parfois tout simplement au contrat synallagmatique de prêt, abandonnant la structure tripartite pourtant exigée aux termes de la loi <sup>1397</sup>. Ces aménagements seront-ils considérés valides ? Quels seront leurs impacts sur la validité et le caractère exécutoire de la sûreté ?

Revenons sur la nature, les modalités de constitution et de publicité de la sûreté.

## 2.2 de la nature et des modalités de constitution et de publicité de la sûreté

Nous avons vu, à l'examen du contrat de vente, que la sûreté porte sur une créance, soit le solde impayé du prix de vente (ou des travaux effectués, le cas échéant). Elle ne vise l'immeuble qu'accidentellement, en raison de la publication du contrat de financement immobilier type au registre foncier et du droit de vente judiciaire forcée qui lui est conféré aux termes de la loi. En raison, aussi, des termes utilisés à l'article 1<sup>er</sup> REFL, où l'on indique que le financement est garanti « *by the lien right on the realty, officially*

---

<sup>1397</sup> Voir : Raymond STRUYK et Melvin BROWN, « Update on Egyptian Mortgage Lending » (décembre 2006), *Housing Finance International*, en ligne : [www.housingfinance.org/pdfstorage/hfi/0612\\_Egy.pdf](http://www.housingfinance.org/pdfstorage/hfi/0612_Egy.pdf) (consulté le 18 juillet 2008) : « *But the 3-party contract has draw-backs of its own that makes it unpopular with lenders. There is interest among banks to amend this law and much of the necessary drafting has been prepared by EFS project [USAID] and others. Political acceptance may be an issue. Currently the Mortgage Finance Authority (MFA), the regulatory body for non depository mortgage lenders and the organization charged with promoting the development of the mortgage market, is conservatively interpreting and enforcing the provisions of the [REFL], including the mandated tri-partite loan contract. The Central Bank of Egypt (CBE), on the other hand, despite its issuance of a circular implementing the terms of the [REFL], has not attempted to enforce the exclusive use of the tri-partite loan agreement for mortgage credits and has de-facto granted the banks more latitude in their loan structuring. Several of the larger and more active commercial banks are employing a variation of the tri-partite agreement or a more standard 2-party loan contract in their mortgage loan transactions* ».

*mortgaging it* ». De quelle nature est cette sûreté ? Certainement pas d'un *mortgage* au sens de la *common law*, non plus que d'une hypothèque du droit civil. Il s'agirait d'un privilège statutaire portant uniquement sur l'immeuble faisant l'objet du financement.

La sûreté se constitue d'abord dans le contrat type de financement de construction, par un engagement du constructeur de céder sa créance au financier, confirmé et accepté par l'investisseur. Cet engagement se concrétisera par la suite dans le contrat de construction et, aussi, dans un document spécifique à cet effet, où l'on prévoira les modalités de remboursement du prix des travaux au constructeur par le financier au fur et à mesure de leur exécution. L'investisseur a l'obligation d'enregistrer ce privilège mais le financier peut également s'en acquitter. Quelle est l'assiette de cette sûreté et quelles en sont les obligations garanties ?

### 2.3 de l'assiette de la sûreté et des obligations garanties

Poser cette question, c'est entrevoir la portée réelle de la *Real Estate Finance Law*.

Ainsi, avons-nous déjà observé, l'assiette de la sûreté porte sur la créance impayée et, par l'effet de sa publication et du droit légal de vente judiciaire forcée dont elle est assortie, sur l'immeuble. Il s'agit donc d'un privilège spécial à portée restreinte. Il serait par conséquent douteux que cette loi, par ce moyen, permette la création d'une sûreté sur d'autres biens. De plus, quels sont les immeubles qui peuvent ultimement en faire l'objet ? Peut-on faire l'acquisition de terrains vacants sans nécessairement y ériger une construction ? Peut-on faire l'acquisition de tels terrains pour fins de construction à une date ultérieure ? La loi vise-t-elle les terres agricoles ou existe-t-il un régime spécial à cet égard ?

L'obligation garantie consiste au remboursement du solde impayé du prix de vente (ou des travaux), objet du financement consenti par le financier. Le financement immobilier pourrait-il être consenti à d'autres fins ? Encore une fois, le privilège spécial dont il est assorti ne permet pas de l'envisager. L'article 1<sup>er</sup> de la REFL indique toutefois que le financier pourrait bénéficier d'autres sûretés, conformément aux règles établies par cette loi, actuellement muette à ce sujet<sup>1398</sup>. Ainsi, il serait douteux qu'un investisseur puisse donner en garantie un immeuble pour utiliser le financement à d'autres fins, dont l'acquisition d'un autre immeuble, des travaux de rénovations sur un autre immeuble, l'injection de fonds dans une entreprise, etc. D'autre part, un financement immobilier, peu importe sa nature, est-il obligatoirement assujéti aux dispositions de la *Real Estate Finance Law* ? Qu'en est-il d'un financement immobilier qui serait non garanti ? Les dispositions préliminaires de la REFL sont non équivoques et nous portent à croire que tout financement immobilier lui soit assujéti, restreignant considérablement les possibilités d'emprunts dans sa forme actuelle.

Enfin, le financement doit-il obligatoirement être remboursé au moyen de versements fixes, préétablis quant à leur montants et périodicité ? Peuvent-ils faire l'objet d'ajustements périodiques pour tenir compte, à titre d'exemple, de coûts de financement variables ? L'article 9, alinéa 6<sup>e</sup>, du contrat type de financement de construction, prévoit

---

<sup>1398</sup> Sauf pour permettre au financier d'obtenir des sûretés sur des biens autres que l'immeuble, lorsque le titre de propriété n'est pas encore enregistré en faveur du vendeur ou de l'investisseur (art. 2 des Règlements REFL). Le financier peut ainsi se voir consentir une sûreté sur d'autres immeubles appartenant à l'investisseur ou à un tiers, une caution personnelle d'un tiers, un engagement de l'investisseur de payer les versements à même son salaire, ou toute autre sûreté que le financier juge appropriée, pour la période qui sera convenue entre les parties. Lorsque des terres publiques sont cédées à l'investisseur, elles peuvent plutôt l'être en faveur du financier jusqu'à parfait paiement du prix, sur entente avec l'autorité publique concernée. Au-delà de cette énonciation, aucune règle n'est formulée dans la REFL quant aux modalités de constitution et de publicité, au rang et aux droits et recours découlant de ces autres sûretés disponibles.

que « [t]he Financier shall undertake to inform the Investor periodically of the following information : [...] (6) Any change as to the cost of the finance under agreement of the two parties ». Qu'est-ce à dire ? Le législateur égyptien ouvre-t-il la porte à ce que des modifications soient apportées aux obligations garanties pour tenir compte des coûts de financement ? Cette timide disposition, établissant les obligations d'information du financier à l'endroit de l'investisseur, n'impose rien en ce sens et ne permet donc pas de l'affirmer.

D'autres difficultés entourant l'assiette de la sûreté et les obligations garanties peuvent être décelées lorsqu'on analyse le rang qui lui est conféré.

#### 2.4 du rang de la sûreté

En principe, le privilège immobilier spécial conféré au financier devrait être de premier rang. C'est ce que l'on présume, mais rien ne l'indique clairement dans la loi et le rang d'un privilège est habituellement établi par la loi. On peut en inférer qu'il en soit ainsi, car le vendeur ou l'investisseur doivent garantir aux autres parties détenir le titre de propriété libre et franc de tout droit réel lors de la conclusion du contrat de financement. Or, la loi permet-elle que le financement immobilier ne soit pas nécessairement garanti par une sûreté de premier rang ? Qu'en est-il si des projets différents portant sur le même immeuble sont financés par autant d'institutions financières ?

Prenons l'exemple d'une propriété qui serait acquise conformément à cette loi, avec privilège spécial enregistré en faveur du financier pour le solde du prix de vente; subséquemment, l'acquéreur contracte un nouveau financement, disons auprès d'un autre financier, visant cette fois la restauration ou l'amélioration de l'immeuble. Quels sont les

droits des créanciers respectifs ? Le second financement est-il possible, compte tenu que l'investisseur doit garantir au financier détenir l'immeuble libre et quitte de tout droit réel ? Une entente, équivalent à une cession de rang ou à une convention *pari passu*, peut-elle intervenir entre les financiers ? <sup>1399</sup> Doit-elle être publiée ? L'objet du privilège, rappelons-le, porte sur une créance. Accessoirement, porte-t-il sur tout l'immeuble ? Est-il indivisible quant à son report ultime sur l'immeuble, après publication ?

Étudions une autre hypothèse. Qu'arrive-t-il en cas de destruction d'un immeuble initialement financé par la Banque A, et reconstruit aux termes d'un nouveau financement consenti par la Banque B ? Le privilège spécial de la Banque A grève-t-il la nouvelle construction financée par la Banque B ? Lui est-il de rang supérieur ?

Dans le cas où l'immeuble est loué après l'octroi d'un financement garanti aux termes de la REFL, le droit de percevoir les loyers est-il *de facto* et *de jure* conféré au financier ? <sup>1400</sup>

Voilà autant d'incertitudes qui découlent de la *Real Estate Finance Law*, que les mesures d'exécution forcée ne permettent pas de dissiper.

## 2.5 des mesures d'exécution forcée de la sûreté

Donnent ouverture à l'exercice du recours mis à la disposition du financier aux termes de son privilège spécial les défauts suivants : (i) le non paiement à leur échéance des versements, sans qu'il n'y soit remédié dans les trente jours; (ii) la dépréciation de la valeur de l'immeuble, découlant des gestes ou de la négligence de

<sup>1399</sup> L'article 1059 CCE prévoit cette possibilité, entre créanciers hypothécaires.

<sup>1400</sup> Ce droit est automatiquement conféré au titulaire d'une hypothèque immobilière en vertu de l'article 1044 CCE.

l'acquéreur/investisseur (ou de tout occupant de l'immeuble); (iii) la disposition non autorisée de l'immeuble par l'acquéreur/investisseur<sup>1401</sup>. Aux termes de la loi, des règlements et du contrat type, ce sont là les seuls cas de défauts explicitement mentionnés. Impossible donc de savoir si d'autres manquements donnent ouverture à la vente judiciaire forcée, comme par exemple le défaut par l'acquéreur/investisseur de souscrire aux assurances prescrites, le défaut de produire son attestation annuelle au financier quant à ses revenus, le défaut de payer les taxes ou autres frais gouvernementaux afférents à l'immeuble, ou encore si les parties peuvent ajouter à cette énumération à leur gré.

La procédure elle-même est complexe<sup>1402</sup>. Le financier doit envoyer de multiples préavis et les délais engendrés sont incertains. Strictement encadrée par le tribunal, il s'agit d'une vente judiciaire aux enchères publiques, impliquant des évaluateurs autorisés pour fixer la mise à prix, un agent d'immeuble autorisé, désigné pour publiciser et organiser la vente à l'intérieur de délais prescrits. Le créancier ne peut se porter adjudicataire, sauf si la mise à prix initiale n'est pas rencontrée lors de la tenue de l'enchère : dans un tel cas, l'obligation de l'acquéreur/investisseur pour tout reliquat demeurant impayé est éteinte. *A contrario*, si le financier ne se porte pas adjudicataire, les obligations personnelles de l'acquéreur/investisseur survivent-elles à la vente de l'immeuble, autorisant ainsi le financier à exercer d'autres recours contre ce débiteur et l'ensemble des biens ? La loi ne le précise pas. Une fois la vente complétée et les délais d'appel expirés, le produit de disposition est distribué aux créanciers inscrits au registre

---

<sup>1401</sup> Art. 8 et 12 REFL.

<sup>1402</sup> L'ensemble de cette procédure est décrite en détails, *supra* note 1390.

foncier selon leur rang. Les problèmes précédemment décrits quant au rang du privilège spécial du financier reviennent hanter ce processus et augmenter l'incertitude quant à la valeur réelle de cette sûreté.

Le privilège spécial du financier lui confère-t-il un véritable droit réel ? La notion de droit réel est utilisée dans la loi, mais on ne sait pas exactement à quoi elle réfère. Le financier a-t-il le droit de suivre le bien en quelques mains qu'il se trouve ? Question délicate que voilà, la loi étant muette à ce sujet. Peut-il contraindre l'acquéreur/investisseur à ne pas céder ses droits dans l'immeuble, engagement contractuel de ne pas faire dont se prévalent habituellement les créanciers conventionnels, *a fortiori* lorsqu'ils sont garantis ? La loi prévoit plutôt le contraire, faisant de cette prérogative une exception limitée à des motifs sérieux. Bien que le défaut par l'acquéreur/investisseur d'obtenir au préalable l'accord écrit du financier pour une disposition, totale ou partielle, du droit de propriété, donne ouverture au recours de vente forcée, le seul véritable motif permettant l'appel du jugement l'entérinant, outre le vice procédural dont la vente serait entachée, est l'ordonnance d'éviction des occupants de l'immeuble qu'un tel jugement peut contenir. Le législateur égyptien réitère donc, de façon éclatante, cette mesure de protection des occupants d'immeubles d'habitation, qui constitue pourtant, aux dires des experts égyptiens ayant écrit sur le sujet, l'un des principaux problèmes du régime de crédit foncier égyptien, les créanciers n'étant pas véritablement en mesure d'exercer leurs droits en vertu des sûretés qui leur sont consenties, puisqu'incapables d'évincer les occupants et de récupérer le bien grevé.

Pourtant, il est admis que l'efficacité d'une sûreté se vérifie à la possibilité pour les créanciers d'exercer rapidement leurs droits et de disposer du bien grevé sans délai. La

procédure de vente judiciaire forcée aux enchères publiques de la REFL s'avère lourde, multiplie les intervenants, les délais et les possibilités de contestation. Par exemple, il n'est édicté aucun droit qui permettrait au financier de vendre lui-même le bien, de gré à gré, à un acheteur qu'il aurait trouvé, sans passer par le processus judiciaire. N'est envisagée aucune mesure d'urgence qui permettrait de court-circuiter les délais en cas de détérioration rapide de la valeur de l'immeuble afin d'accélérer le processus de vente.

Tous les commentaires que nous avons formulés démontrent l'incomplétude de la REFL et soulèvent la problématique de son interaction avec les autres sources du droit égyptien.

## 2.6 de l'incomplétude de la REFL et de son interaction avec les autres sources du droit égyptien

Cette incomplétude, malgré le désir apparent de tout prévoir, s'observe à tous les niveaux. Un régime de sûreté repose non seulement sur des recours simples et efficaces, mais aussi sur des droits clairs, des règles de constitution et de publicité également simples. Force est de constater que la *Real Estate Finance Law* ne répond pas à ces impératifs.

La qualification juridique de l'opération tripartite envisagée est malaisée, la nature, l'assiette de la sûreté et les obligations garanties sont pour le moins équivoques, ainsi que la question du rang, sans ajouter davantage à ce que nous venons de dire au sujet des mesures d'exécution forcée. La *Real Estate Finance Law* ne présente donc pas le degré de cohérence intrinsèque voulu pour être autosuffisante. Il faudra au législateur égyptien préciser quels sont les régimes supplétifs à la REFL à l'intérieur du droit égyptien et, aussi, préciser les droits et obligations des parties à l'intérieur du cadre actuel, si tant est



qu'il souhaite faire de cet instrument législatif l'outil de changement tant espéré et dont l'économie égyptienne a tant besoin.

Au lieu de mettre l'accent sur la création d'un marché « hypothécaire » secondaire par l'adoption de règles entourant la titrisation de ces créances, il serait peut-être indiqué de s'assurer du bon fonctionnement du marché primaire.

Avant de réfléchir aux pistes de solutions possibles dans le contexte de la réforme du droit égyptien, nous allons terminer notre exposé sur la *Real Estate Finance Law* en examinant le cadre institutionnel et réglementaire qu'elle met en place.

#### **E. Le cadre institutionnel et réglementaire promulgué aux termes de la *Real Estate Finance Law***

Comme nous l'avons déjà annoncé, le deuxième axe de la *Real Estate Finance Law* consiste à réglementer les joueurs de l'industrie qui seront reconnus par le gouvernement égyptien à titre d'institutions financières autorisées à agir dans le cadre prévu par cette loi. Des règles entourant la constitution d'un fond public destiné à subventionner les personnes à faible revenu lors de l'acquisition d'une propriété y sont également mises de l'avant. Enfin, elle fournit un cadre pour la création d'un marché hypothécaire secondaire par voie de titrisation, afin de capitaliser les institutions financières autorisées au financement immobilier.

Au sommet de la pyramide du régime de crédit foncier égyptien se trouvent deux organismes réglementaires. Le premier, relevant du ministère de l'Investissement, est

improprement désigné en anglais sous l'expression « *Mortgage Finance Authority* »<sup>1403</sup>. Créée par décret présidentiel en 2001, elle jouit de vastes pouvoirs afin de réglementer les divers intervenants du marché et, aussi, de faire la promotion de son développement. En 2009, le gouvernement égyptien a procédé à la création d'une autorité des marchés financiers qui regroupe, en son sein, le *Mortgage Finance Authority*, le *Egyptian Insurance Supervisory Authority* et le *Capital Market Authority*, maintenant désignée sous le nom de « *Egypt Financial Supervisory Authority* »<sup>1404</sup>. Le second est la Banque centrale d'Égypte<sup>1405</sup>. Depuis sa fondation, en 1961, elle régleme les activités bancaires tant dans le secteur commercial que pour celui des particuliers. Ainsi, toute banque désireuse d'œuvrer dans le secteur du financement immobilier est assujettie à son contrôle.

En ce qui a trait aux institutions financières qui sont autorisées à offrir du financement immobilier, la *Real Estate Finance Law* en distingue trois catégories. La première comprend les banques commerciales déjà réglementées par la Banque centrale d'Égypte, qui sont, de ce fait, exemptées de certaines dispositions applicables aux autres institutions financières autorisées aux termes de la loi. On dénombrerait vingt-huit banques privées, sept filiales de banques étrangères et, enfin, sept banques publiques enregistrées auprès de la Banque centrale. On ne sait pas exactement quel est le degré d'implication de ces banques dans le marché du crédit foncier. Toutefois, la *Real Estate Finance Law* impose

---

<sup>1403</sup> Son site Web est à l'adresse Internet suivante : [http://www.mf.gov.eg/EMF\\_Portal/en-GB](http://www.mf.gov.eg/EMF_Portal/en-GB) (consulté le 30 mai 2010).

<sup>1404</sup> EGYPT, *Law 10 of 2009 Regulating Non-Banking Financial Markets and Instruments*, en ligne: <http://www.mf.gov.eg/NR/rdonlyres/0DBE9219-1C66-42A6-9D6E-05DF7C6E2A4B/827/Law10of2009.pdf> (consulté le 30 mai 2010).

<sup>1405</sup> Son site Web est à l'adresse Internet suivante : <http://www.cbe.org.eg/> (consulté le 30 mai 2010).

un plafond de 5 % de l'ensemble de leurs prêts destinés à ce secteur, ce qui traduit une intention de limiter leur participation dans ce domaine.

La deuxième catégorie comprend des compagnies ou sociétés spécialisées dans le domaine du crédit foncier et accréditées aux termes de la *Real Estate Finance Law*. Des critères spécifiques quant à la capitalisation de ces compagnies, à leur haut dirigeants et à leur fonctionnement y sont édictées. À l'heure actuelle, on dénombre onze sociétés de ce genre <sup>1406</sup>, dont les cinq premières furent « The Egyptian Housing Finance Company » <sup>1407</sup>, « The Taamir Mortgage Company » <sup>1408</sup>, « Amlak Finance » <sup>1409</sup>, « Al Tamweel » et « Al Tayseer » <sup>1410</sup>.

La dernière catégorie comprend les fonds, constitués en personnes morales de droit public ou de droit privé, mais avec une participation financière de l'État, dont l'objectif est de « [...] *subsidize the real estate finance activity in the field of selling the dwellings to low-income brackets through the Fund's assumption of part of the installment amount, in a way lowering the finance burden to limits commensurable with their incomes, providing it does not exceed one fourth of the income* » (art. 35 REFL). Pour l'instant, seul le

---

<sup>1406</sup> Pour consulter la liste, voir le site Web du Ministère de l'investissement égyptien, en ligne : <http://www.investment.gov.eg/en/NBFS/Mortgage/Pages/guides.aspx> (consulté le 30 mai 2010).

<sup>1407</sup> Son site Web est à l'adresse Internet suivante : <http://www.ehfc.com.eg/> (site en arabe seulement) (consulté le 12 août 2008).

<sup>1408</sup> Son site Web est à l'adresse Internet suivante : <http://www.taamirmortgage.com/> (consulté le 12 août 2008). Première compagnie autorisée aux termes de la REFL, ce site Web est le plus convivial et facile à consulter, donnant maints détails quant aux financements disponibles. Cependant, aucune statistique quant aux prêts effectivement consentis.

<sup>1409</sup> Son site Web est à l'adresse Internet suivante : <http://www.amlakfinance.com/> (consulté le 12 août 2008), qui s'identifie comme la première société d'investissement islamique publique dans le domaine du crédit foncier. Elle œuvre dans plusieurs pays arabo-musulmans.

<sup>1410</sup> Voir : Reem NAFIE, « Sector Services : Real Estate, Property Finance Develop A Direct Relationship », *The Daily News (Egypt)*, [Le Caire], 16 juillet 2008, en ligne : <http://www.thedailynewsegypt.com/article.aspx?ArticleID=15109> (consulté le 12 août 2008).

« *Guarantee and Subsidy Fund* », créé par décret présidentiel en 2003, assume ce rôle. Les paramètres de l'aide octroyée sont les suivants : le Fonds verse à l'acquéreur une subvention représentant 15 % du prix d'acquisition de l'immeuble, jusqu'à concurrence d'une somme maximale de LE 10,000; les mensualités payables par l'acquéreur sont ainsi réduites au quart de son salaire mensuel; le Fonds garanti au financier le paiement de trois mensualités par période de cinq ans en cas de défaut de paiement de l'acquéreur; sont éligibles à cette subvention tout individu dont le revenu annuel est inférieur à LE 12,000 (majoré à LE 18,000 dans le cas d'une famille), à condition de n'avoir jamais reçu de telle subvention auparavant <sup>1411</sup>. Ces seuils d'admissibilité au programme de subventions sont considérés trop bas, car les paiements mensuels requis pour l'achat d'une propriété sont assez élevés, en raison du taux d'intérêt fixe et du contrat à terme qui s'échelonne sur une longue période. La Banque mondiale a requis que lesdits seuils soient majorés pour permettre une meilleure accessibilité au programme. Ainsi, tout ménage ayant un revenu mensuel d'au plus 2 500 livres égyptiennes (donc de 30 000 livres égyptiennes par

---

<sup>1411</sup> Voir le site Web du *Mortgage Finance Authority*, en ligne : [http://www.mf.gov.eg/EMF\\_Portal/en-GB/GSF/](http://www.mf.gov.eg/EMF_Portal/en-GB/GSF/) (consulté le 12 août 2008). Subventionner l'accès à la propriété n'est pas nécessairement la meilleure voie. Voir, entre autres : WORLD BANK, *Finance for All*, *supra* note 1221, p. 113, 146, 152, 163 et 168 : « *However, household credit is not the only or main financial services poor needs: subsidies are sometimes better spent on savings and payment systems as it is such services that make the economy go round. [...] A strategy for inclusion must extend beyond credit for poor households. Encouraging competition, transparency and openness is essential. Government intervention, especially with regard to limited prudential intervention and enforcement of property rights, can be useful; however, it is not the panacea some believe it to be and government intervention often has unintended consequences. [...] Governments should focus on building sound financial institutions, creating specific policies for access [...], encouraging competition (including foreign entry), establishing prudential regulations and making property rights stable. Any government policy should take the following into account: clarity and logical coherence of the objective of intervention; governance structures that inhibit the subversion of these objectives; control of agency costs; adequate administration* ».

année) aura droit au régime de subvention, suite à un décret présidentiel du 10 juillet 2008 <sup>1412</sup>.

Enfin, les intermédiaires de marché que sont les courtiers en financement, les évaluateurs agréés et les agents de réalisation sont réglementés par la *Real Estate Finance Law*.

Est-ce que ce cadre contribuant à l'édification d'un marché immobilier primaire a donné les résultats escomptés ? Pas encore, selon les données disponibles. Alors qu'en 2005, seulement seize financements immobiliers avaient été consentis sous son égide, on note une évolution depuis lors. À la fin de l'année 2006, on parlait plutôt de 2300 financements <sup>1413</sup> et, en mars 2007, de 1428. Ce nombre a augmenté en 2008 et 2009, pour atteindre 11 774 transactions cette année-là <sup>1414</sup>. Il s'agit bien sûr d'une progression, mais somme toute assez modeste compte tenu des besoins. Les taux d'intérêts offerts par les institutions financières sont élevés : ils oscillent entre 13 et 15 % l'an. De plus, comme les financements sont à terme et à taux d'intérêt fixe, cela contribue à les rendre exorbitants. On estime que sur une période d'amortissement supérieure à 20 ans, les investisseurs auront payé trois fois le prix de leur maison <sup>1415</sup>. En 2005, le gouvernement égyptien a permis la constitution de sûretés sur des biens autres que des immeubles dont le titre est enregistré, compte tenu du faible taux d'enregistrement et des problèmes liés au cadastre, élargissant ainsi le marché <sup>1416</sup>. Dans les nouvelles communautés urbaines,

---

<sup>1412</sup> Voir : WORLD BANK, *Program Document – Affordable Mortgage Finance*, *supra* note 1246, n<sup>os</sup> 55 et 107, p. 16 et 29.

<sup>1413</sup> R. STRUYK et M. BROWN, *loc. cit.*, *supra* note 1397.

<sup>1414</sup> Voir les statistiques précitées, *supra* note 1247.

<sup>1415</sup> « Mortgage reform inches forward », communiqué de presse, 17 mars 2005, en ligne : [http://www.usaideconomic.org.eg/efs/latest\\_press\\_clippings.asp](http://www.usaideconomic.org.eg/efs/latest_press_clippings.asp) (consulté le 12 août 2008).

<sup>1416</sup> R. STRUYK et M. BROWN, *loc. cit.*, *supra* note 1397.

lors de concessions de propriétés de l'État, il a permis le transfert direct du titre à l'acquéreur, établissant une présomption de publicité pour ces nouveaux développements. Les subventions n'ont pas encore atteint un large segment de la population <sup>1417</sup>. Du reste, le financement immobilier s'adresse davantage, pour l'instant, aux classes moyenne et supérieure, représentant environ 25 % de la population <sup>1418</sup>. Initialement, on rapporta deux cas de recours aux termes de la REFL qui n'auraient duré que six mois <sup>1419</sup>; on en recenserait en tout neuf depuis lors, dont on ignore les délais <sup>1420</sup>. Ainsi, malgré les efforts déployés, les résultats se font toujours attendre. Le ministère de l'investissement a annoncé de nouvelles mesures à l'été 2008. Le niveau de subventions sera haussé; la REFL sera amendée pour permettre les activités de refinancement; l'industrie de l'assurance fera l'objet d'un meilleur encadrement <sup>1421</sup>.

En dépit des difficultés de décollage de ce marché primaire, le gouvernement égyptien, appuyé par la Banque mondiale, va de l'avant en créant un marché secondaire, en permettant la titrisation des créances immobilières financées aux termes de la REFL. La *Egyptian Mortgage Refinancing Company* <sup>1422</sup> fut établie à cette fin. Composée de 24 actionnaires, dont vingt banques (incluant la Banque centrale d'Égypte), deux

---

<sup>1417</sup> EGYPT, MINISTRY OF INVESTMENT, *loc. cit.*, *supra* note 1386, p. 8-13.

<sup>1418</sup> R. NAFIE, *loc. cit.*, *supra* note 1410.

<sup>1419</sup> USAID, « Task (1) : Establishing a Supporting Framework for the Real Estate Finance Industry », en ligne : [http://www.usaideconomic.org/efs/task\\_results\\_details.asp?tasks\\_id=287&no=1](http://www.usaideconomic.org/efs/task_results_details.asp?tasks_id=287&no=1) (consulté le 12 août 2008).

<sup>1420</sup> USAID / EGYPT, *Rapport quinquennal USAID 2004-2009*, *supra* note 1243, p. 22.

<sup>1421</sup> EGYPT, MINISTRY OF INVESTMENT, MORTGAGE FINANCE AUTHORITY, « In the second mortgage euromoney conference : New policy for subsidizing low-income earners' units », 27 mai 2008, en ligne : [http://www.mf.gov.eg/EMF\\_Portal/en-GB/Information+Center/Press+Releases/Al-Ahram\\_27-5-2008](http://www.mf.gov.eg/EMF_Portal/en-GB/Information+Center/Press+Releases/Al-Ahram_27-5-2008) (consulté le 12 août 2008).

<sup>1422</sup> Site Web: <http://www.emrc-online.com/> (consulté le 12 août 2008).

compagnies de financement immobilier, le *Guarantee and Subsidy Fund* et la *International Finance Corporation*, elle fut dotée d'un capital initial de LE 200 000 000. Son rôle consistera à : « *act as the market maker, provide sources of long-term finance for companies and banks, and handle securitization transactions* »<sup>1423</sup>. L'aide financière de la Banque mondiale aux termes du *WB Egypt Mortgage Finance Project* était précisément dévolue à l'établissement du *Egyptian Mortgage Refinancing Company* et consistait, en fait, en un prêt de démarrage. Elle supposait l'existence d'une « *strong infrastructure supporting the registration, enforcement and eventual pledging and/or sale of mortgage loans. Most of them (deposit-based portfolio lending being the main exception) rely on the existence or development of a robust bond market, to the extent they look to the selling of fixed-income securities* ». <sup>1424</sup> Nous doutons que cette infrastructure soit présente, celle entourant le marché primaire étant déficiente à plusieurs égards. Voilà pourtant deux risques importants, à savoir le système d'enregistrement et les modes de réalisation des sûretés, qui furent identifiés par la Banque mondiale dans le contexte de son aide financière <sup>1425</sup>.

Qu'il suffise, pour nos fins, de mentionner que cette structure réglementaire met en scène deux ministères principaux, à savoir celui de l'investissement et celui du logement social et des nouvelles communautés urbaines. Nulle part n'est-il fait mention du ministère de la Justice, dont relèvent pourtant les bureaux d'enregistrements, ni du ministère des travaux publics et de la gestion des eaux (i.e. *Ministry of Public Works and Water Resources*), responsable du cadastre avec, il est vrai, le ministère du logement social et

---

<sup>1423</sup> EGYPT, MINISTRY OF INVESTMENT, *loc. cit.*, *supra* note 1386, p. 16.

<sup>1424</sup> WORLD BANK, *WB Project Appraisal Document*, *supra* note 1244, p. 29.

<sup>1425</sup> *Ibid.*, p. 27.

des nouvelles communautés urbaines. Puisque la publicité des droits est un élément central de la *Real Estate Finance Law*, son succès en sera largement tributaire. Mais cela pose avec acuité la lancinante question de la réforme du droit en Égypte, vers laquelle nous allons nous tourner pour conclure au sujet du cas égyptien.

#### **F. La réforme du droit en Égypte : un processus difficile**

Comment améliorer le cadre juridique et institutionnel qui favoriserait l'implantation de la *Real Estate Finance Law* [1] ? Certaines avenues, bien que restreintes, sont certes envisageables et furent notamment proposées au législateur égyptien par l'Étude de terrain ACDI, sans qu'il n'y soit nécessairement donné suite. En cela, les empêchements à la réforme du droit dépendent d'un contexte plus général propre à la société égyptienne, dont nous avons déjà émaillé nos réflexions et qui ne peut être négligé, expliquant, d'une part, la portée des suggestions que l'on sera en mesure de formuler en pareilles circonstances, et montrant, d'autre part, l'inertie dont elles peuvent faire les frais [2]. La règle de droit substantielle, dans son expression technique, est très certainement cardinale à l'établissement d'une bonne gouvernance, contribuant à l'éclosion des libertés individuelles et à la création de richesse, non seulement au profit de quelques individus pris isolément, mais pour la société dans son ensemble.

##### **1. De l'implantation de la *Real Estate Finance Law* : améliorations possibles à son cadre juridique et institutionnel ?**

Est-il possible de suggérer des améliorations au cadre juridique et institutionnel de la *Real Estate Finance Law* qui en assurerait une meilleure réception ? La question est d'autant plus délicate lorsqu'elle est posée à des juristes occidentaux dans le cadre d'une étude comme celle à laquelle nous avons participé pour le compte de l'ACDI. En effet,



c'est s'aventurer en terrain glissant que de se hasarder à relever le défi, surtout lorsque restent présentes à l'esprit les mises en garde à l'encontre du colonialisme juridique <sup>1426</sup>, celles relatives au respect de la diversité culturelle, à l'impossibilité de transplanter universellement des solutions qui fonctionnent pourtant dans un pays (voire dans une tradition) mais qui ne seront pas nécessairement adaptées à une autre, et ainsi de suite. Cela étant, il faut au juriste occidental, dans ce contexte de développement, comme l'affirmait si éloquemment Jacques-Yvan Morin, faire preuve de modestie, car il n'existe pas une seule et unique conception du droit <sup>1427</sup>. Sans toutefois verser dans l'excès relativiste inverse, on peut néanmoins formuler certaines observations puisque, selon de nombreux avis, diverses conceptions du droit ne signifient pas pour autant qu'elles ne partagent pas toute une méthode identique à leur mise en œuvre. Ainsi, il est admis que les régimes de crédit foncier qui fonctionnent partagent tous certains traits communs. Sans évoquer pour l'instant de manière spécifique les aspects relevant de l'infrastructure organisationnelle et réglementaire sous-jacente à un tel régime, nous nous bornerons à formuler des commentaires relativement aux mesures qui permettraient d'assurer une plus grande légitimité, une meilleure accessibilité et une efficacité accrue au financement

---

<sup>1426</sup> Voir notamment, sur cette question : Isabelle DUPLESSIS, « Le droit international a-t-il une saveur coloniale ? L'héritage des institutions internationales multilatérales », (2008) 42 *R.J.T.* 311.

<sup>1427</sup> Voir : J.-Y. MORIN, *op. cit.*, *supra* note 1062, p. 40 : « *Qu'il s'agisse des droits de l'homme ou de leur protection effective par l'État de droit, peut-on parler d'universalité sans verser dans l'utopie ? [...] Le juriste de formation occidentale doit ici faire preuve de modestie : si, d'une part, il lui est difficile d'admettre que les droits humains ne soient pas aussi universels que l'« homme » lui-même, il ne saurait, d'autre part, imposer sa propre conception de l'homme, de ses droits et de ses rapports avec le pouvoir, au demeurant susceptible de nuances importantes d'un État occidental à l'autre. Il ne peut non plus ignorer les difficultés d'ordre économique et social auxquelles se heurtent de nombreux pays du tiers monde dans leur tentative d'accéder à la « modernité » des libertés et de l'économie de marché, ni traiter à la légère les conceptions différentes selon lesquelles sont organisés les rapports entre collectivité et individu dans les autres civilisations et cultures* » [notre soulignement].

immobilier, et ce, dans une perspective juridique, en tenant pour acquis que le cadre proposé par la *Real Estate Finance Law* est là pour rester.

En effet, tel que nous l'avons déjà souligné, notre préférence personnelle irait vers une abrogation pure et simple de cette loi, afin de permettre une revalorisation du Code civil égyptien, qui nous semble un instrument juridique beaucoup mieux conçu que ne l'est la *Real Estate Finance Law* <sup>1428</sup>. Il faut toutefois prendre acte du fait que ce Code civil est la figure emblématique, non seulement pour l'administration de ce pays mais aussi pour certains spécialistes autorisés du droit musulman, de l'imposition de valeurs occidentales en terre égyptienne au détriment de la tradition musulmane dont il ne tiendrait pas suffisamment compte. En ce sens, la *Real Estate Finance Law*, qui fut jugée recevable par les autorités islamiques officielles de l'Égypte car conforme à la *chari'a*, a valeur de symbole : elle opère un retour aux sources et devrait permettre la réappropriation par le peuple égyptien de son droit.

Législation de compromis entre diverses forces politiques, juridiques et religieuses en présence, dont le pénible accouchement s'étala sur de longues années, la *Real Estate Finance Law* a pour objectifs de promouvoir l'investissement et la croissance dans le secteur de l'immobilier. Paradoxalement, en se conformant aux principes de droit musulman qui banissent le prêt à intérêt et limitent le plein exercice du droit de propriété, elle repousse très certainement d'un cran l'atteinte de ces objectifs. De plus, malgré sa

---

<sup>1428</sup> C'est, en tout cas, la posture que tout juriste appartenant à la tradition civiliste adopterait, *prima facie*, à travers le prisme de sa formation première, à laquelle nous n'échappons pas, considérant au surplus que le Code civil égyptien, tel que nous avons tenté de le relever, nous apparaît une législation assez moderne et bien articulée. Il faut dire que sa rédaction fit l'objet d'une longue réflexion et que deux juristes de premier plan, 'Abd-al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri et Édouard Lambert, en assumèrent la responsabilité.

conformité à la *chari'a*, elle ne semble pas actuellement jouir de la légitimité voulue au sein de la population égyptienne au point de susciter l'adhésion. Enfin, cette législation présente de nombreux inconvénients aux investisseurs étrangers, principalement aux occidentaux que l'on désire attirer pour ce secteur névralgique, dont le manque de cohérence et l'incertitude.

La réforme du droit procède par la révision des normes législatives en place, d'une part, et par les mesures déployées pour en assurer le caractère exécutoire, d'autre part. Les règles juridiques, pour être contraignantes, doivent être bien formulées, facilement accessibles et d'interprétation uniforme. Dès lors, la sécurité juridique recherchée sera atteinte et l'efficacité du système assurée. Partant, la légitimité des règles repose sur le respect qu'elles inspirent, leur intégration aux mœurs d'une société donnée et le recours qu'y feront ses destinataires. À l'aune de ces critères, plusieurs avenues peuvent être explorées afin d'améliorer la *Real Estate Finance Law*. Nous envisagerons des mesures de deux types. Les premières touchent la loi proprement dite, son accessibilité, sa formulation, ses concepts et sa cohérence intrinsèque. Les secondes consistent à faciliter l'appropriation de cette législation par les égyptiens.

Réglons d'abord la question de l'accessibilité des règles en matière de crédit foncier. Tel que notre exposé l'a démontré, les sources du droit dans ce domaine sont nombreuses et variées, à tel point qu'il s'avère difficile de connaître l'ensemble de la législation applicable à ce secteur. À défaut de procéder à une véritable codification organisatrice du droit, à l'instar des codifications civiliste ou américaine, une compilation de cette législation viendrait résoudre ce problème. Devrait y figurer non seulement la *Real Estate Finance Law*, les Règlements REFL et les contrats de financement immobilier

types, mais aussi la Législation égyptienne en matière de publicité foncière, de zonage, d'urbanisme, d'environnement et de construction, les règles entourant les contrats de vente et d'entreprise, celles ayant trait à la capacité juridique des parties, les règles de procédure civile applicables et, enfin, les règles d'insolvabilité pertinentes. Des commentaires explicatifs sous chacune des principales dispositions de la législation ainsi compilée devraient être préparés, de même que des annotations référant à la jurisprudence, lorsqu'applicable. Une large diffusion de cette compilation au sein des ministères, institutions financières, universités, magistrature, barreaux, chambres de commerce, contribuerait à une interprétation plus uniforme de ce droit, en plus d'en circonscrire plus effectivement l'étendue. En effet, si le droit supplétif doit nécessairement être le droit musulman, il ne sera pas aisé d'en établir les contours et, partant, d'en assurer le caractère prévisible, nécessaire au crédit foncier. Il faudrait à tout le moins tenter l'exercice de codifier la majorité des principes applicables en la matière afin qu'ils se retrouvent dans cette compilation. Nous ignorons toutefois si le poids de la tradition musulmane, qui ne connaît pas le principe de l'autorité du précédent, présentera un frein à un tel outil, car tel que nous l'avons déjà indiqué, nous n'avons pas eu le bénéfice de lire la jurisprudence égyptienne. Nous ne savons donc pas si ce principe y existe ou non, ni n'avons d'idée précise quant à la prégnance de la tradition musulmane à ce chapitre.

La terminologie de cette législation, du moins dans sa version anglaise, aurait intérêt à être revue. L'influence anglo-américaine y transpire : souventes fois utilise-t-on les expressions évoquant la *common law*. « *Real Estate* », « *Mortgage* », « *lien* » sont les exemples les plus courants. Or, cette terminologie n'est pas neutre et prête à confusion.

D'un côté, le lecteur égyptien sera tenté d'y voir un accroc à la *chari'a*; de l'autre, l'investisseur étranger éprouvera un certain inconfort, car ces expressions ne représentent pas les réalités qu'elles évoquent. En effet, le contrat de financement immobilier type est tout sauf un « *mortgage* », et le droit des biens dans cette perspective ne peut être entendu comme référant au « *Real Estate* ». L'adoption d'une terminologie référant à la *chari'a* ou, encore, d'un vocabulaire plus neutre, devrait aider à susciter une meilleure adhésion à la *Real Estate Finance Law* et, ce faisant, à en accroître la légitimité.

Dans la même veine, afin de lui assurer une plus grande cohérence et une meilleure intelligibilité, des bulletins d'interprétation pourraient être émis par les divers organes réglementaires et administratifs chargés de son application. Ces mesures éviteraient de toucher aux textes législatifs et réglementaires mêmes, mais en permettraient l'évolution sans ouvrir une boîte de Pandore. Ainsi, on pourra apporter des précisions à la qualification juridique de l'opération tripartite, à la nature, l'assiette de la sûreté et aux obligations garanties, à son rang, et aux mesures d'exécution forcée. Les problématiques suivantes devraient ainsi être résolues : la possibilité de recourir à des taux d'intérêts variables; la possibilité de faire l'acquisition de terrains vacants; la portée de la sûreté sur des biens autres qu'immobiliers (par exemple, les loyers); le droit des parties de modifier à leur gré les dispositions de tout contrat de financement immobilier type. Ces dernières suggestions sont on ne peut plus à propos, sachant que la Banque centrale d'Égypte n'impose pas aux institutions financières qu'elle réglemente le respect formel du contrat type, avec l'incertitude qui en découle.

Dans un autre ordre d'idées, la légitimité de la *Real Estate Finance Law* ne pourra advenir que si la population égyptienne se l'approprie. Au-delà des mesures techniques

que nous venons d'énoncer favorisant son accessibilité, sa cohérence et son intelligibilité intrinsèques, d'autres ayant trait à la recherche, à la formation, à la diffusion du savoir auprès d'un auditoire spécialisé devraient être mises en œuvre. Le législateur égyptien pourrait ainsi subventionner la recherche universitaire en ce domaine et même créer une chaire s'y consacrant à l'Université du Caire. Des programmes de formation continue s'adressant aux juges, avocats, conseillers en financement immobilier, évaluateurs et agents de réalisation pourraient être mis sur pied. Enfin, des programmes d'information du public en général pourraient être lancés, ainsi que des campagnes de sensibilisation aux droits et avantages résultant de la *Real Estate Finance Law*, et ce, à tous les échelons de la société civile, dans le système d'éducation dès le niveau secondaire, par l'entremise d'un site Web, dans les journaux, etc. À ce sujet, mentionnons que le ministère de l'investissement, de concert avec USAID, a institué certains programmes de formation et d'information. Certains ont trait aux agents de réalisations, évaluateurs agréés, magistrats; d'autres relèvent plus de la dissémination générale au public via certaines publicités et la création d'un site Web par la *Mortgage Finance Authority*.

Ces propositions ont déjà été formulées, pour l'essentiel, dans le cadre de l'Étude de terrain ACDI. À notre connaissance, sauf pour certaines d'entre elles dont nous avons fait état, il n'y fut pas donné suite, particulièrement en ce qui concerne le droit substantif même, socle de cet édifice. Nous allons donc tenter de comprendre, en terminant notre étude de cas, quelles sont les principales raisons expliquant la difficulté à réformer le droit en Égypte.

## 2. De la réforme du droit en général dans le contexte égyptien

Il faut prendre le droit au sérieux. Le droit, dans sa composante institutionnelle et formelle de l'État de droit, qui assure la vie paisible en société et la création d'une communauté d'intérêt général, sur laquelle il se fonde par l'établissement d'un véritable contrat social, assise de sa légitimité. Le droit, également, dans sa dimension substantielle de la règle de droit, qui permet de cimenter cette communauté à l'aide de règles claires, accessibles et d'interprétation aisée, consacrant les principes de l'autonomie de la volonté et du caractère exécutoire des conventions.

Force est de constater qu'en Égypte, l'État de droit et la règle de droit sont malmenés. Pour l'État de droit, c'est l'État policier qui règne, avec un régime à parti unique et dynastique. L'état d'urgence perdure depuis 1958, restreignant ainsi les libertés civiles à l'arbitraire du pouvoir politique, qui agit de connivence avec l'armée. Le système judiciaire ne peut s'acquitter de ses fonctions convenablement, les conditions matérielles pour ce faire n'étant pas réunies, quand on ne s'en prend pas carrément à l'indépendance de la magistrature. La fonction publique n'est pas efficace et les salaires sont très bas. La corruption est généralisée. La presse n'est pas véritablement libre et les Coptes, qui constituent la principale minorité en ce pays, sont ostracisés par la majorité musulmane, la pratique de leur religion n'étant pas sans obstacles en ce pays <sup>1429</sup>.

La religion musulmane et le panarabisme constituent des fondements identitaires majeurs de la population égyptienne. Accablée par une pauvreté endémique, l'écart entre les

---

<sup>1429</sup> Voir, entre autres : AGENCE FRANCE-PRESSE, « Attaque contre un monastère : l'Église copte demande la protection de Moubarak », dans *Le Devoir [de Montréal]*, lundi le 16 juin 2008 (B6) ; Michael COREN, « A Church under siege – A \$ 60-million bounty on a Coptic leader is just one sign of the threats facing Egypt's Christians », dans le *National Post [de Toronto]*, jeudi le 23 octobre 2008 (A16).

riches et les pauvres n'ayant cessé de croître depuis les cinquante dernières années, elle trouve dans l'Islam refuge, réconfort, ainsi que la promesse d'un monde meilleur, auquel le régime actuel semble plus un verrou qu'un facilitateur. Ce régime a toutefois bien compris l'importance que cette tradition musulmane revêt, au point de l'avoir instrumentalisée dans son discours, dans ses politiques et dans ses lois, afin d'asseoir sa légitimité face à ses commettants, ainsi que l'a relevé la politologue Sophie Pommier, faute de parler ici d'un véritable contrat social. Cette instrumentalisation sert aussi de contrepoids à des orientations politiques et économiques générales qui, aux yeux de la population, dévient sans cesse du panarabisme, en raison des accointances entretenues avec les États-Unis d'Amérique et de la conciliation avec l'État d'Israël depuis la signature de la paix en 1979.

Ces orientations politiques et économiques, à moins d'une révolution par les armes des citoyens égyptiens, semblent là pour rester. D'une part, l'Égypte est bénéficiaire d'une aide financière plus que généreuse de la part des américains, dont les intentions sont on ne peut plus avouées; d'autre part, la Banque mondiale y est également très présente et s'assure, par des prêts et subventions importants, que des changements structurels profonds s'opèrent à tous les niveaux. Du point de vue économique, on s'oriente progressivement vers une libéralisation complète du marché égyptien. Le « Financial Sector Loan Policy II », le *WB Egypt Mortgage Finance Project* et le *Affordable Mortgage Finance DPL* sont trois aides financières consenties par la Banque mondiale allant dans cette direction. Le contraste avec le socialisme nassérien, qui s'opère ainsi depuis la fin des années 1980, est saisissant. Réduction de la taille de l'État, privatisations, établissement de partenariats public-privé pour les grands projets



d'infrastructures, toute la gamme de mesures libérales y passe depuis lors, tranchant avec le dogme de l'État-providence qui a fait si long feu en Égypte et dont certaines traces demeurent toujours présentes. Mais l'implantation de ces mesures ne se fait pas si rapidement, les forces du *statu quo ante* exerçant toujours une certaine prégnance en Égypte. La Banque mondiale et le FMI, malgré les sommes astronomiques qu'elle y ont investies, n'ont pas réellement été en mesure de contraindre le gouvernement égyptien dans l'adoption d'une réforme structurelle d'ensemble cohérente, ce qui expliquerait les échecs répétés. Pourquoi en est-il ainsi ? En raison de l'importance stratégique du pays pour les États-Unis, soutien-t-on <sup>1430</sup>. On affirme que cela serait en train de changer, mais cela reste à être démontré de manière plus probante.

Le succès de cette entreprise dépend donc d'un régime juridique solide. Contrairement à ce dont présume la Banque mondiale à ce chapitre, l'on ne pourrait soutenir que ce soit actuellement le cas. L'exemple du régime de crédit foncier égyptien s'avère à la fois instructif et éloquent. D'une part, l'infrastructure nécessaire à son déploiement fait défaut ; d'autre part, la règle de droit, dans son expression, son accessibilité et sa cohérence est sérieusement déficitaire. L'établissement d'un cadastre et d'un registre foncier s'avèrent cruciaux au bon fonctionnement d'un tel régime ; le respect des contrats et les mécanismes en favorisant l'exécution le sont tout autant. Dans notre exemple égyptien, ils ne sont pas présents. La législation dans le domaine ne répond pas aux critères d'intelligibilité, d'accessibilité et de cohérence. Ces difficultés ont plusieurs sources. L'une d'elle relève très certainement des contraintes religieuses découlant de la

---

<sup>1430</sup> Voir, pour ce point de vue : Alison Elizabeth CHASE, « The Politics of Lending and Reform: The International Monetary Fund and the Nation of Egypt », (2006) 42 *Stan. J. Int'l L.* 193.

*chari'a*. En Égypte, la pluralité des ordres juridiques est à son zénith : droit étatique et droit religieux, droit formel et droit informel s'y côtoient en toute liberté. Les années à venir nous diront si l'on peut y concilier ces différentes oppositions et faire en sorte que les conditions préalables à l'établissement d'un véritable marché intérieur, qui s'harmonise avec le marché mondial, puissent y fleurir. Mais l'expérience passée de ce pays nous permet d'en douter. Sauf lorsqu'elle est imposée, et même dans ce cas, l'atteinte de l'unité s'y est avérée pratiquement impossible depuis les deux derniers siècles et, alors que l'on y arrivait presque, des mouvements sociaux, religieux, voire révolutionnaires, sont constamment venus y brouiller les cartes. C'est d'ailleurs l'une des craintes de la Banque mondiale, qui peine à la nommer, ne le faisant que du bout des lèvres <sup>1431</sup>.

Le cas égyptien est très certainement riche d'enseignement et nous allons maintenant analyser les mêmes questions en lien avec notre problématique de recherche, mais avec pour objet un autre pays en voie de développement, à savoir la République Démocratique du Congo.

---

<sup>1431</sup> WORLD BANK, *Program Document – Affordable Mortgage Finance*, supra note 1246, n° 132, p. 34: « *Lastly, there is a political risk associated with stakeholders' opposition that would weaken the government's attempts to pursue the needed policy and structural reforms. The current reform-oriented government has been a strong advocate of developing the mortgage market and is committed to unifying the housing subsidy system. [...] These risks would be mitigated through ensuring the issuance of various decrees, and amending relevant laws. Public awareness and consultations with the stakeholders (including political and popular opposition) would also help in maintaining the reform momentum* ».

### III- L'ÉTAT DE DROIT « SUBSTANTIEL » : LE CAS DE LA RÉFORME DE L'URBANISME, DE L'HABITAT ET DU CRÉDIT FONCIER EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Nous présenterons, de manière plus succincte que nous l'avons fait pour le cas égyptien, notre étude de cas congolais. Ce deuxième cas n'est pas moins intéressant, mais pour nos fins, nous n'aurons besoin que de démontrer la difficulté d'implanter dans cette société un État-nation démocratique, en raison de ses origines plurielles et de facteurs culturels rédhibitoires à son avènement. Ce qui, on l'aura compris, n'est pas sans conséquence pour l'élaboration d'un régime de droit commercial et de sûretés. Nous discuterons, dans un premier temps, de l'État de droit « instrumental » et « formel » en RDC [A] pour ensuite aborder, en second lieu, l'État de droit « substantiel » dans ce même pays, par l'étude de la réforme de l'urbanisme, de l'habitat et du crédit foncier [B] <sup>1432</sup>.

---

<sup>1432</sup> Nos commentaires, pour cette partie de notre thèse, s'inspirent d'une étude de faisabilité que nous avons réalisée en 2009 dans le cadre d'un mandat confié par l'ACDI. Nous avons dirigé une équipe multidisciplinaire qui s'est rendue à deux reprises en République Démocratique du Congo pour des séjours d'études, à Kinshasa, afin d'y rencontrer des membres du gouvernement congolais et divers experts de la société civile. Nous avons rédigé les rapports relatifs à l'évaluation du cadre légal et réglementaire et à sa mise à jour. Dans notre méthodologie, nous avons consulté les sources documentaires disponibles qui nous furent remises par nos interlocuteurs congolais, mais aussi consigné par écrit les entretiens menés sur le terrain, auxquels nous référons comme source directe. Voir, à ce sujet : Antoine LEDUC, *Étude de faisabilité sur les réformes de l'urbanisme et de l'habitat et République Démocratique du Congo (RDC)*, présentée à l'ACDI dans le cadre du Projet de réforme de l'urbanisme / RDC-SP (Accord de contribution E4936-K062682-001), Livrable numéro 3, *Étude du cadre légal et réglementaire*, Montréal, Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., srl, 31 mars 2009 [l'« **Étude du cadre légal et réglementaire** »]; Antoine LEDUC, *Étude de faisabilité sur les réformes de l'urbanisme et de l'habitat et République Démocratique du Congo (RDC)*, présentée à l'ACDI dans le cadre du Projet de réforme de l'urbanisme / RDC-SP (Accord de contribution E4936-K062682-001), Livrables numéros 5 et 8, *Mise à jour du cadre légal et réglementaire; Évaluation détaillée du coût du projet; étude économique et financière*, Montréal, Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., srl, 11 septembre 2009 [les « **Propositions de mises à jour du cadre légal et réglementaire** »]. Nous ne reprenons, pour les fins de la présentes thèse, que les traits saillants de nos constatations, qui ne sauraient lier l'ACDI ou le cabinet Heenan Blaikie et qui constituent le fruit de notre réflexion personnelle.

### A. L'État de droit « instrumental » et « formel » en RDC

Nous allons d'abord présenter le contexte politique, social et économique qui prévaut en RDC [1], pour ensuite voir si l'État de droit y est une réalité ou un vœu pieux [2].

#### 1. Le contexte politique, social et économique en RDC

Comprendre la République Démocratique du Congo d'aujourd'hui suppose quelques éléments d'histoire. Pour nos fins, cette histoire commence avec l'avènement de l'État Indépendant du Congo, créé en faveur du roi belge Léopold II à titre de possession personnelle en 1885. Cet État Indépendant du Congo fut l'occasion pour le roi belge de littéralement prendre possession des terres et d'essayer de s'alimenter des riches ressources naturelles dont regorge le territoire du Congo. Cet État fut cédé en 1908 à la Belgique, année où il deviendra le Congo Belge. Les politiques mises de l'avant par la Belgique à cette époque tentèrent de créer une société la plus fonctionnelle possible mais où l'idée de civilisation était étroitement associée au christianisme et au progrès social. En 1960, le Congo fera l'acquisition son indépendance de la Belgique en date du 30 juin de cette année-là. Le nouvel État Indépendant, nommé Zaïre, héritait d'un système juridique et d'une organisation politique alors calquée sur celle de la Belgique. Les infrastructures et les institutions que l'on retrouve encore de nos jours en RDC datent pour la plupart de cette époque-là. Depuis, le pays a été soumis à une dictature. S'en suivirent nombres de guerres civiles et de luttes fratricides. Les infrastructures sont pratiquement réduites à néant et la population congolaise vit dans un état d'extrême pauvreté. Bien qu'un nouveau régime soit en place depuis les élections de 2006 qui ont confirmé le président Joseph Kabila dans ses fonctions, le magazine *The Economist* classe encore la République Démocratique du Congo, en 2008, au 154<sup>e</sup> rang sur cent

soixante-sept (167) pays dans son index démocratique. Cette revue considère donc la RDC comme une dictature :

**Democracy index (for methodology, see Appendix)**

The Economist Intelligence Unit's 2008 democracy index ranks the the Democratic Republic of Congo 154th out of 167 countries worldwide. With an overall index score of 2.28, it is classed as having an authoritarian regime, like 21 of the other 43 countries in Sub-Saharan Africa, and ranks among the lowest-scoring in that category. The DRC's poorest score is in the category government functioning. This reflects the fact that there are few checks and balances on the exercise of government authority; government accountability to the electorate is low; corruption is pervasive at all levels; the quality of the civil service is low; and the government's authority does not extend over the whole country. The DRC's best score is in the political culture category : after decades of dictatorship, political turmoil and civil war the Congolese people still retain some belief that a fully functioning democratic system would be the best form of government for the DRC and this is reflected in the proliferation of political parties.<sup>1433</sup>

Malgré la fin de la guerre civile, certaines régions de la RDC sont toujours aux prises à de violents conflits. En effet, la RDC se remet difficilement d'un conflit intense qui a secoué le pays de 1997 à 2009. Ce conflit résulterait en fait d'un déplacement en RDC du conflit génocidaire rwandais. En raison de la pression exercée par la communauté internationale, le gouvernement rwandais et celui de la RDC se sont entendus, au début de l'année 2009, pour s'unir et poursuivre ensemble les Hutus génocidaires des Forces démocratiques de libération du Rwanda. On estime que, depuis le début du conflit, plus de 10 millions de Congolais auraient été tués, ce que d'aucuns n'ont associé à l'holocauste ou à un « génocide tranquille », vu l'indifférence de la communauté internationale jusqu'à tout récemment. Sans compter, par ailleurs, les millions de Congolais déplacés d'une région à l'autre en raison de ce conflit, où s'opposent non seulement des intérêts ethniques variés mais, aussi, s'y opère un pillage des riches

---

<sup>1433</sup> THE ECONOMIST, *Economist Intelligence Unit, Democratic Republic of Congo : Country Profile 2008*, 2008, p. 8.

ressources naturelles du Congo, au profit d'intérêts dits mafieux et même de pays limitrophes <sup>1434</sup>.

D'autre part, de nombreux cas de violences sexuelles ont été rapportés au cours des deux dernières années. À titre d'exemple, un rapport de l'ONU révèle que, selon les statistiques du Fonds des Nations Unies pour la population (FNUAP), plus de 3 000 cas de viols ont été recensés au Katanga, et 70 % de ces cas auraient pour auteurs des militaires <sup>1435</sup>. Cependant, de plus en plus de civils se rendent coupables de viols, même une fois les conflits terminés, l'impunité prévalant malgré les lois congolaises <sup>1436</sup>. Des femmes sont enlevées et retenues pour servir d'esclaves sexuelles. Dans bien des cas, les viols et les agressions sexuelles ont une dimension ethnique et/ou visent à terroriser et à démoraliser des communautés soupçonnées de soutenir des groupes rivaux <sup>1437</sup>. Qui plus est, étant donné le rôle de pivot de toute cellule familiale qui est joué par les femmes congolaises, les viols perpétrés massivement, qui ne cessent pas après les conflits, ont pour effet de désorganiser les familles et, partant, de déstructurer la société congolaise

---

<sup>1434</sup> Voir à ce sujet : Jooneed KHAN, « Ce pays n'est pas pour les touristes », dans *La Presse [de Montréal]*, vendredi le 13 février 2009 (A16); Jooneed KHAN, « L'holocauste tranquille; Le Nord-Kivu entre deux volcans; La guerre des autres », dans *La Presse [de Montréal]*, le samedi 14 février 2009 (A34-35); Jooneed KHAN, « Quand l'ONU se barricade; Le Rwanda, clé de la paix; Des Congolaises combattives », dans *La Presse [de Montréal]*, le dimanche 15 février 2009 (A14-15); Jooneed KHAN, « Les Congolais se tournent vers Barak Obama », dans *La Presse [de Montréal]*, mardi le 3 mars 2009 (A14); Collette BRAECKMAN, « Une alliance pour la paix? », dans *Alternatives, Le Journal [Montréal]*, vol. 15, no.7, avril 2009 (1); Delphine ABADIE, Alain DENEULT et William SACHER, « Pendant les poursuites, le pillage canadien de l'Afrique se poursuit », dans *Alternatives, Le Journal [Montréal]*, vol. 15, no. 7, avril 2009 (5).

<sup>1435</sup> NATIONS UNIES, *Application de la résolution 60/251 de l'assemblée générale du 15 mars 2006*, intitulée « Conseil des droits de l'homme », Rapport de l'expert indépendant sur la situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo, Titinga Frédéric Pacéré (21 février 2007).

<sup>1436</sup> Claude LÉVESQUE, « Cris des femmes en RDC », dans *Le Devoir [de Montréal]*, mardi, le 3 février 2009 (A1); Jooneed KHAN, « Des Congolaises combattives », dans *La Presse [de Montréal]*, le dimanche 15 février 2009 (A15).

<sup>1437</sup> Voir pour plus de détails : AMNESTY INTERNATIONAL, *Une Guerre sans fin pour les femmes et les enfants*, Londres, Amnesty International Publication, 2008.

prise dans son ensemble. En juin 2006, le gouvernement a promulgué la *Loi n° 06/013 du 12 juin 2006 autorisant l'adhésion de la République Démocratique du Congo au protocole additionnel à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale* afin de prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

La République Démocratique du Congo est peuplée de plus de 62 millions de personnes. Elle est composée de plus de quatre cents groupes ethniques ou tribus. Elle dispose de vastes ressources naturelles mais ses infrastructures ont été complètement négligées depuis l'indépendance de 1960. Le système bancaire est pratiquement inexistant et la plupart des gens, lorsqu'ils travaillent, participent à l'économie informelle. Il sévit à l'heure actuelle une crise du logement très importante due à de grands flux migratoires des campagnes vers les villes et à l'absence de plans d'aménagement et d'urbanisme dignes de ce nom.

Il est donc difficile de parler d'un véritable État de droit pour l'instant en RDC.

## 2. L'État de droit en RDC

L'État de droit se traduit d'abord dans le droit public et l'organisation des pouvoirs, dans l'articulation des droits humains fondamentaux, dans l'administration de la justice et, enfin, dans l'enseignement du droit.

En matière de droit public, la RDC a adopté en 2006 une nouvelle *Constitution de la République Démocratique du Congo*<sup>1438</sup>, laquelle détermine l'organisation administrative

---

<sup>1438</sup> RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, *Constitution de la République Démocratique du Congo*, Journal officiel de la République Démocratique du Congo, Cabinet du Président de la République, 47<sup>e</sup> année, Kinshasa, 18 février 2006 [la « *Constitution de 2006* »].

du Congo et divise les champs de compétence entre les provinces et le pouvoir central. Au-delà de ces pouvoirs politiques, il existe une division des pouvoirs entre l'exécutif<sup>1439</sup>, le législatif<sup>1440</sup> et le judiciaire<sup>1441</sup>. Une Cour constitutionnelle chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois est instituée<sup>1442</sup>. L'indépendance judiciaire est un principe affirmé<sup>1443</sup>. Les articles 11 à 49 de la *Constitution de 2006* traitent des droits humains fondamentaux. À ces droits s'ajoutent des droits collectifs (Art. 50-61) et des devoirs du citoyen (Art. 62-67). L'article 61 établit qu'en aucun cas, même lorsque l'état de siège ou l'état d'urgence est proclamé, il ne peut être dérogé aux droits et principes fondamentaux suivants : le droit à la vie; l'interdiction de torture et des peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants; l'interdiction de l'esclavage et de la servitude; le principe de la légalité des peines, les droits de la défense et le droit des recours; l'interdiction de l'emprisonnement pour dettes; la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il ne nous appartient pas, ici, d'évaluer ce texte constitutionnel en profondeur. Cependant, au plan des principes, il s'inspire des règles de constitutionnalité usuelles et fait de la primauté de l'individu l'un de ses fondements. Comme nous le verrons plus loin, ce principe ne correspond pas encore à la culture dominante de la société congolaise, plus communautaire, coutumière et traditionnelle<sup>1444</sup>.

---

<sup>1439</sup> *Constitution de 2006, supra note 1438, art. 69-99.*

<sup>1440</sup> *Ibid.*, art. 100-148.

<sup>1441</sup> *Ibid.*, art. 149-169.

<sup>1442</sup> *Ibid.*, art. 157-169.

<sup>1443</sup> *Ibid.*, art. 149-150.

<sup>1444</sup> Pour une très belle et vivante illustration de l'importance toujours actuelle de la coutume sur la vie des Congolais et, en particulier, des Congolaises, lire le roman de la journaliste belge Lieve JORIS, *L'Heure des rebelles*, Arles (Fr.), Actes Sud, 2007. Pour une recension de cet ouvrage, voir : Caroline MONTPETIT, « Le Congo de tous les dangers », dans *Le Devoir [de Montréal]*, samedi le 7 mars 2009. Ce roman reflète aussi le témoignage personnel de la journaliste, qui a suivi l'un des généraux congolais pendant la plus récente guerre qui s'achève à



Mentionnons enfin, pour le cadre de notre étude, que la Constitution de 2006 prévoit, à son article 48, que « [l]e droit à un logement décent, le droit d'accès à l'eau potable et à l'énergie électrique sont garantis. La loi fixe les modalités d'exercice de ces droits ». Cet article, de droit nouveau, est loin d'être respecté en ce moment.

Au-delà des textes constitutionnels, il y a les faits, la réalité, la vie. En matière d'administration de la justice, la situation du pouvoir judiciaire et des professions juridiques en RDC n'est guère plus reluisante. Les tribunaux n'ont pas les ressources matérielles et financières pour bien s'acquitter de leurs fonctions. Les juges sont mal payés et corrompus. Les palais de justice, délabrés et sans électricité. On note une absence de bibliothèques judiciaires, ainsi que le non accès aux lois, règlements et à la doctrine par les juges. Les décisions judiciaires ne sont pas publiées et cette jurisprudence s'avère incohérente. Un contentieux nourri à 80 % par les litiges fonciers, le reste étant dévolu aux affaires familiales. Des procès qui s'éternisent. La profession d'avocat n'est pas non plus dans un état reluisant. Ils sont eux-mêmes corrompus et leur formation laisse à désirer. Ils ne sont pas très nombreux, compte tenu de la population congolaise.

La profession de notaire n'existe pas comme nous la connaissons au Canada dans la province de Québec ou telle qu'elle existe en France ou dans les autres pays du notariat latin. Des actes doivent être authentifiés aux termes de diverses lois, mais cette compétence est attribuée à un notaire unique de l'État ou, encore, au Conservateur des

---

peine. Il s'agit donc du récit intime d'une des pages récentes et déchirantes de l'histoire de la RDC.

titres immobiliers <sup>1445</sup>. Ce qui nous amène à considérer, pour compléter ce bref portrait de l'État de droit en RDC, la question de l'enseignement du droit.

L'université congolaise est sous financée, de manière chronique, et ses professeurs sont très mal payés. Il n'y a pas de fonds de recherche et les publications se font rares. Elles ne sont pas encouragées et l'enseignement du droit devient plus statique. Il s'en ressent. Le ratio d'élèves par professeur est trop élevé et les classes sont surpeuplées. Le matériel scolaire et académique est désuet quand il n'est pas tout simplement inexistant <sup>1446</sup>.

Force est de constater que l'État de droit « instrumental » existe, en théorie, dans les textes constitutionnels de la RDC. En pratique, c'est cependant une autre histoire, qu'il nous faudra garder en tête lors de notre discussion sur l'État de droit « substantiel » en RDC que nous amorçons maintenant.

### **B. L'État de droit « substantiel » en RDC : la réforme de l'urbanisme, de l'habitat et du crédit foncier**

Pour rendre compte de l'État de droit « substantiel » en RDC, il nous faut d'abord considérer son cadre légal, judiciaire et administratif [1], avant de pouvoir cerner la problématique de l'urbanisme, de l'habitat et du crédit foncier et d'envisager certaines pistes de solutions [2].

#### 1. Du cadre légal, judiciaire et administratif en RDC

La compréhension du cadre légal, judiciaire et administratif de la RDC suppose, en premier lieu, l'identification des sources du droit dans ce pays [1.1], dont la diversité rend

---

<sup>1445</sup> A. LEDUC, *Étude du cadre légal et réglementaire*, supra note 1432, Annexe 2, p. 6 et 27.

<sup>1446</sup> *Ibid.*, p. 66 et suiv.

plus difficile l'interprétation et la mise en œuvre de la législation pertinente en matière d'urbanisme et d'habitat [1.2].

### 1.1 les sources du droit en RDC

Le dualisme congolais, oscillant entre le droit coutumier oral [1.1.1] et le droit légiféré écrit [1.1.2], est une réalité incontournable qu'il faut comprendre pour bien saisir le système juridique de ce pays.

#### 1.1.1 le droit coutumier oral

En République démocratique du Congo, c'est l'État qui a compétence législative et qui est, en principe, la source première du droit, de par les lois et règlements que le gouvernement adopte aux termes des pouvoirs conférés aux diverses instances par la *Constitution de 2006*<sup>1447</sup>. Ce droit est donc écrit et légiféré.

Mais le tableau est plus complexe. À côté de ce droit écrit et légiféré subsiste un droit traditionnel, coutumier et oral, qui est habituellement permis dans les limites de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs : il est consacré par la *Constitution de 2006* comme

---

<sup>1447</sup> Le Président promulgue les lois et statue par voie d'ordonnance (*Constitution de 2006, supra* note 1438, art. 79); le Premier ministre en assure l'exécution et dispose du pouvoir réglementaire sous réserve des prérogatives constitutionnelles attribuées au Président; il statue par voie de décret (*Constitution de 2006, supra* note 1438, art. 92); le pouvoir législatif est exercé par un Parlement composé de deux Chambres : l'Assemblée nationale et le Sénat. C'est le Parlement qui vote les lois (*Constitution de 2006, supra* note 1438, art. 100); l'initiative des lois appartient concurremment au Gouvernement, à chaque député et à chaque sénateur (*Constitution de 2006, supra* note 1438, art. 130). Aux termes des articles 122 et 123 de la *Constitution de 2006, supra* note 1438, qui figurent dans la Section 3 précisant les rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, sont établis les sujets sur lesquels la loi fixe les règles ou détermine les principes fondamentaux. Les lois visent, notamment, « *le commerce, le régime de la propriété des droits et des obligations civiles et commerciales* » (*Constitution de 2006, supra* note 1438, art. 122, al. 8), « *le régime foncier, minier, forestier et immobilier* » (*Constitution de 2006, supra* note 1438, art. 123, al. 3). Nous reviendrons sur ces questions après notre exposé des lois en la matière, concernant leur interaction avec le droit coutumier.

source du droit congolais, au même titre que la loi <sup>1448</sup>. Il en était ainsi dans les anciens textes constitutionnels congolais, et ce, de l'État Indépendant du Congo au Congo Belge, de l'Indépendance du 30 juin 1960 jusqu'à nos jours <sup>1449</sup>. Mais qu'entend-on justement par « coutume » et « les coutumes », dans ce contexte ? Il faut, à ce stade-ci, distinguer « la coutume » du droit coutumier <sup>1450</sup>, car c'est dans le sens de « droit coutumier » que le législateur congolais, de quelque époque depuis l'État Indépendant du Congo, utilise l'expression « la coutume » <sup>1451</sup>. L'on entend ainsi un véritable régime juridique, avec ses institutions, ses codes, ses lois <sup>1452</sup>.

Voilà donc que s'exprime tout le défi posé par le droit coutumier congolais, un droit non écrit, de tradition orale. Comment y accéder, en découvrir les contours, en assurer l'évolution ? Vaste entreprise, s'il en est une, aux ramifications multiples, qui se bute en tout premier lieu à de diverses et nombreuses ethnies disséminées sur l'immense territoire

---

<sup>1448</sup> *Constitution de 2006, supra* note 1438, art. 153, al. 4 : « *Les Cours et les Tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés, les lois, les actes réglementaires, pour autant qu'ils soient conformes aux lois ainsi que la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* » [Notre soulignement]. Voir également, à ce sujet : Vincent KANGULUMBA MBAMBI, *Précis de droit civil des biens : Théorie générale des biens et théorie spéciale des droits réels fonciers et immobiliers congolais*, t. 1, Louvain-La-Neuve (Bel.), Bruylant-Academia S.A., 2007, n<sup>os</sup> 3 et 19, p. 21-22, 31-32 [« **Précis** »]; Vincent KANGULUMBA MBAMBI, « Rapport introductif – Prologue à un essai d'évaluation législative : bilan des 30 ans de la loi (foncière) du 20 juillet 1973 », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 17, 19.

<sup>1449</sup> Voir: Lukombe NGHENDA, *Droit civil: Les biens*, Kinshasa, Publication des Facultés de Droit du Congo, 2003, p. 36.

<sup>1450</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis, supra* note 1448, n<sup>o</sup> 19, p. 32.

<sup>1451</sup> Voir, en ce sens, Antoine SOHIER, *Traité élémentaire de Droit Coutumier du Congo Belge*, 2e éd., Bruxelles, Maison F. Larcier, 1954, p. 10-12, en particulier à la p. 12: « [...] *Il n'en résulte pas que toute coutume, tout usage, soit obligatoire. Il faut entendre uniquement par coutume les usages ayant, d'après la conception indigène, force juridique.* [...] ».

<sup>1452</sup> *Ibid.*, p. 12.

congolais, ayant chacune sa propre coutume <sup>1453</sup>. Ainsi, les écueils sont nombreux avant de bien cerner et connaître une coutume. La recherche des coutumes passe par l'observation des faits, l'étude de la jurisprudence, les sources orales, les sources écrites mais, plus que tout, par la compréhension du sens des règles qu'elles fixent, leur interprétation et leur enseignement. Dans tout ce processus, il faut se tourner vers les notables mais, surtout, vers les juristes, juges, intermédiaires officiels, arbitres, avocats, experts, gardiens des coutumes. Car même l'étude de la jurisprudence coutumière est elliptique lorsqu'écrite : il faut parler au juge ayant rendu la décision pour en dégager les principes <sup>1454</sup>. Dans cette veine, l'importance sociale du droit coutumier ne s'est jamais démentie.

Les juristes belges, à l'époque coloniale, avaient bien compris l'importance sociale de la coutume. C'est ainsi qu'Antoine Sohier s'exprimait, en 1954, avec un style propre à cette époque et dont les termes peuvent aujourd'hui paraître surannés :

**32. Le noir et la justice.** La coutume est le seul droit applicable aux noirs dans beaucoup de matières. C'est aussi le seul que la plupart d'entre eux comprennent et qui corresponde à leur mentalité.

De telles constatations suffiraient chez n'importe quel peuple pour montrer l'importance que revêt sa bonne application. Mais il en est particulièrement ainsi pour les nègres, dont l'âme éprouve un immense besoin de justice, et qui sont extrêmement processifs. Il suffit, pour s'en rendre compte, de considérer avec quel soin étaient organisées leurs institutions judiciaires, de regarder, chez un administrateur, dans un parquet ou devant les tribunaux, les longues files de plaideurs. Pendant de longues années, sans admettre aucune prescription, ils poursuivent la revendication ou la réparation d'un dommage...subi par un de leurs grands-parents ! On serait tenté de voir en ces palabreurs acharnés d'après créanciers, de sombres Shylocks poussé par l'avarice ou la haine, si, par ailleurs, tant de noirs ne se révélaient naturellement bienveillants, désintéressés, généreux.

Ce qu'il cherche, ce chicanaud, ce n'est pas le profit, c'est la justice. J'ai raconté, dans un de mes volumes de récits congolais (*Tels qu'en eux-mêmes*, p. 101)

<sup>1453</sup> L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 36-40.

<sup>1454</sup> A. SOHIER, *op. cit.*, *supra* note 1451, pp. 32-38.

l'histoire de ces deux plaideurs parcourant plus de cent kilomètres, perdant plusieurs semaines, à faire décider si l'un d'eux, qui devait une chèvre à l'autre, lui en remettrait une petite ou une grande. Ils refusaient les jugements à la Salomon, répétés, de plusieurs Européens, qui disaient « une chèvre moyenne » parce que *couper la poire en deux*, sans se préoccuper de la coutume, ne satisfaisait pas leur conscience. Lorsque enfin la palabre fut tranchée d'après le droit, le perdant paya sans rechigner une grosse chèvre à l'autre, et celui-ci l'invita à la manger cordialement en signe de réconciliation !

Il est donc important de rendre une bonne justice au noir, car l'injustice le révolte. Mais de plus, tout se tient dans une société. On l'ébranle en ne respectant pas son droit, ou en l'appliquant à contresens. On ne peut assez dénoncer l'erreur de certains administrateurs qui s'imaginent qu'en jugeant à leur façon, en rendant des décisions inspirées par l'opportunité politique plutôt que par le droit, en utilisant leurs fonctions judiciaires comme un instrument de prestige, ils faciliteront leur mission administrative. En détruisant dans leur ressort l'esprit de collaboration et en compromettant l'organisation indigène, ils se préparent les pires déceptions.<sup>1455</sup>

[Notre soulignement]

On nous pardonnera la longueur de la citation, mais ce que l'auteur y affirme, malgré un relent de colonialisme, semble bien traduire, encore aujourd'hui, les préoccupations des juristes congolais que nous avons rencontrés ou dont nous avons eu le bénéfice de lire les ouvrages. De cela, il faut retenir que la coutume serait parfois le seul droit qui corresponde à la mentalité congolaise, allant même, comme nous le verrons, jusqu'à l'ignorance de la loi écrite.

Les congolais que nous avons rencontrés nous ont pratiquement tous parlé de la « solidarité africaine ». C'est d'ailleurs une expression qui revient dans plusieurs de leurs textes. Cette idée de « solidarité africaine » réfère à l'essence même de cette société. En effet, le principe que voici se pose très bien en postulat :

**20. *Le régime dit clanique.*** Le principal facteur d'unité de la société congolaise, c'est que tous ses peuples étaient socialement et juridiquement composé de même.

---

<sup>1455</sup> *Ibid.*, p. 36-37.

La cellule familiale est la parentèle, ou grande famille patriarcale. La plupart des règles du droit découlent de cette vie en société familiale large. <sup>1456</sup>

Ce postulat, c'est l'esprit communautaire, l'esprit de groupe, le collectivisme, par opposition à l'individualisme. Comme le confirme à nouveau Lukombe Nghenda, « [e]n Afrique, répétons-nous, l'individu n'existe qu'en tant que membre d'un groupe bien déterminé » <sup>1457</sup>. C'est ce que précise également Vincent Kangulumba Mbambi :

Au contraire de l'Europe, écrit Magnant, s'agissant des droits réels ou droits personnels, « l'Afrique ancienne ignore l'individu autonome qui aurait des droits absolus et opposables à tout tiers sur une chose : l'individu n'a que l'accès aux choses et cet accès lui est ouvert ou non, selon son statut, par le groupe dont il est membre ». <sup>1458</sup>

Cette philosophie collectiviste est commune aux divers groupes qui composent la société congolaise ainsi qu'à leurs coutumes <sup>1459</sup>. Traditionnellement, l'autre trait commun des diverses ethnies qui se partagent maintenant le territoire congolais est leur grande mobilité <sup>1460</sup>, facteur d'influence de la conception congolaise du sol, de son aménagement, et des droits qui y sont reliés : personne n'en est vraiment propriétaire, au sens où la tradition occidentale l'entend, car alors la terre appartient à tous, c'est la « terre des ancêtres », qui relie les vivants et les morts <sup>1461</sup>. Comme nous le verrons dans notre étude subséquente de la législation congolaise en matière d'urbanisme et en matière foncière, cela présentera une grande incidence sur l'effectivité et la mise en œuvre de tels textes législatifs.

---

<sup>1456</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>1457</sup> L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 53.

<sup>1458</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis*, *supra* note 1448, n° 589, p. 304.

<sup>1459</sup> A. SOHIER, *op. cit.*, *supra* note 1451, p. 29.

<sup>1460</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>1461</sup> Ce qui ne revient pas à dire que le droit coutumier congolais ne connaît pas le concept de propriété. Il s'articule cependant différemment et nous l'exposerons davantage plus loin.

Ainsi, au-delà de cette grande variété de coutumes, qui font de chaque groupe un groupe distinct, tant au plan de l'organisation politique que familiale<sup>1462</sup>, se dégagent ces grandes lignes de force que nous venons d'énoncer brièvement. Mais ces lignes de forces n'empêchent pas l'existence d'un pluralisme juridique où chacun revendique son droit avec ses particularités, rendant de ce fait plus difficile l'application d'une législation unitaire et uniforme.

Dès l'État Indépendant du Congo et, par la suite, sous le Congo belge, le législateur colonial s'est astreint à une politique permettant le « pluralisme juridique », c'est-à-dire que le droit écrit était réservé aux européens et aux congolais dits « évolués », d'une part, et la coutume continuait de s'appliquer aux congolais dits « indigènes », d'autre part.

Puisque « la coutume » est elle-même plurielle, pour Antoine Sohier cela expliquerait pourquoi, semble-t-il, « *les noirs ont admis si aisément notre dualité de statuts et que la coutume se soit pliée à la différenciation de la société résultant de nos innovations, notamment du christianisme* »<sup>1463</sup>. Ainsi, dès l'ordonnance de l'administrateur général du 14 mai 1886, les différends opposant deux indigènes continuent d'être jugés conformément à la coutume locale; les tribunaux « européens », quant à eux, jugent selon cette coutume seulement en cas de silence de la loi<sup>1464</sup>.

---

<sup>1462</sup> A. SOHIER, *op. cit.*, supra note 1451, p. 13-14 : « *La population congolaise est donc formée d'éléments d'origines très diverses. Au cours des migrations, leurs droits, différents initialement, se sont encore modifiés pour résoudre les problèmes que posait chaque milieu, chaque voisinage, chaque mode de vie nouveau. Aussi les coutumes sont-elles très diverses. [...] Ainsi au point de vue politique on aperçoit les constitutions les plus variées, communisme, république, féodalité, monarchie. Au point de vue familial, on observe deux régimes opposés, le patrilinéal et le matrilinéal, ce dernier encore divisé en systèmes matrilocal et patrilocal* ».

<sup>1463</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1464</sup> *Ibid.*, p. 18-19.



Le régime colonial alla cependant plus loin. La Charte de 1908, du Congo belge, adopta cette pluralité du droit mais institua une procédure d'affranchissement pour tout indigène dite de l'« immatriculation »<sup>1465</sup>, laquelle était « *certifiée par une carte attestant l'assimilation par le Congolais des manières et du comportement des civilisés (européens)* »<sup>1466</sup>. Lukombe Nghenda précise :

Les textes antérieurs [au décret du 10 février 1953] opéraient une distinction entre deux ou trois catégories de natifs : 1<sup>o</sup> les congolais immatriculés jouissant pleinement de tous les droits du code civil et assimilés aux non-indigènes; 2<sup>o</sup> les congolais titulaires de la carte du mérite civique qui étaient supposés avoir atteint un certain degré de civilisation; 3<sup>o</sup> les congolais dits « indigènes » régis par le droit coutumier ou le droit traditionnel.<sup>1467</sup>

Puis, en 1953, le législateur colonial belge se ravisa en « accordant à tout natif [congolais], quel que soit son statut personnel, la capacité de jouir de tous les droits immobiliers organisés par la législation écrite et le place en même temps sur le même pied que le non-indigène »<sup>1468</sup>. Ce revirement s'expliqua par un désir du colonisateur de favoriser la propriété privée individuelle chez les nationaux, qui n'était jusqu'alors permise qu'aux européens et aux immatriculés<sup>1469</sup>.

On distinguait alors les agglomérations urbaines (villes européennes) et les agglomérations africaines (cités africaines), qui étaient séparées par des « zones tampons » (i.e. des parcs, des terrains vacants). Dans les unes, on pouvait occuper un

---

<sup>1465</sup> *Ibid.*, p. 20 : « [La Charte de 1908] a considéré que le droit devait être adapté aux diverses populations qu'il doit régir, à leur développement, à leurs croyances. Avec raison, car un tel système les protège mieux qu'une uniformité mécanique : on ne ferait pas régner l'égalité dans un hôpital en administrant à tous les malades le même remède ».

<sup>1466</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis, supra* note 1448, n<sup>o</sup> 698, p. 364, note 6.

<sup>1467</sup> L. NGHENDA, *op. cit., supra* note 1449, p. 44.

<sup>1468</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>1469</sup> Sur l'abrogation de cette notion et de ces distinctions entre les individus après l'ère coloniale, en raison de l'apparition du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, voir : L. NGHENDA, *op. cit., supra* note 1449, p. 63.

terrain et en devenir propriétaire en vertu du livre II du Code civil; dans les autres, centres extra coutumiers, les terrains lotis étaient attribués par l'administration. « Ces terrains faisaient partie du domaine privé de la Colonie ou appartenant aux pouvoirs concédants. Et de ce fait, il y avait juridiquement deux titulaires : la Colonie et/ou les pouvoirs concédants et l'indigène propriétaire. La propriété était constatée par un simple titre d'occupation »<sup>1470</sup>.

Par ces décrets des 10 février et 23 février 1953, aux termes desquels les pouvoirs coloniaux permettaient, à certaines conditions, à tous les congolais, sans distinction, de devenir propriétaires et de se voir attribuer des terres, on voulait changer la situation antérieure et, notamment, assurer l'avenir économique et social du Congo.

Curieusement, cependant, ces mesures ne se sont pas traduites par des résultats concrets. D'une part, l'application de cette législation dans les centres extra-coutumiers et dans les cités indigènes souffrit de l'absence de plan d'urbanisme, de cadastre, de mesurage des terres et de gestion des opérations foncières. D'autre part, et c'est là le détail le plus intéressant :

[...] alors que les problèmes techniques trouvaient au fur et à mesure leur solution, l'administration coloniale devait affronter un obstacle tout à fait inattendu, à savoir que les natifs que l'on s'imaginait avides d'acquérir la propriété du sol, ne montrèrent aucun empressement à introduire des demandes à cette fin. L'énorme effort matériel accompli allait dès lors aboutir à un résultat dérisoire. Ainsi, à la fin du mois de novembre 1956, 159 demandes régulières avaient été introduites, et 19 ventes de parcelles avaient été consenties.

Si l'on s'interroge aujourd'hui sur les causes de cette abstention, il semble que l'on doive retenir cette répugnance des natifs à acquérir des maisons construites par l'Office des Cités africaines selon le bon goût de ses administrants : alors que tout congolais et sur ce point les plaintes ont été nombreuses, préférait en général bâtir

---

<sup>1470</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis, op. cit., supra* note 1448, n° 698, p. 364.

lui-même et, le cas échéant, avec les moyens financiers qu'allait lui fournir le fonds d'avances. [...] <sup>1471</sup>

[Notre soulignement]

Par ailleurs, en ce qui a trait à l'application de ces décrets en milieu rural, le législateur colonial n'a pas récolté plus de succès dans sa démarche. D'une part, pour certaines demandes faites, on trouva la superficie visée trop grande; d'autre part, les populations locales voulaient tout simplement que l'on procède à l'enregistrement de leurs droits coutumiers ancestraux sur les terres. Aucune procédure à ce chapitre n'existait à l'époque pour accommoder une telle demande et il en est toujours de même aujourd'hui. De plus, la procédure de domanialisation des terres, qui suppose une enquête quant à la vacance des terres avant que l'on ne puisse les attribuer, n'était pas fonctionnelle et ne l'est toujours pas aujourd'hui <sup>1472</sup>.

Ainsi, bien qu'une évolution de la coutume orale vers le droit légiféré écrit ait été tentée, à diverses reprises depuis l'époque coloniale jusqu'à nos jours, force nous est de constater que la législation moderne confère toujours aux anciennes terres indigènes l'application du droit coutumier traditionnel <sup>1473</sup>. De plus, par le truchement de plusieurs textes législatifs, la coutume est toujours une source importante de droit en RDC. La Constitution de 2006 la reconnaît, ainsi que plusieurs textes de lois, actuels et anciens. L'État congolais vit toujours et encore une situation de pluralisme juridique, que l'on a

---

<sup>1471</sup> L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 45.

<sup>1472</sup> *Ibid.*, p. 46-47. Voir aussi, concernant la procédure de domanialisation et des terres et son histoire de l'État Indépendant du Congo à nos jours, G. KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil : Régime foncier et immobilier*, vol. 2, Limete-Kinshasa, Presses Universitaires du Zaïre, 1985, p. 15-52.

<sup>1473</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis*, *supra* note 1448, n<sup>os</sup> 707-718, p. 368-377.

également qualifié de « dualisme »<sup>1474</sup> juridique : elle commande la nécessité d'interpréter, d'enseigner et d'instrumentaliser « la coutume », car il faut « [...] *maîtriser ces notions de droit coutumier afin de les rendre intelligibles et compatibles aux prescriptions du droit écrit* »<sup>1475</sup>, « *enseigner sans reproduire, innover sans détruire* »<sup>1476</sup>; de même, « [...] *l'intervention des juristes dans l'appréhension du phénomène juridique africain, s'avère indispensable* »<sup>1477</sup>.

C'est ainsi que les professeurs de la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa ont présenté au gouvernement congolais, en 1999-2000, le nouveau programme d'enseignement comportant le droit coutumier congolais et africain comme nouvelles matières<sup>1478</sup>. Or, s'il faut en croire d'autres sources plus récentes, le droit coutumier ne faisait toujours pas l'objet d'un enseignement en 2003, et cela s'avère une lacune,

---

<sup>1474</sup> Pour une synthèse des mouvements de codification africains et de l'importance de la coutume en droit africain, voir : Vincent KANGULUMBA MBAMBI, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 315. Pour V. Kangulumba Mbambi, ce dualisme est un euphémisme et traduit davantage une superposition, sinon une subjugation, du droit occidental européen (écrit) sur le droit coutumier (oral). Or, les sociétés africaines sont encore régies à ce jour par la coutume. Ce qui explique que le droit écrit n'arrive pas à s'imposer en RDC parce que non légitimé par la société d'accueil. Codifier, oui, mais éviter les relents colonialistes, et tenir compte de la société d'accueil lors d'une telle codification.

<sup>1475</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis, supra* note 1448, n° 3, p. 22.

<sup>1476</sup> *Ibid.*, n° 625, p. 327, reprenant le mot de Jacques Vanderlinden. Voir aussi : Vincent KANGULUMBA MBAMBI, « Rapport final –XII. La loi foncière du 20 juillet 1973 après 30 ans d'existence : évaluation globale et propositions de réforme », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 17, p. 218-219.

<sup>1477</sup> L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 34.

<sup>1478</sup> *Ibid.*, p. 34.

soutient-on, car le juriste congolais doit être en mesure d'œuvrer dans tout le pays, tant à la ville qu'à la campagne, et de connaître le droit du lieu où il se trouve <sup>1479</sup>.

En somme, tel que nous en prévint Lukombe Nghenda lorsque nous l'avons rencontré, aucune réforme du droit, dans quelque domaine que ce soit mais particulièrement dans ceux de l'urbanisme, de l'habitat et du foncier ne connaîtra le succès si l'on ne tient pas compte de la coutume. Il faut que la législation s'en pénètre pour que les congolais s'approprient le droit, qui apporta, en ces matières et plus souvent qu'à son tour, l'« épée » plutôt que la paix.

On sent donc le désir d'une appropriation du droit par la coutume mais aussi d'une évolution salutaire de celle-ci. En effet, source d'unité, elle peut être considérée source d'immobilisme entravant le développement de la société congolaise, voire même source de conflits. Ce n'est pas sans lien avec cette problématique que l'on peut lire, au troisième alinéa du Préambule de la *Constitution de 2006*, la déclaration suivante :

Considérant que l'injustice avec ses corollaires, l'impunité, le népotisme, le régionalisme, le tribalisme, le clanisme et le clientélisme, par leur multiples vicissitudes, sont à l'origine de l'inversion générale des valeurs et de la ruine du pays;

« Régionalisme », « tribalisme », « clanisme » et « clientélisme » sont des termes qui réfèrent tous à la coutume et à ce pluralisme juridique qui la caractérise, au-delà de l'unité de certains principes comme la « solidarité africaine » et la pensée communautaire. Malheureusement, les particularismes qui en découlent participent, eux

---

<sup>1479</sup> Voir : Noël KILOMBA NGOZI MALA, « IX. Le règlement des conflits fonciers régis par la coutume en droit congolais », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La Loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2004, 183, p. 183, 194-195.

aussi, des déchirements congolais, et ce, depuis fort longtemps. C'est « *l'inversion générale des valeurs et la ruine du pays* », le miroir sombre de cette « solidarité africaine », pourrions-nous ajouter. Le belge Antoine Sohier évoqua la « barbarie » de certaines mœurs découlant de la coutume, que les colonisateurs avaient tôt fait de sanctionner, la plupart du temps par la force; c'est non sans nostalgie d'un Congo belge mieux organisé que l'actuelle RDC que Lukombe Nghenda nous confia que cela avait justement favorisé le développement du Congo belge et d'une société relativement pacifiée. Cependant, Lukombe Nghenda ne retournerait pas à cette violence coercitive, mais souhaite plutôt que l'appropriation du droit par l'enseignement de la coutume, son interprétation et son évolution aient cette fonction pacificatrice, organisatrice et rassembleuse pour ses compatriotes.

Voilà donc le contexte dont il faut tenir compte lorsque l'on appréhende l'étude du droit congolais. Ce dualisme et cette pluralité juridique reposent sur un dialogue entre le législateur et le peuple congolais, et c'est à travers ces méandres que la législation congolaise doit naviguer.

### 1.1.2 le droit légiféré écrit

Il convient de souligner que ce pluralisme juridique se traduit en RDC jusque dans l'organisation même de sa législation écrite. En effet, l'on n'y trouve pas de codification organisatrice à prétentions universelles du droit privé, à l'instar de l'œuvre d'harmonisation du droit français que fut le Code civil de 1804 en France pour tout ce pays. Vincent Kangulumba Mbambi résume ainsi la situation :

Notons que dans les droits belge et français, il existe un seul code civil (comprenant les personnes, les biens et les obligations). En droit congolais, les

différents livres du code civil ont été introduits de façon très différée et pour cause ? Lors de la fondation de l' [État Indépendant du Congo], le Roi s'est montré plus intéressé au droit foncier. Le premier texte qui a été pris concerne cette matière (D. 8 septembre 1886). Le code des obligations en 1888. Le code des personnes n'était pas appliqué aux indigènes car réservé aux seuls Belges (européens) et assimilés <sup>1480</sup>.

Les auteurs congolais réfèrent certes au « code civil » et utilisent cette expression pour parler des différentes matières qui relèvent habituellement d'un code civil. Mais ce code civil n'existe pas, à proprement parler, et il faudra se demander, en fin d'analyse, si un tel exercice de codification organisatrice pourrait faire partie des solutions à envisager pour harmoniser et unifier les coutumes et le droit écrit et, partant, harmoniser la société congolaise tant au point de vue social qu'économique, en plus de rendre le droit congolais accessible, qu'il soit d'origine coutumière ou écrite, et ce, à partir des valeurs congolaises mêmes <sup>1481</sup>.

Cela étant, la République Démocratique du Congo connaît la codification palliative. L'on procéda ainsi à diverses compilations de lois au cours de l'histoire du Congo, la dernière en date étant celle effectuée en 2003, connue sous le titre *Codes Larcier de la République démocratique du Congo* <sup>1482</sup>. Cette compilation de lois est décrite comme suit par son éditeur :

---

<sup>1480</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis, op. cit., supra* note 1448, n° 850, p. 448, note 24.

<sup>1481</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *loc. cit., supra* note 1474, en particulier à la p. 338 : « *Il importe, dans une entreprise de codification, de tenir compte de tous les paramètres du milieu : culture, langue et besoins sociaux. Codifier doit signifier une certaine cohérence systémique des normes d'un ordre juridique déterminé, et entre celles-ci et les réalités et les nécessités sociales. Cela permettrait d'éviter ainsi de faire « œuvre vaine et inutile ». Tel est et tel sera, probablement, le défi de la codification de demain pour l'Afrique* ».

<sup>1482</sup> Luhonge KABINDA NGOY *et al.*, dir., *Codes Larcier de la République démocratique du Congo*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2002-2003, publiés en six tomes comprenant huit volumes [les « **Codes Larcier** »]. Tous les textes de lois que nous citerons à partir de maintenant proviennent de cette source, pour la RDC, à l'exception des textes postérieurs à 2003, que nous avons obtenus de divers sites Web.

Plus de trente ans après la parution de la dernière mise à jour des « Codes Piron », Larcier édite, en collaboration avec Afrique Éditions, *LES CODES LARCIER de la République démocratique du Congo*.

Ils contiennent une sélection des principaux textes légaux en vigueur en République démocratique du Congo mis à jour au 1er janvier 2002. Ces codes sont le fruit d'un important travail de recherche, les textes étant issus de diverses sources.

Afin de faciliter la consultation des codes, la législation est classée selon les branches du droit : droit civil et judiciaire, droit pénal, droit commercial et économique, droit du travail et de la sécurité sociale, droit fiscal et droit public et administratif. Cette répartition des matières a été guidée par la logique juridique et permet au lecteur de trouver rapidement le texte recherché.

Les *CODES LARCIER de la République démocratique du Congo* se présentent en 6 tomes (8 volumes).

Un volume distinct contenant la table chronologique est publié. Celle-ci permet une recherche et une consultation encore plus aisées.<sup>1483</sup>

Il y avait donc plus de trente ans qu'une telle compilation n'avait pas été réalisée. Publiée sous la direction juridique d'un comité scientifique composé de juristes congolais, cette édition des Codes Larcier veut présenter un panorama le plus complet possible du droit congolais en vigueur en 2002 ou 2003, selon l'année d'édition du volume consulté. Il faut mentionner que cette compilation est un calque d'une compilation similaire des lois belges réalisée par le même éditeur pour la Belgique<sup>1484</sup>. Dans l'édition congolaise de cet ouvrage, l'on nous prévient en avant-propos que, en trente ans d'absence de « codification »,

[a]u regard de ce contexte particulier, il est possible que l'un ou l'autre texte n'ait pu être recensé, collecté ou correctement référencé au sein des Codes. Ainsi l'éditeur accueillera avec intérêt toute information permettant d'améliorer cette œuvre de codification.<sup>1485</sup>

<sup>1483</sup> Voir la page Web des Éditions Larcier consacrée à cette collection, en ligne : <http://editions.larcier.com/collections/codescongo/> (consulté le 28 mars 2009).

<sup>1484</sup> Voir la page Web des Éditions Larcier consacrée à cette collection de droit belge, en ligne : <http://editions.larcier.com/collections/codeslarcier/> (consulté le 28 mars 2009).

<sup>1485</sup> Voir : Luhonge KABINDA NGOY *et al.*, dir., *Codes Larcier de la République démocratique du Congo*, t. VI, v. 2, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2003, p. V. À noter que ce même commentaire figure en avant-propos de chaque volume de ces Codes Larcier.



La compilation se veut la plus exhaustive possible mais ne l'est pas nécessairement. Dans cet ordre d'idées, les notes liminaires à chacun des volumes, identiques, préviennent le lecteur de la période couverte par la recension : elle s'étend sur plus d'un siècle d'histoire du Congo, depuis l'État Indépendant du Congo (1885) jusqu'à 2002 ou 2003, comprenant le texte de la Constitution de Transition de 2003. Depuis, les Codes Larcier n'ont fait l'objet d'aucune mise à jour. La législation congolaise subséquente, parfois abondante, doit être obtenue par d'autres sources, mais ne fait l'objet d'aucune compilation ou diffusion systématique ou facilement accessible. Il s'avère donc difficile de connaître avec exactitude l'état du droit congolais sur une question précise.

Cette entreprise est d'autant plus périlleuse que les textes recensés par les Codes Larcier proviennent, ainsi que nous l'avons mentionné, de diverses périodes de l'histoire du Congo. Certains textes anciens, remontant à l'État Indépendant du Congo ou au Congo Belge, seraient toujours en vigueur. Des problèmes d'entendement et de compréhension en résultent : la terminologie utilisée fait référence à des institutions ou à des concepts aujourd'hui périmés en raison des nombreuses mutations politiques, administratives et juridiques de la société congolaise depuis lors. Ainsi, « [...] *certaines appellations ne trouvent pas de correspondance dans l'ordre juridique en vigueur. [...] Il revient au législateur de procéder à la mise à jour des textes en les adaptant à la réalité socio-juridique du moment* »<sup>1486</sup>.

---

<sup>1486</sup> *Ibid.*, p. VIII. À noter que ce même commentaire figure dans les notes liminaires de chaque volume de ces Codes Larcier.

À ces problèmes terminologiques s'ajoutent des problèmes de confusion et de contradiction des textes juridiques qui peuvent régir un même domaine. La cohérence intrinsèque de la législation congolaise ferait donc souvent défaut.

Enfin, pour compléter ce tableau, les textes recensés n'ont parfois fait l'objet d'aucune publication à un journal officiel gouvernemental, quand ils ne sont pas, en d'autres circonstances, carrément incomplets. L'éditeur retrace pour nous les différentes sources de publications officielles des lois congolaises à travers le temps, mais cette publication officielle s'est faite par intermittence et les textes ne sont pas systématiquement disponibles ou même conservés <sup>1487</sup>. Depuis 1997, les textes législatifs sont publiés dans le *Journal de la République démocratique du Congo* <sup>1488</sup>. Cependant, l'éditeur des Codes Larcier y ajoute le bémol suivant :

D'autre part, depuis quelques temps, pour des raisons d'ordre économique et conjoncturel particulières, le *Journal officiel* n'a pas pu paraître de manière régulière. L'éditeur a néanmoins rassemblé les textes légaux en vigueur en ce compris ceux qui n'ont pas connus une publication officielle. Sans vouloir préjuger de la valeur de ces textes, et surtout dans le souci de rendre possible toute vérification, il a décidé de les publier *in extenso*, tout en prenant soin d'en indiquer la source exacte. <sup>1489</sup>

C'est donc dire l'incomplétude et l'incertitude qui en résulte. Ainsi, le droit légiféré congolais écrit est-il difficile d'accès, mais en plus, il n'est pas complet, il se contredit et la terminologie n'est pas toujours adaptée à la situation actuelle. Au surplus, les Codes Larcier ne sont même pas rendus disponibles aux juges et la loi ne leur est pas transmise

---

<sup>1487</sup> *Ibid.*, p. VII-VIII (Notes liminaires). À noter que ce même commentaire figure dans les notes liminaires de chaque volume de ces Codes Larcier.

<sup>1488</sup> Voir également : *Constitution de 2006, supra* note 1438, art. 141, qui confirme de nouveau cette exigence.

<sup>1489</sup> Luhonge KABINDA NGOY *et al.*, *op. cit.*, *supra* note 1482, p. VII (Notes liminaires). À noter que ce même commentaire figure dans les notes liminaires de chaque volume de ces Codes Larcier.

au fur et à mesure de son adoption par le législateur <sup>1490</sup>. Les universitaires, les praticiens du droit et les membres de l'administration gouvernementale ne sont pas en reste, car ils vivent tous cette même situation.

En somme, le droit congolais, tant coutumier que légiféré, est pluriel, difficile d'accès et contradictoire. C'est dans ce contexte que la législation pertinente en matière d'urbanisme et d'habitat doit maintenant être abordée.

## 1.2 la législation pertinente en matière d'urbanisme et d'habitat, son interprétation et sa mise en œuvre

Nous étudierons dans un premier temps les lois relatives à l'urbanisme et à l'habitat [1.2.1], et dans un deuxième temps celles relatives au droit des biens, au régime foncier immobilier et au régime des sûretés [1.2.2]. Nous terminerons cette section en évoquant les difficultés liées à l'interprétation de ce droit et à sa mise en œuvre [1.2.3].

### 1.2.1 les lois relatives à l'urbanisme et à l'habitat

L'absence d'une politique cohérente en matière d'habitat et de résorption de l'habitat précaire et la désorganisation de l'appareil administratif font partie des causes principales de la crise aiguë du logement dans les villes congolaises. Cette absence de politique en matière d'habitation a eu pour conséquence d'étaler de façon démesurée la ville avec le développement rapide des quartiers spontanés qui vivent dans les conditions environnementales précaires <sup>1491</sup>. Les congolais construisent des habitations sans respecter les normes urbanistiques et sans avoir obtenu d'autorisation au préalable. Selon les personnes ressources rencontrées, sur cent maisons, seulement cinq ou six auront

---

<sup>1490</sup> A. LEDUC, *Étude du cadre légal et réglementaire*, supra note 1432 Annexe 2, p. 11 et suiv.

<sup>1491</sup> F.L. NZUZI, *Kinshasa – Ville et Environnement*, L'Harmattan, 2008, p. 244.

obtenu une autorisation de bâtir au préalable. Seules les grandes entreprises obtiennent les autorisations nécessaires.

La législation en la matière date d'avant l'indépendance de 1960 <sup>1492</sup>. Les problèmes de concordance que nous évoquions plus tôt n'en ressortent que davantage. La majorité des textes légaux applicables sont très anciens et ne reflètent pas la situation actuelle en RDC. Depuis leur adoption, l'urbanisation sans contrôle a énormément augmenté. Cette croissance anarchique, sur des sites non adaptés et sans conformité aux outils d'aménagement en matière d'urbanisme, a créé une expansion désordonnée qui a eu pour conséquence d'augmenter le déboisement, l'érosion du sol et les inondations. Selon la documentation consultée, il semble que très peu de plans d'urbanisme aient été réalisés et ceux qui l'ont été, datent d'il y a très longtemps <sup>1493</sup>.

Le lotissement « *est la répartition en lots ou en parcelles d'un espace foncier. C'est la division d'un terrain destiné à l'habitation en des parcelles qui seront par la suite numérotées et fixées dans une carte à échelle d'une cité, d'une ville, d'un territoire* » <sup>1494</sup>.

On pourrait ajouter qu'habituellement, ce lotissement se fait en fonction des plans d'aménagements du territoire. Le Décret sur l'urbanisme, le Décret du 20 juin 1969 et Ordonnance n° 98 du 13 mai 1963 portant mesurage et bornage des terres traitent de ces questions. D'après nos entretiens, cette procédure devrait relever du Ministère de

---

<sup>1492</sup> Voir le *Décret sur l'urbanisme au Congo Belge* daté du 20 juin 1957, qui réfère aux institutions coloniales de l'époque, qui n'ont plus d'équivalent aujourd'hui et l'organisation du pays n'est plus la même.

<sup>1493</sup> RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, MINISTÈRE DE L'URBANISME ET HABITAT, *Condensé du Plan d'action national pour l'habitat*, p. 4; RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, MINISTÈRE DE L'URBANISME ET HABITAT, *Programme d'investissement prioritaire P.I.P., Dossier : renforcement institutionnel*, Janvier 2009.

<sup>1494</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis op. cit.*, *supra* note 1448, n<sup>os</sup> 818-821, p. 428-429.

l'Urbanisme et Habitat. Cependant, ce ministère n'est habituellement pas en mesure de s'en acquitter, et c'est le Ministère des Affaires foncières qui prend le relais, sans plan de lotissement précis. C'est ce même Ministère des Affaires Foncières qui est responsable de l'établissement du cadastre foncier qui existe depuis l'État Indépendant du Congo, ayant une mission de sécurisation foncière. En principe, il procède au bornage et au mesurage des parcelles de terres, les situe sur le plan cadastral de l'ensemble des terres, tient à jour l'information cadastrale sur les fiches, registres et plans, afin d'avoir une situation nette de l'occupation effective du sol et une assiette de l'impôt foncier. En plus, il veille au maintien d'un registre foncier. En réalité, le cadastre foncier fonctionne mal, n'est pas informatisé et n'est pas doté des outils modernes pour l'accomplissement de ses fonctions. Il n'est pas complet ni à jour, et ses agents ne sont pas payés ni formés adéquatement.

Enfin, pour les services administratifs et techniques, dans chaque circonscription foncière, on retrouve deux divisions : les titres immobiliers et le cadastre. Le bureau du domaine gère les demandes de terres, de travaux ou de location. Le bureau d'enregistrement et notarial s'occupe de la complétion des contrats et de leur publication. Enfin, le bureau du contentieux est chargé de la gestion des litiges en matière foncière. C'est le conservateur des titres immobiliers qui gère l'ensemble de ces services <sup>1495</sup>, ce qui nous amène à traiter des lois relatives au droit des biens, au régime foncier et immobilier et au régime des sûretés.

---

<sup>1495</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 822-834, p. 430-437.

### 1.2.2 les lois relatives au droit des biens, au régime foncier et immobilier et au régime des sûretés

Les lois relatives au droit des biens, mais surtout au régime foncier et immobilier sont considérées parmi les plus importantes de la République démocratique du Congo. Il en serait ainsi depuis l'État Indépendant du Congo.

Plusieurs dispositions de la *Constitution de 2006* s'intéressent au droit des biens, au régime de propriété et à l'accès au logement. L'article 34 édicte :

La propriété privée est sacrée.

L'État garantit le droit à la propriété individuelle ou collective, acquis conformément à la loi ou à la coutume.

Il encourage et veille à la sécurité des investissements privés, nationaux et étrangers.

Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité octroyée dans les conditions fixées par la loi.

Nul ne peut être saisi en ses biens qu'en vertu d'une décision prise par une autorité judiciaire compétente.

[Notre soulignement]

Ainsi, la propriété « privée » est sacrée. Elle peut cependant tout autant être individuelle ou collective (ce qui semble contraire à l'idée privative), acquise en vertu de la loi ou de la coutume. On voit ici toute la dichotomie qui existe entre deux types de propriétés en principe fondamentalement opposés, ainsi qu'entre des sources de droits qui le sont *a priori* tout autant. De plus, le principe voulant qu'il n'y ait pas d'expropriation possible sans compensation est consacré, mais la constitution laisse le soin à la loi d'en établir les conditions.

Il existerait un éternel débat, en RDC, entre la conception individualiste et privative du droit de propriété, telle qu'entendue dans la tradition occidentale depuis le droit romain,

et la conception collectiviste coutumière. Auparavant, en vertu du droit coutumier, la terre est plutôt perçue comme n'appartenant à personne mais à tout le monde, elle est le lien organique qui relie les vivants et les morts, tout vient d'elle et retourne à elle, cette terre nourricière, et les gens qui en occupent certaines parties ne le font qu'à titre d'usufruitiers, conformément à la coutume et en payant les redevances coutumières au chef de coutume, gardien des terres, qui les attribuent. Les groupes, communautés claniques ou tribales, exercent la propriété collective ou tribale sur la terre, alors que des droits sociaux d'occupation ou de culture sont conférés à des familles ou individus sur une parcelle de terre par la communauté, à charge de l'occuper et de la faire fructifier <sup>1496</sup>. Dans cette veine, la terre n'est jamais *res nullius, terra nullia* (i.e. un bien sans maître, une terre vacante, libre) : les groupes se déplacent au gré des saisons et des besoins vitaux, mais cela demeure toujours la propriété des ancêtres, au pouvoir sacré <sup>1497</sup>.

De l'État Indépendant du Congo en passant par le Congo Belge jusqu'à 1973, l'opposition entre les deux types de propriété a pris plusieurs formes. Les deux régimes ont été établis par le législateur colonial, celui de propriété individuelle étant réservé aux européens et aux congolais dits « évolués », le régime collectif coutumier demeurant en vigueur pour le reste de la population congolaise <sup>1498</sup>, hormis l'élargissement de l'accession à la propriété foncière individuelle à tous les congolais sans distinction, promulguée par les décrets de 1953 et qui sont restés largement ignorés par la population destinataire.

---

<sup>1496</sup> A. SOHIER, *op. cit.*, *supra* note 1451, p. 65-74.

<sup>1497</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis*, *supra* note 1448, n° 582, p. 300. Cette idée de *terra nullia* aurait présidée au dépeçage de l'Afrique...

<sup>1498</sup> *Ibid.*, n° 851, p. 449.

Il y eut, en 1966, l'adoption par l'État indépendant de l'ordonnance-loi n° 66 du 7 juin 1966, appelée « loi Bakajika » du nom du député qui en a pris l'initiative. Cette loi opéra une révolution de l'ordre établi, car elle « *assura à la république Démocratique du Congo la plénitude de ses droits de propriété sur son domaine et la pleine souveraineté dans la concession des droits fonciers, forestiers et miniers sur toute l'étendue de son territoire* ». Conférant un droit de reprise à l'État congolais de tous les droits consentis en la matière avant que celui-ci ne les redistribue, la loi n'avait pas pour but de procéder à une réforme du droit des biens au Congo, soutient-on, mais plutôt « *la libération, la soustraction du pays aux influences étrangères* »<sup>1499</sup>. Geste concret, s'il en est un, suivant l'indépendance du pays et visant à donner au nouvel État la pleine maîtrise de son territoire et de ses ressources, à l'exclusion des puissances étrangères.

Mais le débat entourant la question de l'accès des congolais à la propriété individuelle n'est pas encore terminé<sup>1500</sup>. Il est plus que jamais d'actualité. Il s'agit de voir comment l'État congolais pourrait conjuguer les impératifs du développement économique et social dont le pays a si cruellement besoin, ce que la propriété privée individuelle encouragerait, tout en préservant les traditions communautaires africaines. Durant la période coloniale, la majorité des commentateurs étaient en faveur de l'élargissement de la propriété individuelle, et ce, pour plusieurs raisons : la propriété individuelle stimule le travail; elle constitue une barrière à l'arbitraire des chefs traditionnels; elle valorise les terres, en étant à la fois source du capital et du crédit. D'autres arguments favorables s'ajoutèrent, suite à

---

<sup>1499</sup> L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 26 [référence omise].

<sup>1500</sup> Pour une discussion approfondie des thèmes entourant ce débat, voir : L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 41-62.



l'indépendance de 1960. On soutint que le système foncier coutumier, clanique, n'est pas adapté à une économie moderne :

Souhaitée pour cause d'impératif du développement, l'individualisation foncière est considérée encore comme susceptible de permettre de lutter efficacement contre les chefs détenteurs de terres et surtout d'un pouvoir jugé archaïque au regard des nouveaux critères de la société qu'ils prétendent toujours régir selon une tradition plus souvent préjudiciable qu'utile. De plus, soutint-on, l'appropriation foncière individuelle est de nature à estomper les rivalités ethniques en donnant aux individus une possibilité de se différencier vis-à-vis du groupe. La propriété foncière collective aurait pour défaut notamment celui d'entretenir un sentiment d'exclusivité territoriale contraire à l'unité qu'elle fragmente dangereusement.

Pareils arguments étaient et sont pertinents et méritent de soulever une discussion qui soit que les juristes congolais, africains et africanistes sont comme conviés pour multiplier l'effort pour plutôt découvrir des solutions foncières équitables. [...]<sup>1501</sup>

Pour tenter de changer cet état de fait, le législateur congolais procéda à une réforme d'importance en 1973, dont le point d'origine est la promulgation de la *Loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo*<sup>1502</sup>.

Cette loi, dite « révolutionnaire », édicte à son article 53 que « [l]e sol est la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'État ». Le patrimoine foncier de l'État comprend un domaine public et un domaine privé<sup>1503</sup>; le domaine public est constitué

---

<sup>1501</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>1502</sup> *L. 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés* (J.O.Z., n° 3, 1<sup>er</sup> février 1974, p. 69), telle que modifiée par la loi du 18 juillet 1980 (J.O.Z., n° spécial, 1992, p. 21) [collectivement, la « *Loi foncière de 1973* »], telle que complétée par diverses ordonnances : Ordonnance 74-148 du 2 juillet 1974 portant mesures d'exécution de la Loi foncière de 1973 (J.O.Z., n° 15, 1<sup>er</sup> août 1974, p. 611); Ordonnance 86-115 du 10 avril 1986 modifiant le règlement annexé à l'ordonnance 79-111 du 9 mai 1979 modifiant celle n° 74-148 du 2 juillet 1974 portant mesures d'exécutions de la Loi foncière de 1973 (J.O.Z., n° spécial, 1992, p. 241), publiés dans Luhonge KABINDA NGOY *et al.*, dir., *Codes Larcier de la République démocratique du Congo*, t. I, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2003, p. 95-148, sous le titre général « Droit des biens ».

<sup>1503</sup> *Loi foncière de 1973*, *supra* note 1502, art. 54.

des terres affectées à un usage ou à un service public, incessibles si non désaffectées <sup>1504</sup>, et toutes les autres terres sont du domaine privé de l'État <sup>1505</sup>. Les terres du domaine privé peuvent faire l'objet de concessions, qui confèrent des droits d'occupation, voire d'exploitation, perpétuels ou limités dans le temps, selon la nature de la concession <sup>1506</sup>. On distingue donc la propriété du fonds, imprescriptible et inaliénable, détenu par l'État pour le bénéfice de tous les congolais, les droits de concessions octroyés par l'État sur le fonds et, enfin, les droits sur les immeubles, ouvrages ou plantations installés sur le fonds qui, eux, peuvent faire l'objet d'une propriété privative. Ce qui explique la distinction faite entre le régime foncier et le régime immobilier. Les droits de concessions, fonciers ou immobiliers, sont assujettis à l'obligation d'inscription au cadastre foncier et doivent faire l'objet d'un certificat d'enregistrement. De plus, les concessionnaires doivent assurer la mise en valeur du bien ainsi concédé, au risque de se le voir reprendre s'ils n'exécutent pas cette obligation <sup>1507</sup>.

La grande révolution de ce système réside dans le fait que l'État congolais est le seul propriétaire du sol et du sous-sol, pour le bénéfice de tous les congolais. Certains l'ont personnifié à titre de légataire ou de fiduciaire de cette propriété collective des ancêtres <sup>1508</sup>. D'autres, cependant, n'y voient qu'un changement de titulaire du pouvoir d'administrer et de concéder les terres, la propriété individuelle existant au demeurant *de*

---

<sup>1504</sup> *Ibid.*, art. 55.

<sup>1505</sup> *Ibid.*, art. 56.

<sup>1506</sup> *Ibid.*, art. 57-59, 97, 99, 100, pour les concessions perpétuelles.

<sup>1507</sup> *Ibid.*, art. 94.

<sup>1508</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *loc. cit.*, *supra* note 1474, p. 334.

*facto* pour les personnes jouissant de concessions perpétuelles <sup>1509</sup>. Alors qu'autrefois, c'était le législateur colonial qui s'était attribué la fonction, l'État révolutionnaire se substitue à sa place et conserve quasi intacte l'ancienne législation. On pourrait ajouter que ce système étatique ressemble étrangement au système de droit coutumier, où le pouvoir coutumier est dépositaire du droit collectif sur la terre des ancêtres, avec faculté d'attribuer des droits de jouissance et d'occupation aux personnes qui sont membres de son groupe, moyennant rétribution et mise en valeur des parcelles de terres.

De ce rapprochement et des similitudes qui en découlent, l'on serait tenté de conclure que l'enjeu principal, en RDC, demeure finalement l'exercice de pouvoirs étatiques et coutumiers concurrents pour l'attribution et la gestion des terres, conflit auquel il faudra bien trouver une solution pour le bénéfice de l'ensemble de la population <sup>1510</sup>. À cet égard, il faut mentionner que la *Loi foncière de 1973* prévoit, en son article 387, que les terres occupées par les communautés locales deviennent, à partir de l'entrée en vigueur de cette loi, des terres domaniales. De plus, les articles 388 et 389 de ladite loi complètent en ajoutant :

**Art. 388.** – Les terres occupées par les communautés locales sont celles que ces communautés habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque – individuelle ou collective – conformément aux coutumes et aux usages locaux.

---

<sup>1509</sup> L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 72 : « Il a donc été observé que c'est d'une manière implicite que le législateur du nouvel État, après le législateur colonial, s'était mis à dessiner le développement de la propriété individuelle même en milieu rural, et que l'on avait pu noter une faveur croissante à son égard dans les villes [...]. À son tour, la [Loi foncière de 1973] procède autant à cette même substitution, puisque si le texte dit que toutes les terres sont propriété inaliénable de l'État, la propriété que les particuliers congolais, citadins et ruraux, acquièrent suite à l'obtention des certificats d'enregistrement, sur leurs constructions c'est-à-dire sur les immeubles par incorporation, est celle individuelle du type romain que l'article 14 de la nouvelle loi a repris de l'article 14 de l'ancien livre II du code civil, ce dernier lui-même, l'ayant reprise du code civil Napoléon ».

<sup>1510</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis*, *supra* note 1448, n° 594, p. 306.

**Art. 389.** – Les droits de jouissance régulièrement acquis sur ces terres seront réglés par une ordonnance du président de la République.

Les terres des communautés locales sont donc les terres des personnes régies par la coutume. Selon certains, cela représenterait 97 % du territoire congolais et les deux tiers de la population congolaise <sup>1511</sup>...Cependant, le législateur devait préciser l'étendue de ces droits coutumiers au moyen d'une ordonnance présidentielle, qui n'est jamais venue, laissant en plan une portion énorme du territoire et de son développement <sup>1512</sup>.

Il s'agit peut-être, au fond, d'un faux débat. La question qu'il faudra résoudre est celle du partage de compétence entre les diverses formes d'autorité.

Nous n'allons pas analyser dans le menu détail le fonctionnement de la *Loi foncière de 1973*. Cependant, nous mentionnerons qu'un congolais peut faire une demande à l'État pour acquérir une parcelle de terrain et la mettre en valeur. Une fois ses obligations respectées, l'État peut lui conférer une concession, perpétuelle ou ordinaire. Un contrat sera établi à cette fin et un certificat d'enregistrement sera émis <sup>1513</sup>.

Le certificat d'enregistrement est la pierre angulaire de la publicité des droits fonciers ou immobiliers. Ainsi, l'article 219 de la *Loi foncière de 1973* édicte :

**Art. 219** – Le droit de jouissance d'un fonds n'est légalement établi que par un certificat d'enregistrement du titre concédé par l'État.

---

<sup>1511</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *loc. cit.*, *supra* note 1448, p. 25.

<sup>1512</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis, supra* note 1448, p. 327, 375-377, n° 626 (note 27), 715-718. On ne sait pas, à ce chapitre, quel est le régime juridique qui s'applique à ces terres domaniales. La coutume ? Oui, s'il faut en croire une décision de la Cour suprême de Justice; non, s'il faut en croire une autre décision, statuant que toute règle coutumière régissant les parcelles de terres a été abolie...

<sup>1513</sup> *Ibid.*, n°s 689-693, p. 360-362, 385-386, (concessions perpétuelles), 736-737 (concessions ordinaires).

La propriété privée des immeubles par incorporation, qui est toujours envisagée séparément du sol, n'est légalement établie que par l'inscription, sur le certificat établissant la concession du fonds, desdits immeubles. Elle peut être établie par un certificat d'enregistrement distinct dont il est fait annotation sur le certificat établissant la concession.

L'article 227 de la même loi précise que

le certificat d'enregistrement fait pleine foi de la concession, des charges réelles et, éventuellement, des droits de propriété qui y sont constatés. Ces droits sont inattaquables et les actions dirigés contre eux ne peuvent être qu'en dommages-intérêts. Toutefois, les causes de résolution ou de nullité du contrat ou de l'acte, l'erreur de l'ordonnance d'investiture donnent dans les deux années depuis la mutation, ouverture à une action en rétrocession, avec dommages-intérêts s'il y a lieu.

Le certificat d'enregistrement fait non seulement preuve des droits qui sont concédés mais en établit le titre. Ce certificat devient inattaquable au bout de deux ans. Or, il en résulte plusieurs problèmes. D'une part, la majorité des concessions ou des immeubles ne fait pas l'objet d'un tel certificat. D'autre part, plusieurs faux sont en circulation sur le marché et les conservateurs de titres immobiliers y seraient pour quelque chose. Enfin, les tribunaux s'en remettent plus souvent aux dispositions du droit pénal pour faire annuler, après l'expiration de la période d'inattaquabilité de deux ans, un certificat transféré en fraude des droits du détenteur original<sup>1514</sup>. On a suggéré que ce délai de deux ans puisse être allongé et faire l'objet d'une modification législative en ce sens.

Ce système, qui s'inspire du *Torrens Act*, vise à créer un régime de propriété et de titres qui soit certain, un tel système étant habituellement garanti par l'État. Comme on peut le constater, cette sécurité n'est pas atteinte. De plus, deux dispositions peuvent prêter à l'équivoque à ce chapitre. En vertu de l'article 65 de la *Loi foncière de 1973*, il est dit

---

<sup>1514</sup> Voir, de manière générale sur ces questions : Défi FATAKI WA LUHINDI, « V. Le sort du certificat d'enregistrement établi sur une base de faux en droit congolais », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 87-115.

que « [l]es terrains sont concédés sous réserve des droits des tiers et sans garantie quant à leur qualité propre ou à la valeur industrielle, agricole, commerciale ou résidentielle ».

S'agissant d'un terrain inculte, on s'étonne de cette disposition; dans le cas d'un terrain non inculte faisant déjà l'objet d'un certificat d'enregistrement, elle n'est pas cohérente avec la finalité du régime.

Par ailleurs, l'article 273 de la *Loi foncière de 1973* édicte que l'État est responsable des erreurs du conservateur des titres. Cette responsabilité est limitée à la valeur de la concession majorée d'un cinquième. On a soutenu que le conservateur devrait, afin d'éviter les fraudes, se voir attribuer la responsabilité des faux en circulation ou des erreurs commises dans l'établissement d'un certificat <sup>1515</sup>.

Ajoutons à cela les frais associés à l'enregistrement d'un tel certificat, qui représentent, dans l'état actuel des choses au Congo, de 20 à 30 % de la valeur du fonds, de quoi décourager quiconque de recourir à ce procédé ou, encore, de faire de fausses déclarations quant à la valeur réelle du fonds <sup>1516</sup>.

D'autre part, le titulaire d'une concession aux termes d'un certificat d'enregistrement peut les transférer selon un processus nommé « mutation ». Un tel transfert peut faire suite à un contrat d'aliénation, une donation, résulter d'un jugement ou d'un décès <sup>1517</sup>.

Ces mutations font bien sûr l'objet de frais importants, ainsi que nous venons de le voir. La mutation proprement dite « est l'acte par lequel le conservateur des titres immobiliers constate le transfert des droits réels inscrits dans le certificat d'enregistrement d'une

---

<sup>1515</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis*, supra note 1448, n<sup>os</sup> 957-958, p. 521-522.

<sup>1516</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 890-892, p. 475-477.

<sup>1517</sup> *Loi foncière de 1973*, supra note 1502, art. 231-238.

*personne à une autre* »<sup>1518</sup>. Le transfert de droits entre vifs doit faire l'objet d'un acte authentique, sous forme notariée. Dans le cas d'un jugement qui ordonne une mutation, c'est le jugement qui servira de titre pour la mutation. En cas de décès, il faut l'obtention d'un jugement également, mais les procédures pour ce faire sont complexes et incertaines, la loi foncière entrant en conflit avec le Code de la famille à cet égard. La procédure consiste en la remise du certificat d'enregistrement au conservateur, qui le timbre d'annulation, avant d'en émettre un nouveau. Bien sûr, cette procédure présente les mêmes incertitudes que nous avons décrites plus haut pour le certificat d'enregistrement, car cette procédure est peu respectée, quand elle n'est carrément pas faussée<sup>1519</sup>. À ces incertitudes s'ajoutent les procédures de conversion des anciens titres fonciers, datant d'avant la *Loi foncière de 1973*.

Les dispositions de droit transitoire posent également leur lot de difficultés. Il en est ainsi pour les anciennes terres indigènes, régies par le droit coutumier, et pour les titres d'occupation des circonscriptions urbaines régies par le « livret de logeur » ou un titre administratif d'occupation.

En ce qui a trait aux terres indigènes, nous avons vu plus tôt qu'elles ne font pas l'objet de réglementation précise aux termes de la *Loi foncière de 1973*.

En ce qui concerne les droits d'occupation dans les circonscriptions urbaines, l'article 390 de la *Loi foncière de 1973* précise qu'ils sont supprimés par cette loi, qui confère néanmoins à leurs titulaires une concession perpétuelle. Or, ces titulaires de droit

---

<sup>1518</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis, supra* note 1448, n° 899, p. 483.

<sup>1519</sup> *Ibid.*, n° 898-923, p. 483-501.

d'occupation sont tenus de remettre leurs livrets de logeurs au conservateur foncier afin de le convertir en certificat d'enregistrement. Cette procédure n'est pas suivie, dans la grande majorité des cas. Plusieurs litiges en résultent. Certains ont trait à des chicanes entre des occupants titulaires de livrets de logeurs, dont le conservateur émet pourtant à d'autres un certificat d'enregistrement sur le même bien. Dans d'autres cas, le conservateur peut continuer d'émettre des titres d'occupation en vertu du livret du logeur, quand ce n'est pas le ministère de l'urbanisme même <sup>1520</sup>. Lukombe Nghenda indique alors qu'il est très difficile de faire passer de la mentalité coutumière, qui ne nécessite pas d'enregistrement, à ces nouvelles formalités <sup>1521</sup>.

À ces régimes de droits fonciers et de droits immobiliers s'en ajoute un de sûretés, que nous allons brièvement commenter.

Les auteurs congolais dont nous avons eu le bénéfice de lire les ouvrages ne traitent pas du régime des sûretés, qui est pourtant édicté aux termes de la *Loi foncière de 1973*. Et pour cause : peu importe la qualité du régime en question, les difficultés découlant du régime de droit des biens sont si importantes et nombreuses que le droit des sûretés devient, dans ce contexte, des plus académiques. C'est d'ailleurs ce que nous ont confirmé les banquiers congolais que nous avons rencontrés. Inutile de penser aux sûretés mobilières ou même personnelles.

Cela étant, il importe de dégager les grandes lignes du régime de sûretés actuellement en place en RDC, car dans l'éventualité où les autres dispositions de la *Loi foncière de 1973*

---

<sup>1520</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 623, 695-718, p. 324-325, 362-377.

<sup>1521</sup> L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 54.



trouvaient une façon d'être adoptées par la population congolaise et effectivement appliquées, le régime des sûretés sera leur pilier de l'accès au crédit à des coûts abordables. Aux termes de la *Loi foncière de 1973* est établi un régime de sûretés légales bicéphale, oscillant entre les privilèges et les hypothèques légales <sup>1522</sup>, conforme à ce que l'on retrouve dans nombre d'autres juridictions civilistes. Pour les sûretés conventionnelles, un régime d'hypothèques conventionnelles est prévu aux articles 256 à 296 de la *Loi foncière de 1973*. Ces hypothèques conventionnelles, qui portent sur des immeubles, sont assujetties aux conditions de forme, de validité et de publicité usuelles. En matière mobilière, pas de sûretés sans dépossession, mais présence du gage traditionnel, qui s'opère par la remise matérielle du bien au créancier <sup>1523</sup>. Des dispositions régissent la convention de cautionnement <sup>1524</sup>, et d'autres lois régissent des sûretés particulières <sup>1525</sup>. On peut donc dire, de cet examen très sommaire, qu'il existe un régime de sûretés en droit congolais, calqué essentiellement sur le droit civil français ou belge. Pour l'instant, cependant, ce régime ne fonctionne pas, en raison de l'état général du droit et de ses institutions au Congo, inapte à le mettre en application, ce qui nous amène à discuter des difficultés entourant l'interprétation et la mise en œuvre de la législation en matière d'urbanisme et d'habitat en RDC.

### 1.2.3 l'interprétation et la mise en œuvre de ce droit

Ainsi que nous l'avons illustré tout au long de ce texte, il existe une doctrine congolaise en matière de droit foncier et de droit des biens. Il existe également une doctrine de

---

<sup>1522</sup> *Loi foncière de 1973*, *supra* note 1502, art. 249 et 253-255.

<sup>1523</sup> *Ibid.*, art. 322-336.

<sup>1524</sup> *Ibid.*, art. 337-367.

<sup>1525</sup> *Ibid.*, art. 368.

l'époque coloniale qui a tenté de cerner le droit coutumier. En matière d'urbanisme, elle se fait plus rare, le domaine foncier occupant l'avant-scène. Cette doctrine, bien vivante malgré les énormes difficultés qu'elle doit surmonter, ne trouve pas son public. En effet, les publications des auteurs congolais sont davantage disponibles en Europe ou en Amérique qu'elles ne le sont en RDC même. Il faut souligner la tenue d'un colloque en 2003 tenu à Kinshasa à l'occasion du trentième anniversaire de la promulgation de la *Loi foncière de 1973*, qui fait le bilan et l'évaluation critique de cette législation<sup>1526</sup>. Cet ouvrage, réunissant plusieurs experts congolais (des juristes, des professeurs, des fonctionnaires, des anthropologues), se montre très critique à l'égard de cette loi et de sa mise en œuvre. Plusieurs constats sont posés et des pistes de solutions sont envisagées. Nous avons voulu en rendre compte tout au long de ce texte.

En ce qui a trait à la jurisprudence, il ne nous fut pas possible d'y avoir accès. Les jugements ne sont pas publiés et, lorsqu'ils le sont, c'est dans des revues spécialisées qui rencontrent les mêmes problèmes de diffusion que la doctrine. Le regard porté par la doctrine sur cette jurisprudence est néanmoins très critique. L'absence de cohérence dans le corpus jurisprudentiel congolais est dénoncée, ainsi que, dans certains cas, le manque de compétence ou de connaissance juridique des magistrats dans l'application de la loi<sup>1527</sup>.

---

<sup>1526</sup> Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004.

<sup>1527</sup> *Ibid.*, p. 57-158.

Les juges, qui ont l'obligation de faire lecture de leurs décisions lorsqu'ils les rendent aux parties à un litige, sont souvent victimes de violences de toutes sortes lorsque la décision apparaît inique aux parties, quand elle ne leur semble pas contraire à la coutume.

Les juges n'ont pas de moyens pour effectuer leur travail ni pour assurer leur indépendance. Ils sont donc corrompus et rendent leurs décisions en faveur des plus offrants.

Enfin, il a été suggéré que certaines approches émanant du droit coutumier puissent servir pour résoudre les conflits fonciers qui, rappelons-le, représentent plus de 80 % de l'ensemble des causes pendantes devant les tribunaux congolais. L'une de ces approches, dite « palabre », est davantage axée sur la conciliation et la réconciliation <sup>1528</sup>.

Cependant, l'inefficacité du droit, ou plutôt, du système judiciaire, est notoire et fut identifiée, par tous les gens que nous avons rencontrés, comme étant le plus grave problème de la société congolaise.

Nous l'avons dit, la coutume continue à ce jour de s'appliquer, sans ligne directrice ou vue d'ensemble, à la quasi-totalité du territoire congolais et à une majorité de citoyens. L'ordonnance présidentielle, qui aurait permis de mettre un peu d'ordre dans cette question, n'est jamais venue. Ce qui fait dire à un auteur :

Il est symptomatique de constater que la coutume, à travers les autorités coutumières, joue un rôle de premier plan dans la gestion du patrimoine foncier.

---

<sup>1528</sup> Bruno LAPIKA DIMONFU et KIYULU N., « VII. Les enjeux fonciers et les conflits en République Démocratique du Congo », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 161-169.

En effet, dans beaucoup de contrées, c'est au chef coutumier qu'il faut s'adresser; c'est à lui qu'il faut payer la redevance [...].

Quand on sait que les villes n'occupent qu'une partie congrue du territoire national, l'on comprend l'ampleur du phénomène. Même dans la ville de Kinshasa, c'est le chef coutumier Humbu ou Teke qui trône et distribue les lopins de terre à ses conditions.

Et cela, avec l'assistance passive, complaisante, de l'administration.

[...]

En effet, une grande partie des terres du pays se trouve donc sans règles d'attribution et de gestion, laissant aux chefs coutumiers une grande latitude de manœuvre; et ils n'y vont pas de main morte. Ils cèdent les terres, les retirent, les bradent au premier venu.

[...]

L'on peut se poser la question de savoir pourquoi, alors qu'elle est à peu de choses près la même que les textes législatifs et réglementaires de la période coloniale, la loi foncière ne donne pas de résultats positifs à l'instar de ces derniers ? Pourtant ces textes avaient permis au pouvoir colonial de créer des villes, des centres urbains en respectant des règles d'urbanisme, d'hygiène et de l'environnement.

L'exploitation des terres rurales par les concessionnaires agricoles et pastoraux, a fait du Congo belge l'exportateur de beaucoup de produits agricoles : huile de palme, quinquina, pyrèthre, café, cacao, thé, copal.

Il y a donc lieu de corriger ce qu'il y a à corriger, et à compléter ce qui doit l'être.<sup>1529</sup>

À cet égard, nous l'avons déjà évoqué, l'un des principaux défis de l'État congolais consistera à trouver une solution à la question du pouvoir coutumier. Il est intéressant de relever ce que la *Constitution de 2006* prévoit en cette matière. Dans son Titre III sur l'organisation et l'exercice du pouvoir, lorsqu'elle traite de l'administration publique provinciale, la *Constitution de 2006* répartie les compétences entre le pouvoir central et les Provinces. Ainsi, les droits civils et coutumiers sont de la compétence concurrente de l'administration centrale et des provinces<sup>1530</sup>; l'exécution du droit coutumier est de la

---

<sup>1529</sup> Nyamugabo MPOVA, « I. Réflexion critique sur la gestion de la loi foncière », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 31, p. 32, 33 et 34.

<sup>1530</sup> *Constitution de 2006*, *supra* note 1438, art. 203 (2).

compétence exclusive des provinces <sup>1531</sup>; enfin, aux termes de la troisième section au chapitre 2 portant sur les provinces, l'autorité coutumière est reconnue <sup>1532</sup>. La portée de ce pouvoir ou de cette autorité est loin d'être claire. Le pouvoir coutumier est-il sur un pied d'égalité avec les gouvernements central et provinciaux ? S'agit-il d'un troisième ordre de gouvernement ? Est-il subordonné aux deux autres pouvoirs étatiques ? Il vaut la peine de reproduire cette disposition :

*Article 207*

L'autorité coutumière est reconnue.

Elle est dévolue conformément à la coutume locale, pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à la Constitution, à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Tout chef coutumier désireux d'exercer un mandat public électif doit se soumettre à l'élection, sauf application des dispositions de l'article 197 alinéa 3 de la présente Constitution.

L'autorité coutumière a le devoir de promouvoir l'unité et la cohésion nationales.

Une loi fixe le statut des chefs coutumiers.

[Notre soulignement]

Cette loi, qui fixerait le statut des chefs coutumiers, n'est pas adoptée. On voit toutefois le désir du Constituant d'encadrer ce pouvoir et de l'intégrer au sein de l'État. Est-ce une tâche possible ? C'est, en tout cas, un énorme défi, qui pose au final toute la question de la société africaine et de son rapport à l'État. Lukombe Nghenda s'exprime de manière très pertinente à ce sujet :

En effet, le monde juridique ne se bâtit pas de la même façon dans une société traditionnelle et dans une société moderne. L'univers juridique d'une société moderne est bâti à la fois par l'État et par les individus : le premier crée, dans ses assemblées législatives et dans les tribunaux, ce qu'on a coutume d'appeler le droit objectif; les individus sont, par leur activité ou leurs situations, à l'origine de ce que l'on appelle les droits subjectifs. Selon que la part de l'État ou de

---

<sup>1531</sup> *Ibid.*, art. 204 (28).

<sup>1532</sup> *Ibid.*, art. 207.

l'initiative individuelle l'emporte, la société moderne est plutôt de type étatique ou plutôt de type contractuel; mais il s'agit de nuances et les deux parts coexistent toujours.

Rien de semblable dans les sociétés traditionnelles : elles ne sont ni étatiques, ni contractuelles. Elles ignorent l'État moderne créateur d'un univers juridique. Elles ignorent souvent le rôle des individus dans la création des droits, leur reconnaissent à peine ce que nous appellerions aujourd'hui la participation intense à la vie juridique, et ne leur laissent guère la possibilité d'innover.

Ne pouvant être remises en question au niveau de l'ensemble de la société ni au niveau des individus, les règles traditionnelles sont ainsi particulièrement contraignantes. L'homme n'en est pas maître, elles s'imposent à lui.

Les juristes doivent penser leur droit traditionnel, de manière d'abord à le dégager d'une série d'autres considérations notamment celles mythiques et religieuses d'une part, et d'autre part, pour lutter contre son caractère oral en le faisant codifier et recevoir dans des documents écrits.<sup>1533</sup>

[Notre soulignement]

Cette question de la place du pouvoir coutumier et de la codification du droit coutumier prend une importance pressante dans une société traditionnelle comme le Congo, où s'affrontent encore de nos jours plusieurs clans, tribus, dans des luttes fratricides qui tournent, plus souvent qu'autrement, autour de la gestion de la terre<sup>1534</sup>.

Enfin, dans cette foulée et concernant la difficile mise en œuvre de la législation en matière d'urbanisme et d'habitat, terminons notre propos en soulignant que d'autres difficultés découlent d'un chevauchement dans l'attribution des responsabilités entre les organes gouvernementaux. Des problèmes relatifs existent aussi relativement à la

<sup>1533</sup> L. NGHENDA, *op. cit.*, *supra* note 1449, p. 89.

<sup>1534</sup> Bruno LAPIKA DIMONFU et KIYULU N., « VII. Les enjeux fonciers et les conflits en République Démocratique du Congo », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 161-169; Laingulia NJEWA et Vincent KANGULUMBA MBAMBI, « VIII. Conflits des pouvoirs coutumiers et des terres coutumières en Territoire de Lubero (Nord-Kivu) : Pistes de résolution pacifique et durable », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 171-181; Noël KILOMBA NGOZI MALA, *loc. cit.*, *supra* note 1479, 183-195.

compétence et à la formation des divers intervenants chargés de la mise en œuvre de cette législation, sans parler de l'insuffisance des ressources humaines, techniques et financières. Ce qui a fait dire à Vincent Kangulumba Mbambi que

[...] les pouvoirs publics congolais aiment à créer des institutions ou à leur conférer des compétences sans qu'aucun texte n'en organise les modalités de fonctionnement. [...]

Il est à déplorer l'existence d'énormes conflits des compétences entre les différentes administratives en matière d'urbanisme, d'affectations et de désaffectations des terres et de lotissements, etc. En l'absence donc des textes clairs, sûrs et transparents, les autorités administratives se comportent comme des prédateurs pour brader la réglementation en vigueur au détriment des populations et des nécessités de vie urbaine.<sup>1535</sup>

Nous pouvons maintenant poser le problème de la réforme de l'urbanisme et de l'habitat en RDC dans toute son ampleur et brièvement exposer les diverses pistes de solutions qui sont envisagées.

## 2. Position du problème et pistes de solutions

La République Démocratique du Congo est un pays dévasté, qui se remet à peine de plusieurs années de luttes fratricides et de guerres civiles. Forte d'un nouveau gouvernement élu en 2006 pour la première fois de son histoire, ce nouveau gouvernement entreprend de vastes réformes afin de reconstruire le pays. Un effort est fait pour y instaurer un véritable État de droit, mais la route pour y arriver est encore longue. En dépit d'une nouvelle Constitution qui y consacre la séparation des pouvoirs et qui consacre également des droits humains fondamentaux, l'administration de la justice se trouve dans un piètre état, de même que la qualité de l'enseignement du droit. Le cadre légal, judiciaire et administratif ne peut qu'en souffrir. Une opposition existe entre le droit légiféré et le droit coutumier. En matière d'urbanisme, d'habitat et dans le

---

<sup>1535</sup> V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis, supra* note 1448, n<sup>os</sup> 631 et 816, p. 329 et 427.

domaine foncier, cette distinction est cruciale. En effet, on constate depuis l'État Indépendant du Congo, en 1885 jusqu'à nos jours, une opposition marquée des pouvoirs coutumiers à toute tentative de les réglementer, ce qui expliquerait en partie la non-application de la législation et les nombreux conflits qui en résultent. Au surplus, l'administration et la gestion de l'aménagement du territoire ainsi que du domaine privé de l'État se fait de façon anarchique, puisque les responsabilités sont confiées pour les mêmes tâches à de nombreux et divers organismes.

Il y aurait donc lieu de revoir ce cadre législatif, de voir comment il est possible d'y intégrer la coutume afin de faire en sorte que le régime juridique congolais suscite l'adhésion d'une majorité de ses citoyens.

Une réforme institutionnelle passe par la révision des compétences propres à chaque ministère, afin d'éviter les dédoublements. De même, la prise en charge de l'exécution de la réforme de l'urbanisme et de l'habitat pourra éventuellement être confiée à certains organismes parapublics. Mais il faudra d'abord s'attarder à la réforme législative, qui pourra être de grande ou de plus petite envergure. Une réforme d'ensemble supposerait entre autres la rédaction d'un nouveau *Code civil des Congolais*, entreprise unificatrice et organisatrice d'une société, favorisant l'accès au droit. Cependant, on pourrait initialement envisager des mesures plus ponctuelles, « à la carte », concernant la *Loi foncière de 1973*, l'adoption d'un Code de l'urbanisme, du bâtiment, de la construction et de l'habitat. En amont et en aval de ces recommandations, c'est à travers la réforme du judiciaire que tout pourra se réaliser. D'abord, par l'enseignement du droit et la création d'un *Centre de recherches universitaire* en matière d'urbanisme et d'habitat, qui chapeautera tous les acteurs et éléments de la réforme proposée, et verra à la refonte et



mise à jour des lois, à leur publication ainsi qu'à celle de la jurisprudence, à la formation et à la coordination de tous les intervenants visant la mise en œuvre de la réforme. Cette centralisation des efforts nous apparaît essentielle afin de bien pouvoir mettre en marche les projets envisagés. Ce n'est seulement qu'après, une fois les paramètres établis, qu'une plus grande décentralisation pourra être considérée. La réforme de l'urbanisme et de l'habitat devra d'abord passer par des projets pilotes plus modestes, dans des communes déjà existantes de Kinshasa. Sur la foi de la réalisation probante de ces projets pilotes de plus modeste envergure, la crédibilité nécessaire à la mise en œuvre d'une réforme globale, à l'échelle du pays, sera retrouvée, et l'on pourra alors envisager son essor à ce niveau national.

\* \* \*

L'harmonisation du droit commercial qui s'observe à l'échelle planétaire parviendra-t-elle, dans son sillage, à instaurer démocratie, État de droit, règle de droit et libertés individuelles à cette même échelle ? Cette tendance à l'unification croissante des normes, qui se voit non seulement dans les démocraties libérales, mais qui est également agissante dans les pays en voie de développement par le biais de l'aide financière des institutions financières internationales dans le cadre de projets favorisant une meilleure « gouvernance », incluant la réforme du droit et des institutions, se butera-t-elle au phénomène de la « diversité culturelle » anthropologique qui est érigé au rang de « patrimoine commun de l'humanité » par ces mêmes institutions ? Devant ces contradictions, l'unification du droit commercial est-elle possible ? Si oui, à quelle échelle et dans quelle mesure ? C'est ce que nous allons maintenant aborder en conclusion de cette seconde partie de notre thèse.

#### **IV- L'HARMONISATION DU DROIT DES SÛRETÉS DANS UN CONTEXTE DE MONDIALISATION : VERS L'UNIFICATION ?**

Est-il possible de transplanter des solutions juridiques structurantes, généralement admises dans les économies libérales, à des pays émergents issus de traditions et cultures, juridiques, sociétales ou même religieuses, profondément différentes ? Notre hypothèse de recherche, énoncée en introduction, voulait qu'il ne soit pas possible de transplanter les outils de l'harmonisation du droit, quels qu'ils soient, hors de la tradition occidentale sans y apporter de profondes modifications, les conditions préalables à leur réception n'étant pas, la plupart du temps, présentes, dans les pays en voie de développement.

Nos deux études de cas nous ont permis de démontrer cette hypothèse. Nous avons en effet dressé le tableau de deux sociétés en voie de développement, qui ont des traits communs mais qui présentent chacune leurs particularismes.

Au nombre des traits communs, l'Égypte et la RDC sont des pays où le principe de l'État de droit, au plan formel, n'existe que sur papier et, même à ce niveau, les entorses aux postulats classiques du droit constitutionnel sont nombreuses. En outre, la suspension des droits et libertés fondamentaux et l'état d'urgence peuvent être décrétés pour de longues périodes de temps. De même, au plan de l'État de droit « substantiel », c'est-à-dire dans l'expression, l'interprétation et la mise en œuvre de la règle de droit, la multiplicité des sources du droit, leur incohérence et leur décalage par rapport à la réalité vécue par les citoyens égyptiens ou congolais sont frappantes. Voilà donc deux sociétés qui tentent, tant bien que mal, de créer un État nation, mais qui se butent à la diversité des ordres juridiques en présence sur leurs territoires.

Dans le cas de l'Égypte, la tradition musulmane, elle-même plurielle et incertaine dans son interprétation, constitue très certainement un frein à l'avènement d'un véritable État de droit, car ce droit musulman révélé, immuable à maints égards, ne saurait se subordonner à la volonté populaire exprimée par un législateur qui serait élu démocratiquement (en autant qu'une telle chose finisse par se produire un jour dans ce pays). En résultent des difficultés dans la formulation de la règle de droit, principalement en matière de sûretés, la dépossession étant en principe interdite ainsi que l'intérêt, et où les fictions doivent tenir lieu de mécanismes permettant de mettre à jour cette règle de droit. Comme nous l'avons vu, ces fictions ne permettent pas nécessairement d'accoucher d'un régime juridique qui soit cohérent et facile d'application. Culturellement, d'ailleurs, le régime du crédit foncier proposé par les réformateurs égyptiens, ces récentes années, ne correspond pas nécessairement aux mentalités. Il s'agit là de l'une des principales entraves au succès de ces réformes, ce que la Banque mondiale n'a pas manqué de constater.

Dans le cas de la République démocratique du Congo, voilà une société traditionnelle et multiethnique. Pays vaste aux riches ressources naturelles, il sort à peine de plusieurs graves crises et la société civile se remet difficilement en marche. Dans cette société, c'est le groupe qui prime et l'individu n'existe qu'à travers ce groupe. Cette conception collectiviste se reflète dans la conception congolaise du droit de propriété qui, en principe, est collective. La propriété individuelle y est certes possible, aux termes de la *Loi foncière de 1973*, mais les contorsions intellectuelles et pratiques y sont nombreuses avant d'y parvenir. Dans ce contexte, voilà une société qui tente de construire un État nation, mais qui se bute aux divers pouvoirs coutumiers, qui sont nombreux. Le droit

coutumier, aux sources plurielles, est de tradition orale, et son arrimage au droit légiféré écrit, lui-même incertain et incomplet, est encore à faire. Tant que les sources du droit interne en RDC ne seront pas unifiées, complètes et cohérentes, si cela est possible, il sera difficile, voire impossible, d'instaurer un régime de crédit foncier et, partant, de sûretés, qui soit viable.

Ces deux études de cas mettent en scène deux sociétés qui en sont à des stades différents de leur évolution et dont les contextes socio-politiques sont différents. Peut-on en dégager des principes qui puissent faire l'objet d'une généralisation et qui seraient applicables à d'autres situations ? Plus précisément, dans le cas qui nous occupe, peut-on, en partant de ces études de cas, identifier les éléments qui soient nécessaires à la réception de normes juridiques uniformes ou harmonisées avec celles prévalant dans l'Occident industrialisé ?

En fait, poser cette question, c'est retourner à celle de la nécessité de l'établissement de l'État de droit, dans toutes les formes que cela peut prendre. L'État de droit, pour exister, suppose un ordre juridique unique qui s'applique à tous les membres d'une société, indistinctement. Il s'accommode plus difficilement d'une diversité trop grande des ordres juridiques. Certaines valeurs président à l'idée de l'État de droit, au premier chef la primauté de l'individu et la reconnaissance de la propriété privée individuelle. Ces valeurs, qui s'inscrivent dans les droits humains fondamentaux, sont-elles universelles ? En tout cas, c'est sur cette prémisse que les organisations internationales s'appuient lorsqu'elles font la promotion de l'harmonisation des règles de droit, principalement en matière de sûretés. À la lumière des études de cas égyptien et congolais, force est de

constater, cependant, que les prétentions du *Guide législatif sur les opérations garanties*, à l'effet qu'il

s'efforce de transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes (droit civil, *common law* et traditions juridiques chinoise, islamique et autres) ainsi que dans des États ayant des économies en développement ou développées,<sup>1536</sup>

ne représentent qu'une vue de l'esprit. En effet, l'élaboration d'un régime de sûretés immobilières est, pour le moment, dès plus incertaine dans ces pays. On peut encore moins y envisager l'adoption de régimes de sûretés mobilières. D'autre part, prétendre qu'un régime de sûretés mobilières fondé principalement sur le droit américain soit compatible avec la tradition islamique ou soit transposable dans les pays en voie de développement relève également du fantasme.

On pourrait donc en conclure que l'harmonisation ou l'uniformisation du droit commercial ne soit véritablement possible qu'entre pays partageant une même conception de la justice et de l'ordre social et reconnaissant le principe de l'État de droit. Au-delà de ces considérations, une influence des droits étrangers occidentaux pourra se faire sentir dans les pays en voie de développement (comme c'est le cas actuellement par l'entremise des institutions financières internationales), mais l'on ne pourra envisager, dans ces contextes, une véritable harmonisation, les conceptions de la justice et de l'ordre social étant trop différentes. De même, la pluralité des ordres juridiques dans un pays donné est un obstacle très certain à l'élaboration de normes partagées par tous ses citoyens. Il constituera de même très certainement un obstacle à l'harmonisation et à l'uniformisation

---

<sup>1536</sup> *Supra*, note 48.

de ses normes avec celle de l'ordre juridique transnational qui est en train de s'établir en droit commercial.

## CONCLUSION

La réforme et l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie permettent de constater qu'un retour au paradigme de l'uniformisation du droit est en train de lentement s'opérer. En effet, la question de la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés est à l'ordre du jour de toutes les organisations internationales qui œuvrent dans le domaine de l'harmonisation du droit.

Divers instruments de l'harmonisation sont proposés afin de modifier les droits internes. Des lois types, élaborées sous l'égide de l'OÉA et de la BERD, un *Guide législatif sur les opérations garanties*, élaboré sous les auspices de la CNUDCI, et des énoncés de principes généraux, rédigés par la Banque mondiale et le FMI, se disséminent tranquillement à travers le monde. Malgré les différences qui ressortent de ces instruments, on note que tous partagent la même conception d'un régime de sûretés mobilières. Si les différences subsistent aussi d'un État à l'autre, on pense entre autres aux traditionalismes affichés tant par l'Angleterre que par la France, en ce qui a trait à l'adoption de l'approche téléologique, les régimes nord-américains sont pratiquement au pair, bien que, là aussi, des différences notables existent. Le *Uniform Commercial Code* américain, le régime des PPSA des provinces et territoires canadiens-anglais et celui du *Code civil du Québec* permettent, en pratique, l'atteinte de résultats similaires.

À côté de ces instruments qui proposent d'harmoniser les divers droits internes, sont élaborés des instruments qui visent à créer des régimes spéciaux en fonction de catégories de biens spécifiques. La *Convention du Cap (2001)*, mise de l'avant par UNIDROIT, et ses protocoles, ainsi que l'établissement d'un registre international pour les aéronefs et le

matériel ferroviaire roulant, en sont des exemples éloquents. D'autre part, des instruments de même nature visent les biens incorporels et dématérialisés. Les règles régissant la cession de créances, celles relatives au transfert et à la prise de garanties sur des valeurs mobilières, titres intermédiés et autres actifs financiers et, enfin, celles relatives aux conflits de lois en ces matières, font désormais l'objet de conventions internationales promulguées par les Nations Unies, UNIDROIT et la Conférence de La Haye de droit international privé. En matière de règles régissant le transfert et la prise de garanties sur des valeurs mobilières, titres intermédiés et autres actifs financiers, les droits internes nord-américains sont pratiquement uniformes, et le droit des différents États de l'Union européenne le deviennent graduellement aussi. Par ces instruments, l'on assiste très certainement à l'élaboration d'un droit transnational des sûretés, qui encourage l'uniformisation graduelle vers un droit américanisé.

Toutefois, dans ce contexte de mondialisation, l'on tente d'étendre ce mouvement de réforme et d'harmonisation à tous les pays, qu'ils soient développés ou en voie de l'être. La question de la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans les pays en voie de développement est plus incertaine. Malgré l'insistance des institutions financières internationales, avec au premier chef la Banque mondiale et le FMI, visant à faire en sorte que des réformes de gouvernance des institutions et des régimes juridiques prennent place dans les pays en voie de développement, ces initiatives se butent à des résistances socio-culturelles et politiques, difficilement conciliables avec le fondement du fonctionnement de tout régime de sûretés, à savoir l'État de droit. L'étude des cas égyptien et congolais est particulièrement révélatrice à ce sujet. Des sociétés aux prises avec un pluralisme juridique qui fait échec à l'édification d'un véritable État de droit, voilà une constatation



dont il faut prendre acte et qui permettra de mieux comprendre la difficulté de procéder aux réformes souhaitées dans les pays en voie de développement.

Cela étant, ces constatations ne sont pas sans soulever de nouvelles questions, sur lesquelles notre thèse s'ouvre. D'une part, les cas égyptien et congolais permettent d'affirmer que le principe de l'État de droit est fragile et précieux. Fragile, il suppose la volonté d'individus vivant ensemble dans une société donnée d'être en paix et d'observer les mêmes règles, les mêmes valeurs. Fondement de l'Occident et du vivre-ensemble, peut-on conclure que l'universalisme de la primauté du droit, dont les organisations internationales se font les apôtres, et le principe de la diversité culturelle, également promu par ces mêmes organisations, soient deux notions inconciliables ? C'est, en tout cas, une question fondamentale à laquelle il faudra trouver réponse. En effet, elle fait l'objet de débats de plus en plus fréquents et vigoureux dans nos sociétés, opposant les tenants d'une diversité à tout crin, prête à accepter tous les compromis <sup>1537</sup>, et les tenants de la suprématie de ces valeurs que l'on tient pour universelles <sup>1538</sup>. À défaut de proposer une réponse élaborée et satisfaisante à la question en ces pages, on peut néanmoins affirmer que les exemples de pluralisme juridique de l'Égypte et du Congo révèlent des difficultés majeures à l'établissement d'un véritable État de droit. Il faut en prendre acte

---

<sup>1537</sup> Voir entre autres, à ce sujet, au Québec : Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, *Rapport. Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008, en ligne : <http://www.accommodements.qc.ca/documentation/rapports/rapport-final-integral-fr.pdf> (consulté le 13 juin 2010) ; Pierre BOSSET, Dominique LEYDET, Jocelyn MACLURE, Micheline MILOT et Daniel WEINSTOCK, « Manifeste pour un Québec pluraliste », dans *Le Devoir [de Montréal]*, le mercredi 3 février 2010 (A7), en ligne : <http://www.pourunquebecpluraliste.org/> (consulté le 13 juin 2010).

<sup>1538</sup> Voir : Daniel BARIL, Marie-France BAZZO, Jacques BEAUCHEMIN, Paul BÉGIN, Henri BRUN, Christian DUFOUR, Jacques GODBOUT, Jean-Claude HÉBERT, Yvan LAMONDE, Bernard LANDRY, Julie LATOUR, Christiane PELCHAT, Guy ROCHER, « Déclaration des Intellectuels pour la laïcité – Pour un Québec laïque et pluraliste », dans *Le Devoir [de Montréal]*, le mardi 16 mars 2010 (A7), en ligne : <http://www.quebecclair.org/> (consulté le 13 juin 2010).

et éviter de transposer ces modes de fonctionnement à notre société. Il faut aussi écouter les témoignages de plusieurs personnes originaires de divers pays étrangers <sup>1539</sup>, nous exhortant à ne pas laisser notre désir de reconnaître la diversité l'emporter sur les principes qui doivent présider à l'établissement d'une société juste et harmonieuse. L'étude du droit positif et systémique confirme, dans ce contexte, toute sa pertinence. Elle nous a en effet permis de démontrer qu'il est digne d'intérêt et doit être pris au sérieux. Une société sans règles cohérentes, sans État de droit « substantiel » qui fonctionne, voilà le péril qu'il nous faut combattre comme juristes et dont il faut sans cesse démontrer l'importance.

---

<sup>1539</sup> Voir, entre autres, les témoignages éloquentes de Shirin EBADI, *Iranienne et libre – Mon combat pour la justice*, Paris, Éditions La Découverte, 2006 ; Djemila BENHABIB, *Ma vie à contre-Coran – Une femme témoigne sur les islamistes*, Longueuil (Qc.), VLB éditeur, 2009. Voir aussi, de manière générale, sur le phénomène islamique : Mark STEYN, *America Alone – The End of the World as we know it*, Washington, Regnery Publishing, Inc., 2006. Enfin, cette tension qui existe en ce moment dans le monde fut bien cernée par Amin MALOUF, *Les Identités meurtrières*, Paris, Le Livre de Poche : « Aussi, l'époque actuelle se passe-t-elle sous le double signe de l'harmonisation et de la dissonance. Jamais les hommes n'ont eu autant de choses en commun, autant de connaissances communes, autant d'images, autant de paroles, autant d'instruments partagés, mais cela pousse les uns et les autres à affirmer davantage leur différence ».

## TABLE DE LA LÉGISLATION

### *Textes constitutionnels*

*Charte canadienne des droits et libertés*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R.-U.).

*Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960.

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

### *Textes fédéraux*

CANADA, SÉNAT, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau. Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature, 4 novembre 2003, p. 115, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-f/bank-f/rep-f/bankruptcy-f.pdf> (consulté le 3 janvier 2010).

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières*, 2004, en ligne : <http://www.ulcc.ca/fr/us/Uniform Securities Transfer Act Fr.pdf> (consulté le 29 novembre 2009).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1.

*Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n<sup>o</sup> C-55 (sanctionnée le 25 novembre 2005), 1<sup>ère</sup> session, 38<sup>e</sup> légis. (Can.), L.C. 2005, c. 47.

*Règlement sur le Programme de protection des salariés*, DORS/2008-222 (Gaz. Can. II).

*Loi modifiant la loi sur la faillite et l'insolvabilité, la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la loi sur le programme de protection des salariés et le chapitre 47 des lois du Canada (2005)*, projet de loi n<sup>o</sup> C-12 (sanctionnée le 14 décembre 2007), 2<sup>e</sup> session, 39<sup>e</sup> légis. (Can.), L.C. 2007, c. 36.

*Loi sur les arrangements*, L.R.C. 1985, c. C-36.

*Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

*Loi sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.C. 1991, c. 13.

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3.

*Loi sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (matériels d'équipement aéronautiques)*, L.C. 2005, c. 3.

*Règlement sur les biens aéronautiques*, DORS/2008-109 (Gaz. Can. II).

*Loi sur les lettres et billets de dépôt*, L.C. 1998, c. 13.

*Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, c. W-11.

*Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4.

*Loi n° 2 visant à harmoniser le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2004, c. 25.

### ***Textes québécois***

BARREAU DE MONTRÉAL, *Formule abrégée d'ordonnance initiale pouvant être rendue aux termes de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (chap. C-36), en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/montreal/loads/Version-Abrégée-Finale-21-01-05.doc> (consulté le 17 avril 2005).

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

*Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II 8058 art. 15 modifié par (1998) 130 G.O II 2015, art. 5 et par (1999) 131 G.O. II 3846.

*Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (2009) 141 G.O. II, 23A.

*Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25.

*Loi assurant la mise en œuvre de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et du Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, L.Q. 2007, c. 2.

*Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.Q. 1991, c. 68, L.R.Q., c. C-67.01.

*Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90.

*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.

*Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.Q. 2008, c. 20, L.R.Q. c. T-11.002.

*Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3.

*Loi sur les instruments dérivés*, L.Q. 2008, c. 24.

*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1.

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1<sup>ère</sup> session, 38<sup>e</sup> législature, vol. 40., n<sup>o</sup> 46, 11 juin 2008, « Étude détaillée du projet de loi n<sup>o</sup> 47 – Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers (1) », 15h10 (Mme Jérôme-Forget), en ligne: <http://www.assnat.qc.ca/fra/38Legislature1/DEBATS/journal/cfp/080611.htm> (consulté le 13 février 2010).

QUÉBEC, CIVIL CODE REVISION OFFICE, *Report on the Civil Code*, vol. I., Éditeur officiel du Québec, 1978.

QUÉBEC, CIVIL CODE REVISION OFFICE, *Report on the Civil Code : Commentaries*, t. 1, vol. 2, Éditeur officiel du Québec, 1978.

QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993.

QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993.

QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, Éditeur officiel du Québec, 1978.

QUÉBEC, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec : Commentaries*, t. 1, vol. 2, Éditeur officiel du Québec, 1978.

QUÉBEC, REGISTRE DES DROITS PERSONNELS ET RÉELS MOBILIERS, *Manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers*, 28 janvier 2009, p. 31-33 (Réquisition d'inscription d'une hypothèque conventionnelle sans dépossession), en ligne : [https://www.rdprm.gouv.qc.ca/rdprmweb/publications/fr/6-Manuel\\_2009%20\(RH\).pdf](https://www.rdprm.gouv.qc.ca/rdprmweb/publications/fr/6-Manuel_2009%20(RH).pdf) (consulté le 20 février 2010).

### ***Textes de provinces et territoires canadiens (autres que le Québec)***

*Loi de 2002 sur les Garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (équipements aéronautiques)*, L.O. 2002, c. 18.

*Loi instituant un régime global de règles régissant le transfert de valeurs mobilières qui cadre avec celui qui s'applique dans ce domaine en Amérique du Nord et apportant des modifications corrélatives à diverses lois*, L.O. 2006, c. 8.

*Loi sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement aéronautiques mobiles*, L.T.N.-O. 2009, c. 4.

McLAREN, R.H., *The 2010 Annotated Ontario Personal Property Security Act*, Toronto, Thomson Canada Limited (Carswell), 2009.

*Securities Transfer Act*, S.A. 2006, c. S-4.5.

*Securities Transfer Act*, S.B.C. 2007, c. 10.

*Securities Transfer Act*, S.O. 2006, c. 8.

*Securities Transfer Act*, S.N.L., 2007, c. S-13.01.

*Securities Transfer Act*, S.N.W.T., 2009, c. 14.

*Securities Transfer Act*, S.S. 2007, c. S-42.3.

### ***Textes congolais***

*L. 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés* (J.O.Z., n° 3, 1<sup>er</sup> février 1974, p. 69), telle que modifiée par la loi du 18 juillet 1980 (J.O.Z., n° spécial, 1992, p. 21), telle que complétée par diverses ordonnances : Ordonnance 74-148 du 2 juillet 1974 portant mesures d'exécution de la Loi foncière de 1973 (J.O.Z., n° 15, 1<sup>er</sup> août 1974, p. 611); Ordonnance 86-115 du 10 avril 1986 modifiant le règlement annexé à l'ordonnance 79-111 du 9 mai 1979 modifiant celle n° 74-148 du 2 juillet 1974 portant mesures d'exécutions de la Loi foncière de 1973 (J.O.Z., n° spécial, 1992, p. 241), publiés dans Luhonge KABINDA NGOY *et al.*, dir., *Codes Larcier de la République démocratique du Congo*, t. I, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2003, p. 95-148, sous le titre général « Droit des biens ».

Luhonge KABINDA NGOY *et al.*, dir., *Codes Larcier de la République démocratique du Congo*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2002-2003.

RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, *Constitution de la République Démocratique du Congo*, Journal officiel de la République Démocratique du Congo, Cabinet du Président de la République, 47<sup>e</sup> année, Kinshasa, 18 février 2006.

RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, *Décret sur l'urbanisme au Congo Belge* daté du 20 juin 1957.

### ***Textes égyptiens***

ÉGYPTE, *Law no. 3/1982 on the Urban Planning and its Executive Regulations*.

ÉGYPTE, *Law no. 4 of 1994 promulgating the Environment Law*.

ÉGYPTE, *Law No. 8 of the year 1997 promulgating law on Investment Guarantees And Incentives, as amended by Laws Nos. 162 (2000), 13 (2002), 13 (2004), 91 (2005) and 94 (2005).*

ÉGYPTE, *Prime Minister's Decree No. 1247 of the year 2004 amending certain provisions of the Executive Statutes of the Investment Guarantees and Incentive Law, as issued by Prime Minister's Decree No. 2108 of the year 1997, amended by decree of the Prime Minister No. 769 (2005).*

ÉGYPTE, *Law 10 of 2009 Regulating Non-Banking Financial Markets and Instruments*, en ligne: <http://www.mf.gov.eg/NR/rdonlyres/0DBE9219-1C66-42A6-9D6E-05DF7C6E2A4B/827/Law10of2009.pdf> (consulté le 30 mai 2010).

ÉGYPTE, *Law No. 17 of the year 1999 Promulgating the Trade Law.*

ÉGYPTE, *Law No. 11/1940 Relating to Sale and Mortgage of Trade Stores (and related decision and decree).*

ÉGYPTE, *Law No. 25 of the year 1968 promulgating Evidentiary Law as to the Civil and Commercial Articles.*

ÉGYPTE, *Law No. 49 of the year 1977 on leasing and selling of places, and organizing tenant-lessor relations, as amended by laws nos. 136 (1981), 4 (1996) and 6 (1997).*

ÉGYPTE, *Law no. 53/1966 promulgating the Agricultural Law, as amended.*

ÉGYPTE, *Law no. 59/1979 on establishing New Urban Communities, as amended.*

ÉGYPTE, *Law No. 91 of the year 2005 promulgating the Income Tax Law, as amended by Presidential Decree-Law No 181 of the year 2005.*

ÉGYPTE, *Law No. 95 of the year 1992 promulgating the Law on the Capital Market, as amended by Laws Nos. 10/95, 89/96, 158/1998 and 13-143/2004.*

ÉGYPTE, *Law no. 106/1976 relating to directing and organizing building work and its Executive Regulations, as amended.*

ÉGYPTE, *Law No 114 of year 1946 regulating Real Estate Registration.*

ÉGYPTE, *Executive Regulation Decree In Respect of Regulating the Real Estate Publicity Department (REPD), Egyptian Gazette 85, 24 août 1946.*

ÉGYPTE, *Decree of the President of the United Arab Republic of Egypt enacting Law No. 142 of 1964 on In Rem Registry.*

ÉGYPTE, *Executive Regulations on Siguel El-Ainee, 16 août 1975.*

ÉGYPTE, *Decree of the President of the Arab Republic of Egypt No. 4 of the year 2003, concerning the System of Real Estate Finance Activity Guarantee and Subsidy Fund.*

ÉGYPTE, *Loi numéro 148 de l'année 2001 promulguant la Real Estate Finance Law.*

ÉGYPTE, *Cabinet Decree No. 1 of the year 2001 issuing the Executive Statutes of the Real Estate Finance Law.*

ÉGYPTE, *Ministerial Decree No. 102 of the year 2003 concerning A Model of Real Estate Finance Agreement for (Restoration / Improvement) of a building.*

ÉGYPTE, *Law No. 159 of the year 1981 promulgating the law of The Joint Stock Companies, Partnerships Limited By Shares And the Limited Liability Companies, as amended by the laws nos. 230 (1989), 212 (1994), 3 (1998), 159 (1998) and 94 (2005).*

ÉGYPTE, *Decree No. 96 / 1982 Of Deputy Prime Minister For Economic And Financial Affairs And Minister Of Investment Affairs And International Cooperation, as amended by Decrees Nos. 408/87, 461/94, 40/95, 471/97, 476/97, 25/98, 75/98, 251/98, 492/98 and 1212/2004, promulgating the Executive Statutes Of Law No. 159 / 1981 on Joint Stock Companies, Partnerships Limited By Shares And the Limited Liability Companies.*

ÉGYPTE, *The Civil Code of Egypt, Loi numéro 131 de l'année 1948 promulguant le Code civil égyptien.*

ÉGYPTE, *The Constitution of Egypt, 11 septembre 1971, telle qu'amendée le 22 mai 1980 et le 26 mai 2005.*

### ***Textes internationaux et étrangers***

ASIAN DEVELOPMENT BANK (Office of the General Counsel), *Trust Law of the People's Republic of China (Draft)*, Consultant's Report to the Asian Development Bank and The Legislative Commission of the National People's Congress The Standing Commission of the State Council People's Republic of China, January 31, 2001. TA No. 3279 – PRC.

BANKRUPTCY, 11 U.S.C.

BANQUE MONDIALE, *Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers*, Avril 2001, en ligne : [http://www.worldbank.org/ifa/ipg\\_fre.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/ipg_fre.pdf) (consulté le 22 novembre 2009).

BANQUE MONDIALE, *Principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers*, projet en date du 21 décembre 2005, en ligne : [http://www.worldbank.org/ifa/IPG\\_Revised\\_Principles\\_French.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/IPG_Revised_Principles_French.pdf) (consulté le 22 novembre 2009).

*Bill of Rights* de 1689, (1689) 1 W. & M. c. 2.



*Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. rés. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948).

COOPER, C., dir., *Uniform Commercial Code. The Portable UCC*, Chicago, American Bar Association, 2005.

CNUDCI, *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, en ligne : [http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723_Ebook.pdf) (consulté le 22 novembre 2009).

CNUDCI, *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, en ligne : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_text/payments/Guide\\_securedtrans.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_text/payments/Guide_securedtrans.html) (consulté le 22 novembre 2009).

CNUDCI, *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*, en ligne : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_text/insolvency/2009PracticeGuide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_text/insolvency/2009PracticeGuide.html) (consulté le 22 novembre 2009).

CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation*, en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/insolvency-f.pdf> (consulté le 22 novembre 2009).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*, en ligne [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=72](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72) (consulté le 29 novembre 2009).

EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, *Model Law on Secured Transactions* 2004, en ligne : <http://www.ebrd.com/pubs/legal/secured.pdf> (consulté le 27 novembre 2009).

FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL, *Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces – Principales questions*, Département juridique du FMI, 2000, en ligne : <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/> (consulté le 28 décembre 2009).

*Magna Carta Libertatum* de 1215, (1297) 25 Edw 1 c. 9 (confirmée et publiée sous Édouard I).

MAROC, *Loi no. 10-98 relative à la titrisation de créances hypothécaires*, LNT n° 305, 8 mai 2002.

McDONALD HENRY, S., dir., *The Portable Bankruptcy Code & Rules*, American Bar Association, 2008.

OÉA, CIDIP-VII : *Draft OAS model Registry Regulations under the Model Inter-American Law on Secured Transactions*, Doc. off. OEA/Ser.K/XXI.7/CIDIP-VII/doc.3/09 corr.1 (6 octobre 2009) (Original: Spanish), en ligne :

[http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VII\\_doc\\_3-09\\_corr1\\_eng.pdf](http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VII_doc_3-09_corr1_eng.pdf) (consulté le 27 novembre 2009).

OÉA, CIDIP-VII: *Preparatory Work for the Seventh Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, Doc. off. OEA/Ser. G/CP/CAJP-2309/05 (19 octobre 2005) (Original : English), en ligne : <http://www.oas.org/DIL/cp15225e01-Cidip%20report%2010-20-05.doc> (consulté le 27 novembre 2009).

OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Background and List of Documents for the Preparatory Meeting of Government Experts for the Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VI)*, (Document prepared by the Department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs), Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/doc. 4/00 (2000).

OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *International Loan Contracts of a Private Nature, in Particular the Uniformity and Harmonization of Secured Transactions Law*, (Working Document of a Model Inter-American Law on Secured Transactions submitted by the National Law Center for Inter-American Free Trade), Doc. off. OEA/Ser.K/XXI/RE/CIDIP-VI/doc.4/98 (1998).

OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Legal Principles Governing a System of Secured Transactions*, (Document submitted by the delegation of the United States), Doc. off., OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/INF. 3/00 (2000).

OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Los Contratos De Préstamos Internacionales De Naturaleza Privada Y, En Particular, La Uniformidad Y Amonización De Los Sistemas De Garantía Comerciales Y Financieras*, (Proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias presentado por el Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano), Doc. off. OEA/Ser.K/XXI/RE/CIDIP-VI/doc. 4/98 (1998).

OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Principios Discutidos por la Delegación Mexicana a la Luz De Las Diferentes Propuestas En Materia De Garantías Mobiliarias*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/INF. 2/00 (2000).

OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Principios Jurídicos De Un Sistema De Garantías Mobiliarias*, (Documento presentado por la Delegación de los Estados Unidos), Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/INF. 3/00 (2000).

OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Report of the Meeting of Government Experts to Prepare for the Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VI)*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/doc. 6/00 (2000).

OÉA, Réunion d'experts gouvernementaux préparatoire à la tenue de la Sixième Conférence Interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-VI), *Summary of Reg/CIDIP-VI/INF. 3/00, Legal Principles Governing a System of Secured Transactions*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI/REG/CIDIP-VI/INF. 5/00 (2000).

OÉA, SIXTH INTER-AMERICAN SPECIALIZED CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (CIDIP-VI), 3<sup>e</sup> session plénière, *Model Inter-American Law on Secured Transactions*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.24/02 rev. 2 (5 mars 2002), en ligne : [http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions\\_Eng.htm](http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm) (consulté le 30 novembre 2009).

OHADA, *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, 17 avril 1997, en ligne : <http://www.ohada.com/textes.php?categorie=458> (consulté le 14 mars 2011).

ONU, *Convention des Nations Unies sur la Cession de créances dans le commerce international*, Rés. AG 56/81, Doc.off. A.G.N.U. 01 47768, 56<sup>e</sup> sess., 12 décembre 2001, en ligne : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/68/PDF/N0147768.pdf?OpenElement> (consulté le 29 novembre 2009).

ONU, *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, AG NU Doc. A/Conf. 97.18.

ONU, *Déclaration sur le droit au développement*, AG/Rés. 41/128, 4 décembre 1986.

ORGANISATION DES TRAVAUX DE LA SESSION, SUIVI DE LA CONFERENCE MONDIALE SUR LES DROITS DE L'HOMME, *Évaluation quinquennale de la mise en oeuvre de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, Rapport intérimaire du Haut Commissaire des Nations Unies*, Doc. off. CÉS NU, 54<sup>e</sup> session, Doc. NU E/CN.4/1998/104 (20 février 1998), en ligne : [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.1998.104\\*.Fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.1998.104*.Fr) (consulté le 10 août 2008).

MEXIQUE, *Secured Transactions Law*, *Diario Oficial de la Federación*, 23 mai 2000, citée par J.M. WILSON, « Mexico : New Secured Transactions and Commercial Registry Laws », (2000) 7 *Inter-American Trade Report* 1815.

UNESCO, *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* (20 octobre 2005), UNESCO Doc. CLT-2005 (entrée en vigueur: 18 mars 2007), [2006] ILM 26, en ligne : [www.unesco.org/culture/fr/diversity/convention](http://www.unesco.org/culture/fr/diversity/convention) (consulté le 12 juillet 2008).

UNESCO, *Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, C.G. rés. 31 25-6, UNESCO Doc. 31C (25 novembre 2001), en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf> (consulté le 12 juillet 2008).

UNIDROIT, *Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés* (Genevève, 2009), en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/conference/confrencedocuments2009/conf11-2-042-f.pdf> (consulté le 29 novembre 2009).

UNIDROIT, *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles* (Le Cap, 2001), en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf> (consulté le 27 novembre 2009).

UNIDROIT, *Draft convention on substantive rules regarding securities held with an intermediary (Preliminary Discussion Draft)*, Rome, April 2004, Unidroit 2003, Study LXXVIII-Doc.13 prov. 2 (English only), en ligne : <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study078/item1/draft/s-78-13prov2-e.pdf> (consulté le 12 décembre 2004).

UNIDROIT, *Explanatory Notes to the Preliminary Draft Unidroit Convention on Harmonised Substantive Rules regarding Securities Held with an Intermediary, prepared by the Unidroit Secretariat / Notes explicatives sur l'avant-projet de Convention d'Unidroit sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire, préparées par le Secrétariat d'Unidroit*, (2005) X Rev. dr. unif. 36.

UNIDROIT, *Preliminary Draft Unidroit Convention on Harmonised Substantive Rules regarding Securities held with an Intermediary / Avant-Projet de Convention d'Unidroit sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres détenus auprès d'un intermédiaire*, (2005) X Rev. dr. unif. 10.

UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004*, Rome, 2004, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-f.pdf> (consulté le 17 mai 2010).

UNIDROIT, *Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles* (Luxembourg, 2007), en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/railprotocol.pdf> (consulté le 27 novembre 2009).

UNIDROIT, *Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles* (Le Cap, 2001), en ligne :

<http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/aircraftprotocol.pdf>  
(consulté le 27 novembre 2009).

UNIDROIT, *Regulations and Procedures for the International Registry*, (2006) 11 *Unif. L. Rev.* 60.

UNIFORM COMMERCIAL CODE, *Official Text and Comments – 2009-2010 Edition*, The American Law Institute, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Thomson Reuters, 2009.

UNIFORM COMMERCIAL CODE, *Article 9, Secured Transactions; Sales of Account and Chattel Paper*, 1995 Text, Current Version, dans *Uniform Commercial Code, Official Text – 2000*, The American Law Institute, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2000.

UNION EUROPÉENNE, Directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, Journal officiel des Communautés européennes, L 168/43, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:168:0043:0050:FR:PDF>  
(consulté le 29 novembre 2009).

UNION EUROPÉENNE, Directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées, Journal officiel de l'Union européenne, L 146/37, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:146:0037:0043:FR:PDF>  
(consulté le 29 novembre 2009).

UNITED KINGDOM, *The FMLC Report on Property Interests in Indirectly Held Investment Securities : an Analysis of the Need for and Nature of Legislation in the United Kingdom*, (2005) X *Rev. dr. unif.* 339.

WORLD BANK, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, Avril 2001, en ligne : <http://www.worldbank.org/ifa/ipg-eng.pdf> (consulté le 8 septembre 2004).

## TABLE DES JUGEMENTS

### *Jurisprudence canadienne*

*Air Canada, Re* (2003), 2003 CarswellOnt 1220 (Ont. S.C.J. [Commercial List]), j. Farley.

*Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758, 2004 CSC 29.

*Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29.

*Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666, 2003 CSC 31.

*Doré c. Verdun (Ville de)*, [1997] 2 R.C.S. 862.

*In Re Canwest Global Communications*, O.S.C. (Commercial List), n° CV-09-8396-00CL, 6 octobre 2009.

*Kowal Investments Ltd. c. Deeder Electric Ltd.*, (1975) 9 O.R. (2d) 84 (C.A.); (1975) 21 C.B.R. (N.S.) 201 (Ont. C.A.).

*Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743.

*Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705.

*Lefebvre (Syndic de) ; Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326.

*Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68.

*Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp., (Re)*, (2008) 296 D.L.R. (4th) 135, [2008] O.J. No. 3164 (QL) (C.A.), 2008 ONCA 587 (CanLII), j. Blair.

*Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348.

*Re Bearcat Exploration Ltd.* (27 mai 2004), 2004 CarswellAlta 1183 (Alta Q.B.).

*Re Giffen*, [1998] 1 R.C.S. 91.

*Richtree Inc. (Re)* (26 janvier 2005, 04-CL-5584), [2005] O.J. No. 251 (Ont. S.C.J.).

*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

*Roy (Syndic de)*, J.E. 2005-477 (C.S.) (M. le juge R.W. Pronovost).

*Skeena Cellulose Inc., Re*, (2003) 43 C.B.R. (4th) 187.

*Stelco Inc. (Re)* (31 mars 2005, M32289), [2005] O.J. No. 1171 (Ont. C.A.).

*Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47.

### ***Jurisprudence québécoise***

*111295 Canada inc. (Syndic de)* (7 août 2006), Montréal 500-11-025249-059, 2006 QCCS 4455 (C.S.).

*167599 Canada inc. c. 9007-4337 Québec inc.*, [1999] R.D.I. 642 (C.S.).

*2866-9992 Québec inc. c. Caisse populaire Ste-Anne-des-Monts*, J.E. 2004-1817 (C.S.).

*9076-3335 Québec inc. (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 2101 (C.A.), J.E. 2003-1586 (C.A.).

*Abitibi-Consolidated inc. (Arrangement relatif à)*, C.S. Montréal, n° 500-11-035851-092, 13 mars 2009.

*Amyot c. Banque Nationale du Canada*, [2004] R.J.Q. 2385, J.E. 2004-1773 (C.A.).

*André Lajoie Communication ltée (Syndic d')*, J.E. 2005-134 (C.A.).

*Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec Inc.*, J.E. 2005-667 (C.S.).

*Banque Mercantile c. Yves Germain*, [1984] C.S. 856 (C.S.).

*Bélanger (syndic de)* (9 décembre 2003), Québec 200-09-004192-024, J.E. 2004-114 (C.A.).

*Boisclair (Syndic de)* [2001] R.J.Q. 2815 (C.A.), n° 19, p. 2818, J.E. 2001-1995 (C.A.), REJB 2001-26424 (C.A.).

*Caisse populaire Desjardins de la Ouareau c. Dandurand*, [2003] R.J.Q. 412 (C.A.).

*Caisse populaire Laurier c. Lunetterie des Galeries Inc.*, REJB 2000-17695 (C.A.).

*Caisse populaire St-Raymond de Hull c. Dériger* (30 janvier 2001), Hull 550-05-009547-004, J.E. 2001-616 (C.S.).

*Charles-Auguste Fortier inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 5388.

*Chibou-Vrac inc., Re*, [2003] R.J.Q. 2809 (C.S.).

*Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, AZ-50579686 (C.S.), 2009 QCCS 4669.

*Industries aéronautiques Symphony (Syndic de)*, J.E. 2007-1492, AZ-50439588, 2007 QCCS 3066 (C.S.).

*Industries Show Canada inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 5788.

*Massouris (Syndic de)*, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.).

*Michaud c. Bissonnette*, 2006 QCCA 775, [2006] R.J.Q. 1552 (C.A.).

*Michaud c. Steinberg inc.*, [1993] R.J.Q. 1684 (C.A.).

*Mines Jeffrey inc. (Arrangement relatif à)*, J.E. 2005-76 (C.S.).

*Positron Technologies inc. (Arrangement relatif à)*, 2008 QCCS 4668.

*Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc.* (23 mai 2000), Montréal 500-09-006618-987, J.E. 2000-1156 (C.A.) ; [2000] J.Q. n° 1691 (C.A.).

*Shermag (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 537.

*Société en commandite de La Rousselière (Syndic de)* (7 mars 1991), Montréal, 500-11-003784-903 (C.S.).

*Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420 (C.A.).

*Transport Consol (1998) inc. (Syndic de)*, J.E. 2004-1634 (C.S.).

*Transport international Pool inc. c. St-Georges, Hébert inc.*, J.E. 2005-247 (C.A.).

#### ***Jurisprudence étrangère***

*Boumediene et al. c. Bush, President of the United States, et al.*, 553 U.S. 557 (2008).

*Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, 548 U.S. ---- (2006).



## BIBLIOGRAPHIE

### *Monographies et ouvrages collectifs*

#### *Textes canadiens*

BASTARACHE, M. et A. BOUDREAU OUELLET, *Précis du droit des biens réels*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993.

BEN-ISHAI, S., *Bankruptcy Reforms*, Toronto, Thomson Carswell, 2008.

BEN-ISHAI, S. et A. DUGGAN, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Toronto, Lexis Nexis, 2007.

DA COSTA, D.M., R.J. BALFOUR et E.E. GILLESE, *Property Law : Cases, Text and Materials*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, 1990.

HOGG, P.W., *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2007.

HOULDEN, L.W., G.B. MORAWETZ et J.P. SARRA, *The 2009 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Toronto, Thomson / Carswell, 2008.

OOSTERHOFF, A.H. et E.E. GILLESE, *Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4<sup>e</sup> éd., Scarborough (On.), 1992.

SARRA, J., *RESCUE ! The Companies' Creditors Arrangement Act*, Toronto, Thomson Carswell, 2007.

ZIFF, B., *Principles of Property Law*, 3<sup>e</sup> éd., Scarborough (On.), Carswell, 2000.

#### *Textes québécois*

BAUDOIN, G.-A., *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.

BÉLANGER, A., *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2004.

BÉLANGER, P. et S. RIGAUD, *La réforme de la législation en matière d'insolvabilité : nouveautés et codification de pratiques existantes*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2009.

BENHABIB, D., *Ma vie à contre-Coran – Une femme témoigne sur les islamistes*, Longueuil (Qc.), VLB éditeur, 2009.

BENYEKHFLEF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008.

BILODEAU, P.-É., *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 2<sup>e</sup> éd., Brossard (Qc.), Publications CCH Ltée, 2004.

BOHÉMIER, A., *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Thémis, 1992.

BOUCHARD, G. et C. TAYLOR, *Rapport. Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, 2008, en ligne : <http://www.accommodements.qc.ca/documentation/rapports/rapport-final-integral-fr.pdf> (consulté le 13 juin 2010).

BOUDREAULT, M., *Droit des sûretés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

CALDERISI, R., *L'Afrique peut-elle s'en sortir ? Pourquoi l'aide publique ne marche pas*, Montréal, Éditions Fides, 2006.

CANTIN CUMYN, M., *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2001.

CARRÉ, D., *La faillite internationale : comparaison des systèmes canadien et européen*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2009.

CIOTOLA, P., *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999.

CRÉPEAU, P.-A., dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1991.

CRÉPEAU, P.-A., dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2003.

CRÉPEAU, P.-A., *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification (1965-1977)*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003.

De La DURANTAYE, L.-J., *Traité de la faillite en la province de Québec*, Montréal, L.J. De La Durantaye, 1934.

DESCHÊNES, G., *L'affaire Michaud. Chronique d'une exécution parlementaire*, Québec, Les éditions du Septentrion, 2010.

DESLAURIERS, J., *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2004.

DESLAURIERS, J., *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008.

EMERICH, Y., *La propriété des créances: approches comparative*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon-Blais, 2006.

GAUDREAULT-DESBIENS, J.-F., *Les solitudes du bijuridisme au Canada. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007.

GLENN, H.P., *Legal Traditions of the World*, New York, Oxford University Press, 2000.

GLENN, H.P., *Legal Traditions of the World*, 2<sup>e</sup> éd., Gosport, Oxford University Press, 2004.

GOLDSTEIN, G. et E. GROFFIER, *Droit international privé*, t. II, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2003.

KARIM, V., *Les contrats d'entreprise, de prestation de services et l'hypothèque légale*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2003.

LAJOIE, A., *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

LANTHIER, S., *Les sûretés sur les valeurs mobilières : le mouvement d'uniformisation d'origine américaine est-il transposable universellement ? Vers une approche québécoise à la question*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009.

LEDUC, A., *Étude de faisabilité sur les réformes de l'urbanisme et de l'habitat et République Démocratique du Congo (RDC)*, présentée à l'ACDI dans le cadre du Projet de réforme de l'urbanisme / RDC-SP (Accord de contribution E4936-K062682-001), Livrable numéro 3, *Étude du cadre légal et réglementaire*, Montréal, Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., srl, 31 mars 2009.

LEDUC, A., *Étude de faisabilité sur les réformes de l'urbanisme et de l'habitat et République Démocratique du Congo (RDC)*, présentée à l'ACDI dans le cadre du Projet de réforme de l'urbanisme / RDC-SP (Accord de contribution E4936-K062682-001), Livrables numéros 5 et 8, *Mise à jour du cadre légal et réglementaire; Évaluation détaillée du coût du projet; étude économique et financière*, Montréal, Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., srl, 11 septembre 2009.

LEDUC, A., *L'harmonisation du droit des sûretés à l'échelle des Amériques : une analyse de droit comparé sous l'angle du droit civil québécois et du bijuridisme canadien*, mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 2001.

L'HEUREUX, N., E. FORTIN et M. LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2004.

MACKAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz/Thémis, 2008.

MALHERBE, J.-F., *La démocratie au risque de l'usure : l'éthique face à la violence du crédit abusif*, Montréal, Liber, 2004.

MORIN, F., *Les présupposés de la règle de droit. Essai sur le non-dit du droit*, Montréal, Liber, 2006.

MORIN, J.-Y., *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, Académie de droit international, tiré à part du *Recueil des cours*, t. 254, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

NORMAND, S., *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000.

PARIZEAU, J., *La souveraineté du Québec – Hier, aujourd'hui et demain*, Montréal, Les éditions Michel Brûlé, 2009.

PAYETTE, L., *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1994.

PAYETTE, L., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2001.

PAYETTE, L., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2006.

PRATTE, D., *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1995.

REID, J., *Code des sûretés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

RIVARD, A., *Manuel de la Cour d'Appel*, Montréal, Éditions Variétés, 1941.

SEYMOUR, M., *De la tolérance à la reconnaissance*, Montréal, Boréal, 2008.

### ***Textes congolais***

AMNESTY INTERNATIONAL, *Une Guerre sans fin pour les femmes et les enfants*, Londres, Amnesty International Publication, 2008.

G. KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil : Régime foncier et immobilier*, vol. 2, Limete-Kinshasa, Presses Universitaires du Zaïre, 1985.

JORIS, L., *L'Heure des rebelles*, Arles (Fr.), Actes Sud, 2007.

Lukombe NGHENDA, *Droit civil: Les biens*, Kinshasa, Publication des Facultés de Droit du Congo, 2003.

NATIONS UNIES, *Application de la résolution 60/251 de l'assemblée générale du 15 mars 2006*, intitulée « Conseil des droits de l'homme », Rapport de l'expert indépendant sur la situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo, Titinga Frédéric Pacéré (21 février 2007).

NZUZI, F.L., *Kinshasa – Ville et Environnement*, L'Harmattant, 2008.

RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, MINISTÈRE DE L'URBANISME ET HABITAT, *Condensé du Plan d'action national pour l'habitat*.

RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, MINISTÈRE DE L'URBANISME ET HABITAT, *Programme d'investissement prioritaire P.I.P., Dossier : renforcement institutionnel*, Janvier 2009.

SOHIER, A., *Traité élémentaire de Droit Coutumier du Congo Belge*, 2e éd., Bruxelles, Maison F. Larcier, 1954.

THE ECONOMIST, *Economist Intelligence Unit, Democratic Republic of Congo : Country Profile 2008*, 2008.

Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004.

Vincent KANGULUMBA MBAMBI, *Précis de droit civil des biens : Théorie générale des biens et théorie spéciale des droits réels fonciers et immobiliers congolais*, t. 1, Louvain-La-Neuve (Bel.), Bruylant-Academia S.A., 2007.

### ***Textes égyptiens***

ABDELRAHMAN, M.M., *Civil Society Exposed : The Politics of NGOs in Egypt*, Cornwall (Great-Britain), The American University in Cairo Press, 2004.

AMIRMOKRI, V., *L'islam et les droits de l'homme : l'islamisme, le droit international et le modernisme islamique*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2004.

BERNARD-MAURIGNON, N., *Le politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Égypte*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

BERNARD-MAURIGNON, N. et B. DUPRET, *Egypt and its Laws*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.

BLANC, F.P., *Le droit musulman*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995.

BROWN, N., *The Rule of Law in the Arab World*, Cambridge University Press, 1997.

BOTIVEAU, B., *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris, Khartala-Iremam, 1993.

CIDA Project No. K062240, *Field study and report made possible through the financial contribution of the Government of Canada, represented by the Minister for International Cooperation, acting through the Canadian International Development Agency*, « Real Estate Finance Law in Egypt : Securing Access to Affordable Housing, Report and Recommendations (Deliverables 1 and 2) », Revised June 28, 2006, and « Housing and Construction Finance Law in Egypt : Securing Access to Affordable Housing: Executive Summary and Recommendations », May 2007, Heenan Blaikie LLP.

DAVID, R. et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002.

DAVID, R., et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1992.

DEBS, R.A., *The Law of Property in Egypt: Islamic Law and Civil Code*, Thèse de doctorat (Ph.D.), Princeton University, Modern History, 1963, University Microfilms Inc., Ann Arbor, Michigan.

DE SOTO, H., *Dead Capital and the Poor in Egypt*, Le Caire, The Egyptian Center for Economic Studies, 1997.

EL ASWANY, A., *L'Immeuble Yacoubian*, Arles (Fr.), Actes Sud, 2006.

EL-ERIAN, M.A., *Globalization and the Arab Economies: From Marginalization to Integration*, Le Caire, The Egyptian Center for Economic Studies, Working Paper No 14, Juillet 1997.

GALAL, A., « Priorities for rapid and shared economic growth in Egypt », dans SCHLEMMER-SCHULTE, S. et K.-Y. TUNG, dir., *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata : International Finance and Development Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 343.

GALAL, A., *Which Institutions Constrain Economic Growth in Egypt the Most?*, Le Caire, The Egyptian Center for Economic Studies, Working Paper No 1, 1995.

HAENNI, P., *L'islam de marché: l'autre révolution conservatrice*, Condé-sur-Noireau (Fr.), Seuil, 2005.

HELMY, O., *The Efficiency of the Bankruptcy System in Egypt*, Nile City (Égypte), The Egyptian Center for Economic Studies, Working Paper No. 100, Mars 2005.

INSOL INTERNATIONAL, *Financing in Insolvency Proceedings*, Londres, William Clowes Ltd. Beccles, Suffolk, 2006.

KAMEL EL-HEFNAWI, A.I., « *Protecting* » agricultural land from urbanization or « *Managing* » the conflict between informal urban growth while meeting the demands of the communities (*Lessons learnt from the Egyptian policy reforms*), thèse de doctorat, Université du Caire, Faculté d'ingénierie, 2001.

LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de droit musulman comparé*, vol. 1, Paris, Mouton & Co, 1965.

LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de droit musulman comparé*, vol. 3, Paris, Mouton & Co, 1973.

MILLIOT, L and BLANC, F. P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2<sup>e</sup>éd., Dalloz, 1987, (réimpression en 2001).

MURPHY, C., *Passion for Islam. Shaping the Modern Middle East: The Egyptian Experience*, New York, Scribner, 2002.

POMMIER, S., *Égypte : L'envers du décor*, Paris, Éditions La Découverte, 2008.

ROE, A. R., *The Egyptian Banking System: Liberalization, Competition and Privatization*, Le Caire, The Egyptian Center for Economic Studies, Working Paper No. 28, Juin 1998.

ROY, O., *La laïcité face à l'islam*, Barcelone, Éditions Stock, 2005.

THE ECONOMIST, Country Report : Egypt, Economist Intelligence Unit, Londres, Mai 2010.

USAID, *Congressional Budget Justification for Foreign Operations – Fiscal Year 2009*, en ligne : <http://www.usaid.gov/policy/budget/cbj2009/101368.pdf> (consulté le 11 août 2008).

USAID / EGYPT, *Quarterly Progress and Year 5 Annual Report. July – September 2009 (last quarter of Year 5). October 2008- September 2009 (Annual Report)*, January 20, 2010, en ligne : [http://www.usaideconomic.org/EFSPublication\\_Details\\_Results.asp?publicationId=2196](http://www.usaideconomic.org/EFSPublication_Details_Results.asp?publicationId=2196) (consulté le 29 mai 2010).

VITTAS, D., *The Role of Nonbank Financial Intermediaries*, Le Caire, The Egyptian Center for Economic Studies, Working Paper No. 31, Août 1998.

ZIADEH, F.J., *Property Law in the Arab World: Real Rights in Egypt, Iraq, Jordan, Lebanon, Libya, Syria, Saudi Arabia and the Gulf States*, Londres, Graham & Trotman Limited, 1979.

ZUBAIDA, S., *Law and Power in the Islamic World*, Londres, I.B. Tauris, 2003.

### ***Textes internationaux et étrangers***

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Les droits civilistes en question : À propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, en ligne : [http://www.chairejlb.ca/pdf/tradition\\_civiliste.pdf](http://www.chairejlb.ca/pdf/tradition_civiliste.pdf) (consulté le 13 juillet 2008).

AUBERT, J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1998.

BEALE, H., M. BRIDGE, L. GULLIFER et E. LOMNICKA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford University Press, 2007.

BJERRE, C.S. et S.M. ROCKS, *The ABCs of the UCC – Article 8 : Investment Securities*, 2<sup>e</sup> éd., ABA Section of Business Law, 2004.

BOUCKAERT, B. et G. DE GEEST, dir., *Encyclopedia of Law and Economics*, Northampton (Ma.), Edward Elgar, 2000.

BOURDIEU, P., *Les structures sociales de l'économie*, Lonrai (Fr.), Seuil, 2000.

CABRILLAC, M. et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999.

CHARTIER, J.-L. A. Portalis, *le père du Code civil*, Saint-Amand-Montrond (Fr.), Fayard, 2004.

CHEVALLIER, J., dir., *L'État de droit*, La documentation française, 2005.

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *La Convention de La Haye sur les titres : un régime de conflits de lois moderne et mondial pour les transactions impliquant des titres détenus auprès d'un intermédiaire*, en ligne : <http://www.hcch.net/upload/outline36f.pdf> (consulté le 29 novembre 2009).

DAVID, R., et C. JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002.

DE LACY, J., dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010.

Del MARMOL, C., *La faillite en droit anglo-saxon*, Paris, L.G.D.J., 1936.

DESSEMONTET, F., dir., *Sûretés et garanties bancaires*, Paris, Litec, 1997.

EBADI, S., *Iranienne et libre – Mon combat pour la justice*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

EIGENMANN, A., *L'effectivité des sûretés mobilières : étude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 2001.

EWALD, F., dir., *Naissance du Code civil. Travaux préparatoires du Code civil (extraits choisis et présentés par François Ewald)*, Mayenne (Fr.), Flamarion, 2004

FLETCHER, I.F., *The Law of Insolvency*, 4<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2009.

GAUDEMET, J., *Les naissances du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999.

GILMORE, G., *Security Interests in Personal Property*, vol. 1, Boston, Little, Brown and Company, 1965.

GILMORE, G., *Security Interests in Personal Property*, vol. 2, Boston, Little Brown, and Company, 1965.



GOODE, R., *Commentaire officiel sur la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le Protocole y relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques*, Rome, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), 2002.

GOODE, R., *Legal Problems of Credit and Security*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003.

GOODE, R., H. KANDA, K. KREUZER, et C. BERNASCONI, *Convention de la Haye sur les titres : rapport explicatif*, Brill Academic Publisher, 2005.

HART, H.L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976.

HAYEK, F.A., *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.

HONNOLD, J.O., S.L. HARRIS et C.W. MOONEY, Jr., *Security Interests in Personal Property*, 3<sup>e</sup> éd., New York, Foundation Press, 2001.

JEANTIN, M. et P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Dalloz, 2007.

JONES, W.J., *The Foundations of English Bankruptcy : Statutes and Commissions in the Early Modern Period*, vol. 69, Philadelphie, The American Philosophical Society, 1979.

LEGEAIS, D., *Sûretés et garanties du crédit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002.

LoPUCKI, L.M., *Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2005.

LoPUCKI, L.M. et E. WARREN, *Secured Credit. A Systems Approach*, New York, Aspen Publishers, 2009.

MALAURIE, P. et L. AYNÈS, *Cours de droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Éditions Cujas, 8<sup>e</sup> éd., 1996.

MALAURIE, P. et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, t. 9, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1995.

MALOUF, A., *Les Identités meurtrières*, Paris, Le Livre de Poche.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, Paris, Gallimard, 1995.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. II, Paris, Gallimard, 1995.

NORTH, D., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

OURLIAC, P. et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français : de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985.

PICOD, Y., *Droit des sûretés*, Paris, Presses Universitaires de France (Thémis droit public), 2008.

PIEDELIEVRE, S., *Les sûretés*, Paris, Armand Collin, 1996.

RIFFARD, J.-F., *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du Droit français*, Clermont-Ferrand (Fr.), Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 1997.

SARKAR, R., *Development Law and International Finance*, 2<sup>e</sup> éd., La Haye, Kluwer Law International, 2002.

SIMLER, P. et P. DELEBECQUE, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004.

SMITH, A., *The Wealth of Nations*, Everyman's Library, 1991.

STEYN, M., *America Alone- The End of the World as we know it*, Washington, Regnery Publishing, Inc., 2006.

STIGLITZ, J.E., *La grande désillusion*, trad. par P. CHEMLA, Paris, Fayard, 2002.

T'KINT, F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1998.

UNIDROIT, *Projet de commentaire officiel sur le projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires*, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/conference/conferecedocuments2009/conf11-2-005-f.pdf> (consulté le 29 novembre 2009).

VOIRIN, P. et G. GOUBEAUX, *Droit civil : personnes – famille – incapacité – biens – obligations – sûretés*, t. 1, 29<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2003.

WHITE, J.J. et R.S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5<sup>e</sup> éd., St. Paul (Minnesota), West Group, 2000.

WOOD, P.R., *Comparative Law of Security and Guarantees*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995.

### ***Articles de revues et études d'ouvrages collectifs***

#### ***Textes canadiens***

ALVARO, A., « Why Property Rights Were Excluded from the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1991) 24 *Revue canadienne de science politique* 309.

BASTARACHE, M., « Le bijuridisme au Canada », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme*

canadien : fascicule 1, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 17.

BRUNELLE, D., « Libre-échange et gouvernance : le Canada et la politique de continentalisation », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 385.

BRUNNÉE, J., « L'unification de l'enseignement du droit en Europe ? », dans GLENN, H.P., dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 567.

CANADA, COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Les sûretés fédérales*, par FRASER MILNER CASGRAIN, Ottawa, Commission de droit du Canada, 2000, en ligne : <http://www.cc.gc.ca/fr/themes/pr/cpra/fraser/fsi.pdf> (consulté le 18 juillet 2001).

CANADIAN BANKERS ASSOCIATION, *Examination of the Administration and Operation of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies Creditors Arrangement Act*, submitted to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, Juin 2003 [non publié].

COASE, R.H., « The problem of social cost », (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1.

CRAWFORD, B., « The Hague "PRIMA" Convention: Choice of Law to Govern Recognition of Dispositions of Book-based Securities in Cross Border Transactions » (2003) 38 *Can. Bus. L.J.* 157.

DAVIS, R. B., « From *St. Mary's Paper* to *TCT Logistics*: Receiver-Managers of Insolvent Companies in a Constitutional Battlefield », (2005) 42 *Can. Bus. L.J.* 1.

DEBRUCHE, A.-F., « Les biens », dans BÉLANGER-HARDY, L. et A. GRENON, dir., *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 101.

DION, M., « Bijuridisme canadien et harmonisation du droit », dans *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 187.

DION, M., « Bijuridisme canadien et harmonisation du droit », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 1, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2001, 38.

DUGGAN, A., « Tracing, Canadian Style: *Re Graphicshoppe* and Other Recent Cases » (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 292.

FALLOON, M., « Days numbered for U.K. share certificates », *National Post [Toronto]*, 8 avril 2006 (FP9).

FARLEY, J., « Review Essays and Book Reviews. *Courting Failure : How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts*, by Lynn M. LoPucki (Ann Arbor, U. Michigan Press, 2005, 322 pages, US \$ 27.95 », (2006) 44 *Can. Bus. L.J.* 306.

GERVAIS, M.-C., « Harmonisation des lois fédérales avec le droit civil du Québec et le postulat de la complémentarité », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 1, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 10.

GERVAIS, M.-C. et M.-F. SÉGUIN, « Le bijuridisme au Canada et dans le monde : quelques considérations » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 2, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 1.

GOLLOB, J.B., « Distressed Debt Lenders and their Impact on Restructurings and Workouts in Canada », *Annual Review of Insolvency Law*, 2004, Toronto, Carswell, 2005, 173.

GRENON, A., « Dans un contexte d'harmonisation et d'économies intégrées, quelques réflexions au sujet du concept de propriété en droit civil et en common law », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Deuxième recueil d'études en fiscalité*, Association de planification fiscale et financière et Ministère de la Justice du Canada, 2005, 1:1, en ligne : [http://www.apff.org/francais/Publications/bijuridisme\\_canadien.html](http://www.apff.org/francais/Publications/bijuridisme_canadien.html) (consulté le 3 avril 2010).

GRENON, A., « La mondialisation progressive des Facultés de droit au Canada », (2001) 31 *R.G.D.* 741.

GRENON, A., « La problématique entourant les « sûretés-propriétés » au Québec : *Lefebvre (Syndic de)*; *Tremblay (Syndic de)* et *Ouellet (Syndic de)* », (2005) 35 *R.G.D.* 285.

GRENON, A., « Major Differences Between PPSA Legislation and Security over Movable in Quebec under the New Civil Code », (1996) 26 *Can. Bus. L.J.* 391.

GROUPE DU BIJURIDISME ET DES SERVICES D'APPUI À LA RÉDACTION, DIRECTION DES SERVICES LÉGISLATIFS, MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, « Présentation des propositions d'harmonisation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* avec le droit civil québécois », (2003) 37 *R.J.T.* 19.

GROUPE DU BIJURIDISME ET DES SERVICES D'APPUI À LA RÉDACTION, DIRECTION DES SERVICES LÉGISLATIFS, MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA et DIRECTION DES POLITIQUES DU DROIT CORPORATIF ET DE L'INSOLVABILITÉ, INDUSTRIE CANADA, « Quelques questions de politique législative », (2003) 37 *R.J.T.* 147.

HALL, G.R., « Commentaries. Asset Backed Commercial Paper and the “Intention of Parliament” in the Ontario Court of Appeal », (2008) 47 *Can. Bus. L. J.* 54.

JACKSON, D.R.M., « Is There Anything Left for the Secured Lenders ? The Current State of Statutory Super Priorities and the Impact of Bill C-55 », (2006) 23 *National Insolvency Review* 1.

JOHANSEN, D., « Le droit à la propriété et la constitution », Division du droit et du gouvernement du Canada, Ottawa, Octobre 1991, en ligne : <http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp268-f.htm> (consulté le 11 juillet 2008).

KENT, A., « Comment on Professor Yamauchi’s Paper », [2004] 40 *Canadian Business Law Journal* 295.

LEE, I.B., « Le marché du droit : Observations néoclassiques sur les rapports *Doing Business* et la rivalité common law – droit civil », dans *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques – Les journées Maximilien-Caron 2008*, Montréal, Les Éditions Thémis, 77.

LEVERT, L.A., « La cohabitation du bilinguisme et du bijuridisme dans la législation fédérale canadienne : mythe ou réalité ? » dans *L’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 1, *Bijuridisme et harmonisation : Genèse*, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 5.

LIGHT, D.B., « Involuntary Subordination of Security Interests to Charges for DIP Financing under the Companies’ Creditors Arrangement Act », 30 C.B.R. (4th) 245.

MacDONALD, P. et B. HARRISON, « Receivership Orders – Where do we go from here? », (2004) 21 *National Insolvency Review* 65.

MAGUIRE WELLINGTON, L., « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l’harmonisation » dans *L’harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 4, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 1.

McBEAN, J., « The Implications of Entrenching Property Rights in Section 7 of the Charter of Rights », (1987) 26 *Alta. L. Rev.* 548.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Activités et priorités du ministère de la Justice en droit international privé – Rapport à la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada*, août 1998.

PAQUET, G., « Mondialisation et gouvernance : Le droit à l’épreuve de la gouvernance », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 363.

PARENT, M.-F., « La création des mécanismes de sûreté par le législateur fédéral dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, fascicule 8b, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001.

PERRET, L., « De la nécessité d'enseigner le droit civil et la common law dans les Facultés de droit au Canada », (2001) 31 *R.G.D.* 731.

PERRET, L., « La valeur économique du bijuridisme canadien », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 225.

PARTI CONSERVATEUR DU CANADA, *Changeons pour vrai*, Programme électoral du Parti conservateur du Canada 2006, en ligne : <http://www.conservative.ca/media/20060113-Platform-f.pdf> (consulté le 11 juillet 2008).

PRITCHARD, K., « Analysis of Recent Cases under the Companies' Creditors Arrangement Act », (2004) 40 *Canadian Business Law Journal* 117.

REIF, L.C., « The Evolution of Common Law in Canada », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 95.

ROMAN, A.J. et M.J. SWEATMAN, « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over », (1992) 71 *R. du B. can.* 77.

SARRA, J., « Debtor in Possession Financing : The Jurisdiction of Canadian Courts to Grant Super-Priority Financing in CCAA Applications », (2000) 23 *Dalhousie L.J.* 337.

SARRA, J.P., « Governance and Control: The Role of Debtor-in-Possession Financing under the CCAA », dans *Annual Review of Insolvency Law, 2004*, Toronto, Carswell, 2005, 119.

SARRA, J., « Judicial Exercise of Inherent Jurisdiction under the CCAA », (2004) 40 *Can. Bus. L. J.* 280.

SHEA, E.P., « Coming into force of the *WEPPA* and certain of the amendments to the *BIA* », (2008) 25-4 *National Insolvency Review* 50.

SPINK, E.T. et M.A. PARÉ, « The *Uniform Securities Transfer Act*: Globalized Commercial Law for Canada », (2003) 19 *Banking & Finance Law Review* 321.

THE COUNCIL OF CANADIANS, *Council denounces Harper's desire to include property rights in Charter*, Media Release, January 10, 2006, en ligne : <http://www.canadians.org/media/other/2006/10-Jan-06.html> (consulté le 11 juillet 2008).

TOOPE, S.J., « Legal and Judicial Reform through Development Assistance : Some Lessons », (2003) 48 *R.D. McGill* 357.

TREBILCOCK, M., « Searching for Hope : The Countries that Globalization has left behind », (2008) 46 *Can. Bus. L. J.* 184.

VAUCLAIR, A., et M.-F. PARENT, « L'harmonisation de la législation fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité avec le droit civil de la province de Québec : quelques problématiques », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, deuxième publication, fascicule 8a, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, 1.

VAUCLAIR, A. et L. TASSÉ, « Droit civil et common law en équilibre sur la balance de Thémis : l'exemple de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », (2003) 37 *R.J.T.* 5.

YAMAUCHI, K., « The Court's Inherent Jurisdiction and the CCAA : a beneficent or bad doctrine ? », (2004) 40 *Can. Bus. L. J.* 250.

ZIEGEL, J., A.L. DUGGAN, R.J. WOOD, S. BEN-ISHAI, T. BUCKWOLD, R.C.C. CUMING, et V. BLACK, V., *Submissions on Bill C-55, 2005 : The Wage Earner Protection Program Act, and Amendments to the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act, presented to the Committee on Industry, Natural Resources, Science and Technology*, 9 novembre 2005.

ZIEGEL, J., « Bill C-55 and Canada's Insolvency Law Reform Process », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 76.

ZIEGEL, J., « Canada bankruptcy law is out of date. Change has been too long in coming », *Financial Post [de Toronto]*, mardi, 10 mars 2009, en ligne : <http://www.financialpost.com/story.html?id=1371584> (consulté le 14 janvier 2010).

ZIEGEL, J.S., « Canadian Perspectives on "How Far Is Article 9 Exportable" », (1996) 27 *Can. Bus. L.J.* 226.

ZIEGEL, J.S., « Corporate Groups and Crossborder Insolvencies : A Canada – United States Perspective », (2002) *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 367.

ZIEGEL, J.S., « Personal Property Security and Bankruptcy : There is No War ! », (1993) 72 *R. du B. can.* 44.

ZIEGEL, J.S., « The Modernization of Canada's Bankruptcy Law in a Comparative Context », 4 *C.B.R.* (4th) 151.

ZIEGEL, J., « The Travails of Bill C-55 », (2005) 42 *Can. Bus. L. J.* 440.

ZIMMERMAN, H.A., « Financing the Debtor in Possession », Tenth Annual Meeting and Conference, Scottsdale, Arizona, Novembre 1999 [non publié].

*Textes québécois*

ABITAN, S. et D. TARDIF-LATOURELLE, David, « Les restructurations effectuées conjointement au terme des lois sur l'insolvabilité et des lois corporatives », Association du Barreau Canadien, Division Québec, Section Faillite et Insolvabilité Montréal, 29 novembre 2005 [non publié].

ABITAN, S., « Super-priority Lending under the Companies' Creditors Arrangement Act », Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information Co., Montréal, 22 et 23 septembre 2003 [non publié].

AUGER, J., « La spécialité de l'hypothèque », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, 607.

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

AUGER, J., « Le style civiliste et le droit des sûretés réelles », dans KASIRER, N., dir., *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, 47.

AUGER, J., « Problèmes actuels de sûretés réelles », (1997) 31 *R.J.T.* 619.

AUGER, J., et A. BOHÉMIER, « Le statut du syndic », (2003) 37 *R.J.T.* 59.

AUGER, J., A. BOHÉMIER et R.A. MACDONALD, « Le traitement des créanciers dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les mécanismes de garantie du droit civil du Québec », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la justice, 1997, 911.

BARIL, D., M.-F. BAZZO, J. BEAUCHEMIN, P. BÉGIN, H. BRUN, C. DUFOUR, J. GODBOUT, J.-C. HÉBERT, Y. LAMONDE, B. LANDRY, J. LATOUR, C. PELCHAT, G. ROCHER, « Déclaration des Intellectuels pour la laïcité – Pour un Québec laïque et pluraliste » dans *Le Devoir [de Montréal]*, le mardi 16 mars 2010 (A7), en ligne : <http://www.quebeclaique.org/> (consulté le 13 juin 2010).

BAUDOIN, L., « Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec » dans *Les systèmes de droit contemporains*, t. 21, Paris, Dalloz, 1967.

BEAUDRY, P., « L'affaire *Amselem*: le droit de pratiquer sa religion vs. la liberté de contracter » (15 octobre 2005) *Le Québécois libre* n° 159, en ligne : <http://www.quebecoislibre.org/05/051015-6.htm> (consulté le 18 juillet 2008).

BENOIT, P., « Le financement des entreprises insolubles », dans Association de planification fiscale et financière, *Congrès 2003*, 21 :1.

BÉLANGER, P.H., « Droits, priorités et super priorités des ministères du Revenu », (2001) 35 *R.J.T.* 83.



BELLEAU, M.-C., « Les *juristes inquiets* : classicisme juridique et critique du droit au début du xx<sup>e</sup> siècle en France », (1999) 40 *Les Cahiers de Droit* 507.

BISSON, A.-F., « A Comparison Between Statutory Law and a Civil Code », dans LANDRY, R.A. et E. CAPARROS, dir., *Essays on the Civil codes of Québec and St. Lucia*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1984, 225.

BISSON, A.-F., « Aspects contemporains de la codification », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The Legal Order and the Realm of Commerce*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 135.

BISSON, A.-F., « Dualité de systèmes et codification civiliste », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 39.

BISSON, A.-F., « La *Disposition préliminaire* du Code civil du Québec », (1999) 44 *R.D. McGill* 539.

BOHÉMIER, A., « Application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* à la fiducie du *Code civil du Québec* », (2003) 37 *R.J.T.* 115.

BOISVERT, Y., « Des juges non élus - heureusement », *La Presse [de Montréal]*, le vendredi 13 juin 2008, en ligne : [www.cyberpresse.ca/article/20080613/CPOPINIONS05/806130807/6749/CPOPINIONS05](http://www.cyberpresse.ca/article/20080613/CPOPINIONS05/806130807/6749/CPOPINIONS05) (consulté le 4 juillet 2008).

BOSSET, P., D. LEYDET, J. MACLURE, M. MILOT et D. WEINSTOCK, « Manifeste pour un Québec pluraliste », dans *Le Devoir [de Montréal]*, le mercredi 3 février 2010 (A7), en ligne : <http://www.pourunquebecpluraliste.org/> (consulté le 13 juin 2010).

BOODMAN, M., « Quelques problèmes de publicité à propos de l'hypothèque mobilière », (1995) 1 *C.P. du N.* 435.

BOODMAN, M., « The Myth of Harmonization of Laws » dans *Contemporary Law / Droit contemporain*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 126.

BOODMAN, M. et R.A. MACDONALD, « How Far Is Article 9 of the Uniform Commercial Code Exportable ? A Return to Sources ? », (1996) 27 *Can. Bus. L.J.* 249.

BOUCHARD, C., « Entreprise », (2005) 107 *R. du N.* 149.

BOUDREAULT, M., « Développements en droit des sûretés », dans *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 175.

BOUDREAULT, M., « Le dixième anniversaire du *Code civil du Québec* : l'évolution dans le domaine des sûretés réelles », (2003) 105 *R. du N.* 675.

BOUDREAULT, M., « Sûretés », (2005) 107 *R. du N.* 175.

BOUDREAULT, M. et S. BRUNELLE, « L'impact des modifications entrées en vigueur le 17 septembre 1999 relativement à la création et à la publication de certains droits mobiliers », (1999) 2 *C.P. du N.* 19.

BOUDREAULT, M. et P. CIOTOLA, « Présentation et critique des dispositions du Projet de loi 125 portant sur les sûretés réelles », (1991) 22 *R.G.D.* 697.

BRAËN, A., « L'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif », dans *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 807.

BRIERLEY, J.E.C., « Bijuralism in Canada », dans *Contemporary Law / Droit contemporain*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 22.

BRIERLEY, J.E.C., « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec » dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 103.

BRIERLEY, J.E.C., « Quebec Civil Law Codification Viewed and Reviewed », (1968) 14 *McGill L.J.* 521.

BRIERLEY, J.E.C., « Titre sixième. De certains patrimoines d'affectation », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil : personnes, successions, biens*, vol. 1, Ste-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1993, 735.

BROCHU, F., « Critique d'une réforme cosmétique en matière de publicité foncière », (2003) 105 *R. du N.* 761.

BROCHU, F., « La crise d'adolescence du RDPRM », (2002) 104 *R. du N.* 323.

BROCHU, F., « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2005) 107 *R. du N.* 203.

BRUNELLE, C., « La sécurité et l'égalité en conflit: la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive? », dans BARREAU DU QUÉBEC ET TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2005, 343.

CADORET, L., « RDPRM : de plus en plus connu », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit civil (2001)*, v. 161, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2001, 55.

CADORET, L. et N. PAGÉ, « RDPRM, facile comme  $2 + 2 = 4$  ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 93.

CANET, R., « Solidarité nationale, luttes sociales et recomposition identitaire : communauté politique et société civile à l'ère globalisée », dans DUCHASTEL, J. et R. CANET, *Crise de l'État, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna éditions, 2006, 7.

CANTIN-CUMYN, M., « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innomés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3.

CANTIN-CUMYN, M., « L'origine de la fiducie québécoise », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1997, 199.

CANTIN CUMYN, M. et M. CUMYN, « La notion de biens », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 127.

CAUCHON, M., « Avant-propos du ministre de la Justice et procureur général du Canada », (2003) 37 *R.J.T.* 3.

CHAMBERLAND, J., « Le sens des mots dans le *Code civil du Québec* », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 25.

CIOTOLA, P., « Commentaires sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 *R.J.T.* 569.

CIOTOLA, P., « Droit des sûretés : Épizootie législative ou contre-réforme? », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 41.

CIOTOLA, P., « Droit des sûretés : Épizootie législative ou contre-réforme? », (2003) 105 *R. du N.* 853.

CIOTOLA, P., « 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*, vol. 3, Sainte-Foy (Qc.), Presses de l'Université Laval, 1993, 303.

CIOTOLA, P., « Les cessions de créances : modalités de réalisation et conflits de collocation », (1982-1983) 17 *R.J.T.* 355.

CIOTOLA, P. et A. LEDUC, « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois ? », (2006) 40 *R.J.T.* 5.

CIOTOLA, P. et A. LEDUC, « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois ? », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 361.

CLAXTON, J.B., « The Quebec R.R.S.P. and *Bank of Nova Scotia v. Thibault* » (2003) 63 *R. du B.* 255.

COMITÉ PERMANENT DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DES SÛRETÉS, *Mémoire concernant la publicité des droits personnels et réels mobiliers et la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession (P.L. 181)*, février 1998, en ligne :

<http://www.barreau.qc.ca/opinions/memoires/1998/pl181.pdf> (consulté le 23 décembre 2004).

CÔTÉ, P.-A., « Discernement et fidélité dans l'application du nouveau droit civil », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 67.

CARON, Y., « L'Article 9 du Code uniforme de commerce peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois » dans ZIEGEL, J.S. et W.F. FOSTER, dir., *Aspects of Comparative Commercial Law : Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions*, Montréal, Eugène Doucet, 1969, 374.

CHEMILLIER-GENDREAU, M., « Le désordre mondial, crise institutionnelle ou fondements défectueux ? », dans DUCHASTEL, J. et R. CANET, *Crise de l'État, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna éditions, 2006, 65.

CLAXTON, E.B., « Securitizations, Monetizations, Royalty Trusts and the Quebec Trust », dans *Conférences Meredith – Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*, Montréal, Faculté de droit de l'Université McGill, 1997, 359.

COMITÉ DE RÉDACTION – EDITORIAL COMMITTEE (*DICTIONNAIRE DE DROIT PRIVÉ & PRIVATE LAW DICTIONARY*), « Notes lexicographiques – Lexicographical Notes / Droit réel – Real Right », (1998) 100 *R. du N.* 275.

CRÉPEAU, P.-A., « Essai de lecture du message législatif », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1995, 199.

CRÉPEAU, P.-A., « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729.

CRÉPEAU, P.-A., « Les enjeux de la révision du Code civil », dans André POUPART, dir., *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Faculté de l'éducation permanente, Université de Montréal, 1979, 11.

CRÉPEAU, P.-A., « Unification du droit privé : perspectives canadiennes », dans *Meredith Mem. Lect. 1998-1999 : La pertinence renouvelée du droit des obligations : back to basics / The Continued Relevance of The Law of Obligations : Retour aux Sources*, Faculté de droit, Université McGill, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2000, 3.

CUMYN, M. et L. LALANCETTE, « Le cadre juridique du paiement par carte de crédit et les moyens de défense du titulaire », (2005) 35 *R.G.D.* 5.

DEBRUCHE, A.-F., « What is “Equity” ? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures », (2009) 39 *R.G.D.* 203.

DESJARDINS, Y., « Le principe de la spécialité de l'hypothèque rejeté par la Cour d'appel », (2000) 102 *R. du N.* 441.

DESCHAMPS, M., « Vers une approche renouvelée de l'indivision », (1984) 29 *R.D. McGill* 215.

DESCHAMPS, M., « La fiducie pour fins de garantie », dans *Conférences MEREDITH Lectures 1997 : Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain / Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*, Faculté de droit, Université McGill, 1997, 134.

DESCHAMPS, M., « Le nouveau régime québécois de sûretés sur les valeurs mobilières », (2009) 68 *R. du B.* 545.

DESCHAMPS, M., « Les sûretés sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire en droit canadien » (2005) *X Rev. dr. unif.* 189.

DESCHAMPS, M., « The Priority Rules of the United Nations Receivables Convention : A Comment on Bazinas », (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law* 389.

DESCHAMPS, M., « Les conflits de lois en droit des sûretés au Canada et aux États-Unis – Comparaison entre le Code civil du Québec, les PPSAs et le UCC », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit bancaire (2003)*, EYB2003DEV548.

DESJARDINS, A., « Réflexions critiques sur l'arrimage entre le droit du travail et la pratique en regard de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », Conférence portant sur les développements législatifs et jurisprudentiels en matière de protection des salariés dans le cadre des restructurations : la perspective de l'employeur et des salariés, Association du Barreau Canadien, division Québec, Section « Faillite et insolvabilité », Montréal, 23 septembre 2009 [non publié].

DESLAURIERS, J. et P. VERGE, « L'insolvabilité de l'employeur et l'application des lois régissant les rapports collectifs de travail » (2003) 63 *R. du B.* 415.

DIETZE, S.H., « Recents Developments in Secured Financing by Way of Instalment Sale, Leasing and Lease », (1999) 59 *R. du B.* 1.

DIETZE, S.H., « Securitizations and the Province of Quebec », (2002) 18 *B.F.L.R.* 1.

DUCHAINED, P., « Le locateur à long terme d'un bien meuble doit-il publier le bail afin que son titre de propriété soit opposable aux tiers ? », (2002) 104 *R. du N.* 529.

DUCHAINED, P. et D.-C. LAMONTAGNE, « Rdprm : Duplicité ou Publicité du Registre Mobilier ? », (2003) 105 *R. du N.* 795.

DUPLESSIS, I., « Le droit international a-t-il une saveur coloniale ? L'héritage des institutions internationales multilatérales », (2008) 42 *R.J.T.* 311.

EMERICH, Y., « Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété », (2008) 38 *R.G.D.* 339.

FRENETTE, F., « Chronique de jurisprudence – Emphytéose sur un terrain du domaine public, hypothèque légale de la construction et restriction partielle au droit de disposer », (2004) 106 *R. du N.* 127.

FRENETTE, F., « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *Les Cahiers de Droit* 803.

FRENETTE, F., « L'influence de la pratique quotidienne du notariat sur l'évolution de la législation québécoise », (2001) 103 *R. du N.* 213.

FRENETTE, F., « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 *C. de D.* 439.

GAGNON, C. et S. ALLARD, « La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem* et le droit québécois de la copropriété divise: un point de vue notarial », (2005) 1 *C.P. du N.* 317.

GLENN, H.P., « La civilisation de la common law », dans *Mélanges Germain Brière*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 595.

GLENN, H.P., « La Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, le droit commun et les principes généraux du droit », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 339.

GLENN, H.P., « Harmonization of Private Law Rules Between Civil and Common Law Jurisdictions », dans ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ / INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW, *Rapports généraux, XIII<sup>e</sup> congrès international, Montréal 1990, XIIIth International Congress General Reports*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 79.

GLENN, H.P., « Remarques de synthèse sur l'évolution contemporaine des droits / Concluding Remarks on the Contemporary Evolution of Laws », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuralisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 235.

GLENN, H.P., « Harmony of Laws in the Americas », (2003) 34 *University of Miami Inter-Am. L. Rev.* 223.

GOLDSTEIN, G., « L'expérience canadienne en matière d'uniformisation, d'harmonisation et de coordination des droits », (1998) 32 *R.J.T.* 235.

GONTHIER, C.D., « Liberty, Equality, Fraternity : The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity : The Unspoken Third Pillar of Democracy », (2000) 45 *R.D. McGill* 567.

GOUTTEFARDE, F., « Positivisme juridique et Modernité », (2007) 37 *R.G.D.* 7.

GRUDA, A., « L'Égypte, année zéro », dans *La Presse [de Montréal]*, lundi le 14 février 2011 (A20).

GUILLEMARD, S. et A. PRUJINER, « La codification internationale du droit international privé : un échec? », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 175.

ISSALYS, P., « La rédaction législative et la réception de la technique française », dans GLENN, H.P., dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 119.

JÉRÔME-FORGET, M., « Les leçons à tirer des scandales financiers », dans LEDUC, A., dir., *Les récents scandales financiers au Québec en matière de fonds communs de placement*, L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, DIVISION QUÉBEC, *Actes de la formation juridique permanente 2008*, vol. 1, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2008, 131.

JOBIN, P.-G., « Le droit comparé dans la réforme du Code civil du Québec et sa première interprétation », dans GLENN, H.P., dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 69.

KASIRER, N., « *Lex-icographie mercatoria* », (1999) 47 *Am. J. Comp. L.* 653.

LAFOND, P.-C., « Les nouvelles fonctions de la propriété. La vente à tempérament : une sûreté singulière à régimes pluriels », (2004) 106 *R. du N.* 45.

LALONDE, L., « La TPS et la TVQ : le loup de retour dans la bergerie », dans SARRA, J.P., dir., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2006, 355.

LAMOUREUX, M., « Rapport sur l'harmonisation du terme « *Interest* » », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien. Recueil d'études en fiscalité*, Association de planification fiscale et financière et Ministère de la Justice du Canada, 2002, 7:1, en ligne : [http://www.apff.org/francais/Publications/bijuridisme\\_canadien.html](http://www.apff.org/francais/Publications/bijuridisme_canadien.html) (consulté le 3 avril 2010).

LANDRY, R., « L'élargissement des marchés et l'harmonisation du droit », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The Legal Order and The Realm of Commerce*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 123.

LANGÉVIN, L., « L'obligation de renseignement, le cautionnement et les dettes transmises sexuellement », (2005) 50 *R.D. McGill* 1.

LANGÉVIN, L. et D. PRATTE, « Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française », dans GLENN, H.P., dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 63.

LANDHEER-CIESLAK, C., « L'égalité des indentités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ? », (2006) 47 *Les Cahiers de Droit* 239.

LAROCHE, J., « Un système transnational entre hégémonie et anomie », dans DUCHASTEL, J. et R. CANET, *Crise de l'État, revanche des sociétés*, Montréal, Athéna éditions, 2006, 35.

LAVERTU, Y., « Chambre commerciale : modèle d'ordonnance », *Le Journal du Barreau [Montréal]* (1<sup>er</sup> novembre 2004) 3.

LAVERTU, Y., « Un problème de perception », *Le Journal du Barreau [Montréal]* (1<sup>er</sup> novembre 2004) 3.

Le BEL, L., et P.-L. LE SAULNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 *Les Cahiers de Droit* 179.

LECLAIR, J., « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », (2002) 36 *R.J.T.* 1.

LEDUC, A., « Chronique bibliographique. JACQUES DESLAURIERS, **Les sûretés réelles au Québec**, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, 878 p., ISBN 978-2-89127-853-9 », (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 435.

LEDUC, A., « Grands pas et faux pas de la compétence inhérente du tribunal en droit canadien de l'insolvabilité : qui fait la loi ? », (2009) 111 *R. du N.* 425.

LEDUC, A., « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*: thèse et antithèse », (2001) 35 *R.J.T.* 429.

LEDUC, A., « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement débiteur-exploitant (« *DIP Financing* ») en droit civil québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 551.

LEDUC, A., « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », (2001) 103 *R. du N.* 51.

LEFEBVRE, G. et E.S. DARANKOUM, « La vente internationale de marchandises : la Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles », dans LAMONTAGNE, D.-C., dir., *Droit spécialisé des contrats : les contrats relatifs à l'entreprise*, vol. 2, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1999, 385.

LEPAGE, P. et J. LEGAULT, « La validité des sûretés créées par le tribunal sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* », Cinquième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information Co., Montréal, 14 et 15 septembre 2005 [non publié].



- LEUPRECHT, P., «The difficult acceptance of diversity», (2005-2006) 30 *Vt. L. R.* 551.
- L'HEUREUX, L., *La fiducie présumée de la Loi de l'impôt sur le revenu*, Toronto, Carswell, 2002.
- LONGTIN, M.-J., « Les incidences de la réforme du Code civil sur la législation », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1998, 1.
- LONGTIN, M.-J., « L'insaisissabilité : entre le droit et le privilège », dans *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, 725.
- MACDONALD, R.A., « Article 9 Norm Entrepreneurship », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 240.
- MACDONALD, R.A., « Exploiting the Pledge as a Security Device », (1985) 15 *R.D.U.S.* 551.
- MACDONALD, R.A., « 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*, Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, 527.
- MACDONALD, R.A., « How Far Functionalism », conférence prononcée au *Insolvency Institute of Canada's 14<sup>th</sup> Annual Conference and General Meeting*, Mont-Tremblant, Québec, du 3 au 5 octobre 2003 [non publiée].
- MACDONALD, R.A., « Le droit des sûretés mobilières et sa réforme : principes juridiques et politiques législatives » dans LEGRAND Jr., P., dir., *Common Law d'un siècle à l'autre*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1992, 422.
- MACDONALD, R.A., « Mondialisation et réforme du droit au Canada / Globalization and Law Reform in Canada », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 125.
- MACDONALD, R.A., « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *R.D. McGill* 761.
- MACDONALD, R.A. et J.-F. MÉNARD, « Credo, Credere, Credidi, Creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », dans *Mélanges offerts au Professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 309.
- MARTEL, G. et D. TOURNIER, « Coopération judiciaire et insolvabilité transfrontalière : un nouveau cadre législatif », (2009) 68 *R. du B.* 185.

MOCKLE, D., « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », (1994) 35 *Les Cahiers de Droit* 830.

MORIN, J.-Y., « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *R.D. McGill* 171.

MORIN, J.-Y., « Une Constitution nouvelle pour le Québec : Le miroir d'une nation », *Le Devoir [de Montréal]*, le mardi, 15 juillet 2008 (A7).

MORIN, J.-Y., « Une Constitution nouvelle pour le Québec : Retour sur l'histoire et perspectives d'avenir », *Le Devoir [de Montréal]*, le lundi, 14 juillet 2008 (A7)

MORISSETTE, Y.-M., « Quelques points de repère sur l'égalité dans une société diversifiée », (2000) 79 *R. du B. can.* 81.

MULRONEY, B., « Une place à part: grâce à leur indépendance, les juges demeurent les meilleurs garants de nos libertés », *La Presse [de Montréal]*, mardi le 5 juin 2007 (A19).

NOREAU, P., « La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », (1997) 38 *C. de D.* 741.

NORMAND, S., « La codification de 1866 : contexte et impact », dans GLENN, H.P., dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1993, 43.

NORMAND, S., « La notion de modalité de la propriété », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 255.

NORMAND, S. et D. FYSON, « Le droit romain comme source du *Code civil du Bas Canada* », (2001) 103 *R. du N.* 87.

PAYETTE, L., « La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers », (2002) 62 *R. du B.* 1.

PERREAULT, C., « Déjeuner-causerie avec l'honorable Clément Gascon », (2010) 15-2 *Point de mire* 5.

PIERRE, B., « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law », (1997) 28 *R.G.D.* 235.

PRATTE, D., « Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles sûres ? » dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1998, 179.

PRATTE, D., « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour une fiction accommodante », dans *Mélanges offerts au*

professeur François Frenette : *Études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc.), Les Presses de l'Université Laval, 2006, 421.

POIRIER, M.-A., « Analysis of the Interaction between Security under Section 427 of the Bank Act and Provincial Law : A Bijural Perspective » (2003) 63 *R. du B.* 287.

POTVIN PLAMONDON, S., « Une esquisse du système international d'inscription en vertu de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et son application au domaine de l'aéronautique (...) », (2001) 103 *R. du N.* 11.

RÉMILLARD, G., « *Code civil du Québec et common law* : une relation unique et fructueuse », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 21.

RÉMILLARD, G., « Présentation du projet de *Code civil du Québec* », (1991) 22 *R.G.D.* 5.

RIOUX, C., « L'Égypte aux mains de l'armée », dans *Le Devoir [de Montréal]*, vendredi le 4 février 2011 (A3).

ROCHER, G., « Pour une sociologie des ordres juridiques », Chap. 7, dans ROCHER, G., *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 123.

TARDIF, A.N., « « *Keeping the lights on* » : Une approche pragmatique à la loi », Conférence-débat sur la portée de la compétence inhérente du tribunal, Association du Barreau Canadien, division Québec, Section « Faillite et insolvabilité », Montréal, 15 février 2006 [non publié].

SABOURIN, F., « Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », dans *Contemporary Law 1998 Droit contemporain*, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1998, 279.

SIMARD, R.P. et A. LEDUC, « Affaire *Château d'Amos* : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral ? », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit administratif (2000)*, vol. 131, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 2000, 85.

SIMARD, R.P., « Le Locateur d'immeubles commerciaux : un citoyen de seconde classe en droit de l'insolvabilité ? », Association du Barreau Canadien, Section droit immobilier, Montréal, 18 mai 2006 [non publié].

SIMARD, R.P., « Recours des ministères du Revenu en cas de faillite et d'insolvabilité », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit de la faillite*, vol. 107, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1998, 137.

SYNNOTT, B., « Propos du Bâtonnier de Montréal : Des sujets chauds pour l'année à venir », *Le Journal du Barreau [de Montréal]* (1<sup>er</sup> août 2004).

TALPIS, J.A., « La reconnaissance et l'exécution des sûretés mobilières étrangères en droit international privé québécois : où en sommes-nous ? », dans *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, 485.

TALPIS, J.A. et C. TROULIS, « Conflict of Laws Rules under the Civil Code of Quebec Relating to Security », dans BARREAU DU QUÉBEC, SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents sur l'hypothèque (1997)*, vol. 89, Cowansville (Qc.), Éditions Yvon Blais, 1997, 187;

TARDIF-LATOURELLE, D., « Les enjeux relatifs à la restructuration d'une compagnie publique et courte présentation sur la chambre commerciale », Conférence de l'Association du Barreau canadien, Division Québec, Section Faillite et insolvabilité, Montréal, 13 octobre 2004 [non publié].

TRAHAN, A.-M., « Exposé de synthèse : « Les systèmes juridiques et le droit du commerce international : vers une harmonisation ? », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuralisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 479.

VAUCLAIR, A., et L. TASSÉ, « Droit civil et common law en équilibre sur la balance de Thémis : l'exemple de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », (2003) 37 *R.J.T.* 5.

### **Textes congolais**

ABADIE, D., A. DENEULT et W. SACHER, « Pendant les poursuites, le pillage canadien de l'Afrique se poursuit », dans *Alternatives, Le Journal [Montréal]*, vol. 15, no. 7, avril 2009 (5).

BRAECKMAN, C., « Une alliance pour la paix ? », dans *Alternatives, Le Journal [Montréal]*, vol. 15, no.7, avril 2009 (1).

Bruno LAPIKA DIMONFU et KIYULU N., « VII. Les enjeux fonciers et les conflits en République Démocratique du Congo », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 161.

Défi FATAKI WA LUHINDI, « V. Le sort du certificat d'enregistrement établi sur une base de faux en droit congolais », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 87.

KHAN, J., « Ce pays n'est pas pour les touristes », dans *La Presse [de Montréal]*, vendredi le 13 février 2009 (A16).

KHAN, J., « Des Congolaises combattives », dans *La Presse [de Montréal]*, le dimanche 15 février 2009 (A15).

KHAN, J., « Les Congolais se tournent vers Barak Obama », dans *La Presse [de Montréal]*, mardi le 3 mars 2009 (A14).

KHAN, J., « L'holocauste tranquille; Le Nord-Kivu entre deux volcans; La guerre des autres », dans *La Presse [de Montréal]*, le samedi 14 février 2009 (A34-35).

KHAN, J., « Quand l'ONU se barricade; Le Rwanda, clé de la paix; Des Congolaises combattives », dans *La Presse [de Montréal]*, le dimanche 15 février 2009 (A14-15).

LÉVESQUE, C., « Cris des femmes en RDC », dans *Le Devoir [de Montréal]*, mardi, le 3 février 2009 (A1).

Noël KILOMBA NGOZI MALA, « IX. Le règlement des conflits fonciers régis par la coutume en droit congolais », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La Loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2004, 183.

Nyamugabo MPOVA, « I. Réflexion critique sur la gestion de la loi foncière », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 31.

Vincent KANGULUMBA MBAMBI, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », (2005) 46 *Les Cahiers de Droit* 315.

Vincent KANGULUMBA MBAMBI, « Rapport introductif – Prologue à un essai d'évaluation législative : bilan des 30 ans de la loi (foncière) du 20 juillet 1973 », dans Vincent KANGULUMBA MBAMBI, dir., *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. Trente ans après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2004, 17.

### ***Textes égyptiens***

AGENCE FRANCE-PRESSE, « Attaque contre un monastère : l'Église copte demande la protection de Moubarak », dans *Le Devoir [de Montréal]*, lundi le 16 juin 2008 (B6).

ANDERSON, J.N.D, « Law Reform in Egypt: 1850-1950 » dans HOLT, P.M., *Political and Social Change in Modern Egypt*, Londres, Oxford University Press, 1968.

ANDERSON, J.N.D, « The Shari'a and Civil Law (the Debt Owed by the New Civil Codes of Egypt and Syria », (1954) *The Islamic Quarterly* 30.

CHASE, A.E., « The Politics of Lending and Reform: The International Monetary Fund and the Nation of Egypt », (2006) 42 *Stan. J. Int'l L.* 193.

CHEHATA, C., « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », (1965) *Rev. Int. dr. comp.* 839.

COREN, M., « A Church under siege – A \$ 60-million bounty on a Coptic leader is just one sign of the threats facing Egypt's Christians », dans le *National Post [de Toronto]*, jeudi le 23 octobre 2008 (A16).

EGYPT, MINISTRY OF INVESTMENT, *Mortgage Finance Development in Egypt – Funding, Promoting and Regulating Housing Finance in Egypt* (14 mai 2007), Euromoney Egypt Housing Finance Conference, p. 3, en ligne : <http://www.investment.gov.eg/NR/rdonlyres/6C7415EA-9A29-4125-8AEF-AA40805F3803/5404/EuromoneyHousingConferencetranslateden.pdf> (consulté le 25 juillet 2008).

EGYPT, MINISTRY OF INVESTMENT, MORTGAGE FINANCE AUTHORITY, « In the second mortgage euromoney conference : New policy for subsidizing low-income earners' units », 27 mai 2008, en ligne : [http://www.mf.gov.eg/EMF\\_Portal/en-GB/Information+Center/Press+Releases/Al-Ahram+27-5-2008](http://www.mf.gov.eg/EMF_Portal/en-GB/Information+Center/Press+Releases/Al-Ahram+27-5-2008) (consulté le 12 août 2008).

ELDIN, Z.B., M. MOHIELDIN et S. NASR, *Prospects of Mortgage Markets in MENA Countries: An Analysis of Financial, Legal and Institutional Aspects with Emphasis on the Egyptian Case Study*. ERF 11<sup>th</sup> Annual Conference, septembre 2004, p. 3, en ligne: [http://www.erf.org.eg/cms.php?id=publication\\_details&publication\\_id=559](http://www.erf.org.eg/cms.php?id=publication_details&publication_id=559) (consulté le 30 mai 2010).

EL FATIH HAMID, M., « Development Financing in conformity with the Shari'ah : Instruments and Limitations », dans SCHLEMMER-SCHULTE, S. et K.-Y. TUNG, dir., *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata : International Finance and Development Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 387.

ERBAS, S.N. et F.E. NOTHAFT, *The Role of Affordable Mortgages in Improving Living Standards and Stimulating Growth: A Survey of Selected MENA Countries*. IMF Working Paper 02/17, Janvier 2002, p. 18, en ligne : <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0217.pdf> (consulté le 29 mai 2010).

EVERHART, S. et D. ERB *et al*, *Egypt: Overview of the Housing Sector, Issues Paper 1: 2005*, Overseas Private Investment Corporation (OPIC), Office of Economic Development, July 2005, p. 5, en ligne: [http://www.opic.gov/sites/default/files/docs/Issues\\_EgyptHousingOverview\\_July05.pdf](http://www.opic.gov/sites/default/files/docs/Issues_EgyptHousingOverview_July05.pdf) (consulté le 29 mai 2010).

LINANT DE BELLEFONDS, Y., « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte », (1955) *Rev. Int. dr. comp.* 5.

LINANT DE BELLEFONDS, Y., « Le droit musulman et le nouveau code civil égyptien » (1956) *Rev. Alg. Tun. Maroc de Légis. et de Jurisp.*

LOZA, P., « The Not-So-Real Estate Market » *Al-Ahram Weekly* (4 March 2004) disponible en ligne: <http://weekly.ahram.org.eg/2004/680/ec2.htm> (consulté le 29 mai 2010).

MERZABAN, D., « Results from Mortgage Law Eagerly Awaited » *American Chamber of Commerce in Egypt* (January 2003), disponible en ligne: [http://newsite.amcham.org.eg/resources\\_publications/publications/business\\_monthly/ifrm\\_issue.asp?sec=17&subsec=Results%20from%20mortgage%20law%20eagerly%20awaited%20&im=1&iy=2003](http://newsite.amcham.org.eg/resources_publications/publications/business_monthly/ifrm_issue.asp?sec=17&subsec=Results%20from%20mortgage%20law%20eagerly%20awaited%20&im=1&iy=2003) (consulté le 29 mai 2010).

NAFIE, R., « Sector Services : Real Estate, Property Finance Develop A Direct Relationship », *The Daily News (Egypt)*, [Le Caire], 16 juillet 2008, en ligne : <http://www.thedailynewsegypt.com/article.aspx?ArticleID=15109> (consulté le 12 août 2008).

RIAD, T.F., « The Investment and Business Laws of Egypt » in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law* vol. 9 (The Hague: Kluwer Law International, 2004).

SHAW-SMITH, P., « Mortgage Law Before Parliament » *American Chamber of Commerce in Egypt* (June 2000), disponible en ligne: <http://www.amcham.org.eg/>.

SIRRY, A. « The Need for a Different Approach to Housing Provision; Can the New Real Estate Finance Law Help? » in Housing and Building Research Center (Egypt), *International Conference: Future Vision and Challenges for Urban Development. Proceedings of a Conference Held December 20-22, 2004* (Cairo).

STRUYK, R. et M. BROWN, « Update on Egyptian Mortgage Lending » (décembre 2006), *Housing Finance International*, en ligne : [www.housingfinance.org/pdfstorage/hfi/0612\\_Egy.pdf](http://www.housingfinance.org/pdfstorage/hfi/0612_Egy.pdf) (consulté le 18 juillet 2008).

USAID, « Task (1) : Establishing a Supporting Framework for the Real Estate Finance Industry », en ligne : [http://www.usaideconomic.org/EFS/task\\_results\\_details.asp?tasks\\_id=287&no=1](http://www.usaideconomic.org/EFS/task_results_details.asp?tasks_id=287&no=1) (consulté le 12 août 2008).

WORLD BANK, *Egypt : Weathering the Financial Crisis with a Sound Financial System*, March 2010, en ligne: [http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Egypt\\_financial-system\\_4-13-10.pdf](http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Egypt_financial-system_4-13-10.pdf) (consulté le 29 mai 2010).

WORLD BANK, *The Macroeconomic and Sectoral Performance of Housing Supply Policies in Selected MENA Countries: A Comparative Analysis*, Avril 2005, en-ligne: <http://go.worldbank.org/75R70ZZGN0> (consulté le 29 mai 2010).

ZIADEH, F. J., « Law of Property in Egypt: Real Rights » (1977) 26 *Am. J. of Comp. Law*.

ZIADEH, F. J., « Lawyers, the Rule of Law, and Liberalism in Modern Egypt », Standford, 1968.

### *Textes étrangers*

AFRELL, L. et K. WALLIN-NORMAN, Karin, « Direct and Indirect Holdings : a Nordic Perspective », (2005) X *Rev. dr. unif.* 277.

AHERN, III, S.L.R., « “Workouts” Under Revised Article 9: A Review of Changes and Proposal for Study », (2001) 9 *ABI Law Review* 115.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *ABA Rule of Law Initiative*, en ligne: <http://www.abanet.org/rol/> (consulté le 10 août 2008).

ANDERSON, K., « Japanese Insolvency Law after a Decade of Reform », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 2.

ANDREWS, D.R., « International Rule of Law Symposium : Introductory Essay », (2007) 25 *Berkeley J. of Int'l Law* 1.

AVERCH, C., H. CHEN, F. DAHAN, P. MOFFATT et A. ZVEREV, « The EBRD's legal reform work : Contributing to transition », dans EBRD, *Law in transition. Ten years of legal transition*, Autumn 2002, 37, en ligne: <http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit022.pdf#page=39> (consulté le 17 mai 2010).

BANQUE MONDIALE, *Governance*, Washington DC, Banque mondiale, 1994, en ligne: <http://go.worldbank.org/SJ20NA1VR0> (consulté le 18 juillet 2008).

BANQUE MONDIALE, Vice-présidence juridique, *Initiatives de réforme juridique et judiciaire*, document de travail no LEG-25082 (11 novembre 2004), en ligne: <http://go.worldbank.org/6F02998Y02> (consulté le 8 juillet 2008).

BARNES, R.L., « UCC Article Nine Revised : Priorities, Preferences, and Liens Effective Only in Bankruptcy », (2004) 82 *Neb. L. Rev.* 607.

BASEDOW, J., « Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration – General Report », (2003) *Rev. dr. unif.* 31.

BASU, K., « Globalization and Politics of International Finance: The Stiglitz Verdict », (2003) 41:2 *J. of Econ. Lit.* 885.



- BATE, R., « The trouble with USAID », (2006) 1:4 *The American Interest* 113.
- BAZINAS, S.V., « Harmonization of International and Regional Trade Law: the UNCITRAL Experience », (2003) *Rev. dr. unif.* 53.
- BAZINAS, S.V., « Multi-Jurisdictional Receivables Financing : UNCITRAL's Impact on Securitization and Cross-Border Perfection », (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law* 365.
- BAZINAS, S.V., « The UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions », (2005) X *Rev. dr. unif.* 141.
- BAZINAS, S.V., « The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions – Key Objectives and Fundamental Policies », (2010) 42 *Uniform Commercial Code Law Journal* 123.
- BAZINAS, S.V., « UNCITRAL Draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade. Lowering the Credit: The Promise in the Future UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade », (2001) 9 *Tulane Journal of International & Comparative Law* 259.
- BAZINAS, S.V., « UNCITRAL'S Work in the field of Secured Transactions », (2004) 36 *Uniform Commercial Code L. J.* 67.
- BEALE, H., « The Exportability of North American Chattel Security Regimes : The Fate of the English Law Commission's Proposals », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 178.
- BECK FURNISH, D., « Accomodating Registry Systems for the OAS Model Law on Secured Transactions : Mexico's New Registry Regulations and the Integral System of Registry Management (Sistema Integral de Gestión Registral SIGER) », (2005) 37 *Uniform Commercial Code Law Journal* 3.
- BECK FURNISH, D., « The Creation and Notice of Security Interest in Movable Property (*Efectos Constitutivos de las Garantías Reales Mobiliarias*) », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 99.
- BENNIS, Warren G., and O'TOOLE, James, « How Business Schools Lost their Way », (2005) 83 *Harvard Business Review* 96.
- BERGEL, J.-L., « Les phénomènes de codification, de décodification et de recodification », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 31.
- BERKOWITZ, D., J. MOENIUS et K. PISTOR, « Legal Institutions and International Trade Flows », (2004-2005) 26 *Mich. J. Int'l L.* 163.

BERKOVITZ, D., K. PISTOR et J.-F. RICHARD, « The Transplant Effect », (2003) 51 *Am. J. Comp. L.* 163.

BERNASCONI, C. et H.C. SIGMAN, « The Hague Convention Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with and Intermediary (*Hague Securities Convention*) », (2005) *X Rev. dr. unif.* 117 (n.s.).

BIQUET-MATHIEU, C. et F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », dans *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 61.

BOLLEN, K., P. PAXTON et R. MORISHIMA, « Assessing International Evaluations – An Example from USAID’s Democracy and Governance Program », (2005) 26:1 *Am. J. of Eval.* 189.

BONELL, M.J., « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts : Towards a New *Lex Mercatoria* », (1997) *Revue de droit des affaires internationales* 385.

BOUDREAUX, K. et P. DRAGOS ALIGICA, *Paths to Property : Approaches to Institutional Change in International Development*, Londres, The Institute of Economic Affairs, 2007.

BOURDIEU, P., « Habitus, codes et codification », (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 40.

BOWERS, J.W., « Security Interests, Creditors’ Priorities and Bankruptcy », dans Boudewijn BOUCKAERT et Gerrit DE GEEST, dir., *Encyclopedia of Law and Economics*, Northampton (Ma.), Edward Elgar, 2000, 90.

BRADFORD SPRINGER, Melissa, « Perfecting a Security Interest in ‘Electronic Chattel Paper’ Under Revised Article 9 », (2001) 31 *U. Mem. L. Rev.* 491.

BRIDGE, M.G., « The Evolution of Common Law in the United Kingdom and the Influence of European Law », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 55.

BRIDGE, M.G., R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, « Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions », (1999) 44 *R.D. McGill* 567.

BURMAN, H.S., « The Commercial Challenge in Modernizing Secured Transactions Law », (2003) *Rev. dr. unif.* 347.

BURNS, J.W., « New Article 9 of the UCC : The Good, The Bad, and The Ugly », (2002) *University of Illinois Law Review* 29.

BURROWS, A., « Some Reflections on Law Reform in England and Canada », (2004) 39 *Can. Bus. L. J.* 320.

BUXBAUM, H.L., « Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform », (2003) *Rev. dr. unif.* 321.

CABRILLAC, R., « Le *Code civil* est-il la véritable constitution de la France? », (2005) 39 *R.J.T.* 245.

CAROTHERS, T., *Promoting the Rule of Law Abroad : The Problem of Knowledge*, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, Democracy and Rule of Law Project, Janvier 2003, numéro 34, en ligne : <http://www.carnegieendowment.org/files/wp34.pdf> (consulté le 28 juin 2008).

CARRÉ de MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, Réed. CNRS, 1962, p. 488-493, dans J. CHEVALLIER, *op. cit.*, *supra* note 1063, p. 23.

CARRUTH, J., « International Secured Transactions and Insolvency », (2005) 39 *The International Lawyer* 363.

CÉSAR RIVERA, J., « Le droit comparé et le droit uniforme dans l'élaboration du projet de Code civil argentin (1998) », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 863.

CHEVALLIER, J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *Revue du droit public* 660.

CLINTON, H.R., « Remarks of United States Senator Hillary Rodham Clinton, November 10, 2005 », (2007) 25 *Berkeley J. Int'l Law* 92.

COHEN, E.S., « The Diffusion of Legal Models for Financial Governance : The Case of Secured Finance », 3<sup>rd</sup> Conference of the European Consortium for Political Research, Budapest, Hongrie, 8 septembre 2005, en ligne: <http://regulation.upf.edu/ecpr-05-papers/ecohen.pdf> (consulté le 2 avril 2010).

COLLART DUTILLEUL, F., « De la diversité des traditions juridiques et des cultures à la constitution d'espaces politiques et marchands (Europe et Amériques) », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The legal Order and the Realm of Commerce*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 3.

CRAWSHAW, D.R., « Globalization and the practise of law – One lawyer's perspective », (2008) 46 *Can. Bus. L. J.* 162.

CROCQ, P., « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité » dans *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Paris, Litec, 1998.

CUMING, R.C.C., « Considerations in the design of an International Registry for interests in mobile equipment », (1999) *Rev. dr. unif.* 275.

CUMING, R.C.C., « Le Registre international pour les garanties internationales portant sur des biens aéronautiques : présentation de sa structure », (2006) 11 *Rev. dr. unif.* 19.

CUMING, R.C.C., « The International Registry for Interests in Aircraft : An Overview of its Structure », (2006) 11 *Unif. L. Rev.* 18.

CUMING, R.C.C., « 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.

CURTIS, J.M., « The Essence of Globalization : An Economist's Perspective », (2008) 46 *Can. Bus. L. J.* 180.

DAVIES, I., « The reform of English personal property security law: functionalism and Article 9 of the Uniform Commercial Code », (2004) 24 *Legal Studies* 295.

DEININGER, K., *Land Policies for Growth and Poverty Reduction*, Oxford University Press et Banque mondiale, 2003, en ligne : <http://go.worldbank.org/T9WPA67D50> (consulté le 10 août 2008).

DE LACY, J., « The evolution and regulation of security interests over personal property in English law », dans John DE LACY, dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010, 3.

DROBNIG, U., « Basic issues of European rules on security in movables », dans DE LACY, J., dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010.

DROBNIG, U., « Brief Considerations on Co-ordinating Developments in the Field of Secured Transactions Law », (2003) *Rev. dr. unif.* 353.

EINSELE, D., « Modernising German Law : Can the Unidroit Project on Intermediated Securities Provide Guidance ? », (2005) X *Rev. dr. unif.* 251.

ÉTATS-UNIS, GENERAL ACCOUNTING OFFICE, « US Rule of Law Assistance Has Had Limited Impact and Sustainability », déposition de Jess T. Ford (17 mai 2001), document no GAO-01-740T, en ligne: [www.gao.gov/new.items/d01740t.pdf](http://www.gao.gov/new.items/d01740t.pdf) (consulté le 15 juillet 2008).

FARNSWORTH, E.A., « The Evolution of The Common Law in The United States Of America », dans PERRET, L., et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 81.

FARNSWORTH, E.A., « The UNIDROIT Principles : A new *lingua franca* for the drafting of international commercial contracts ? » dans *The Unidroit Principles : A Common Law of Contracts for the Americas ? / Los Principos de Unidroit : Un derecho comun de los contractos para las Américas ?*, Rome, Unidroit, 1998, 193.

FERRARI, F., « Uniform Interpretation of International Commercial Law Conventions (with particular reference to the Vienna Sales Convention) », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 443.

FISHER, S., « Personal property security law reform in Australia: history, influence and the future », dans DE LACY, J., dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010, 366.

FONTAINE, M., « Un regard « pan-européen » », dans *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques : Les Journées Maximilien-Caron 2008*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, 153.

GABRIEL, H.D., « Managing the Transition to Revised U.C.C. 9 : A Guide for Louisiana », (2001) 47 *Loyola Law Review* 1007.

GARCIA, J.A. et L.A UNIKEL, « Mexico Upgrades Laws on Security Interests », (2000) 7 *Inter-American Trade Report* 1815.

GARRO, A.M., « Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives », (2003) *Rev. dr. unif.* 357.

GARRO, A.M., « Exportability of North American Chattel Security Regimes: The Inter-American Model Law on Secured Transactions », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 200.

GAURIER, D., « La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine », (2001) 31 *R.G.D.* 1.

GEDYE, M., « A Distant Export: The New Zeland Experience with a North American Style Personal Property Security Regime », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 208.

GHANI, A., dir., « Empowering the Poor Through Property Rights », dans *UN Commission on Legal Empowerment of the Poor*, ALBRIGHT, M. et H. DE SOTO, dir., *Making the Law Work for Everyone*, vol. 2, juin 2008, en ligne : [www.undp.org/legalempowerment/reports/concept2action.html](http://www.undp.org/legalempowerment/reports/concept2action.html) (consulté le 9 juillet 2008), p. 64.

GOODE, R., *et al.*, « Building Effective Insolvency Systems : Debtor-Creditor Regimes », Banque Mondiale, Washington, D.C., 14-15 septembre 1999, en ligne : [http://www4.worldbank.org/legal/insolvency\\_ini/WG10-paper.htm](http://www4.worldbank.org/legal/insolvency_ini/WG10-paper.htm) (consulté le 17 août 2004).

GOODE, R., « Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional », (2003) *Rev. dr. unif.* 341.

GOODE, R., « La Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles : une force motrice pour le financement international basé sur un bien », (2002) *Rev. dr. unif.* 3.

GOODE, R., « The preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: the next stage », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 265 (n.s.), 269.

GOODE, R.M., « Transcending the Boundaries of Earth and Space : the Preliminary Draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment / Par delà les frontières de la terre et de l'espace: l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 52 (n.s.).

GOODPASTER, G., « Law Reform in Developing Countries », (2003) 13 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 659.

GRAFF, R.A., « Securitization Demystified », (2006) 12:3 *J. of Real Estate Portfolio Man.* 233.

GRETTON, G.L., « Reception Without Integration : Floating Charges and Mixed Systems », (2003) 78 *Tulane Law Review* 307.

GRETTON, G., « Security over moveables in Scots law », dans DE LACY, J., dir., *The Reform of UK Personal Property Security Law. Comparative Perspectives*, Londres, Routledge Cavendish, 2010, 270.

GRIMALDI, M., « Vers une réforme des sûretés », (2005) *Revue de Jurisprudence Commerciale* 467.

GROSS, K., « A Response to J.J. White's Death and Resurrection of Secured Credit : Finding Some Trees But Missing The Forrest », (2004) 12 *ABI Law Review* 205.

GRUNING, D., « La lettre d'Amérique – *Vive la différence ?* Why No Codification of Private Law in the United States ? », (2005) 39 *R.J.T.* 153.

HAKES, Russell A., « UCC Article 8: Will the Indirect Holding of Securities Survive the Light of Day? », (2002) 35 *Loyola of Los Angeles Law Review* 661.

HARNER, M.M., « Trends in Distressed Debt Investing : An Empirical Study of Investors' Objectives », (2008) 16 *ABI Law Review* 69.

HARRIS, S.L. et C.W. MOONEY, Jr., « Revised Article 9 Meets the Bankruptcy Code : Policy and Impact » (2001) 9 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 85.

HENDLEY, K., « Rewriting the Rules of the Game in Russia: The Neglected Issue of the Demand for Law », (1999) 8 *E. Eur. Const. Rev.* 89.

HERMAN, S., « First Worldwide Congress on Mixed Jurisdiction: Saliency and Unity in the Mixed Jurisdiction Experience: Traits, Patterns, Culture, Commonalities: *E Pluribus Unum*: The Paradox that Safeguards Louisiana's Mixed Legal System », (2003) 78 *Tul. L. Rev.* 457.

HERMAN, S., « Llewellyn the Civilian : Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code », (1982) 56 *Tul. L. Rev.* 1125.

HILL, C.A., « Is Secured Debt Efficient ? », (2002) 80 *Texas Law Review* 1117.

HORSMANS, Guy, « Évolution et harmonisation du droit », dans Louis PERRET et Alain-François BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuralisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 257.

HOWARD JENKINS, S., « Preemption & Supplementation Under Revised 1-103 : The Role of Common Law & Equity in the New U.C.C. », (2001) 54 *SMU Law Review* 495.

HUMPHREYS, G., « La lex mercatoria en matière d'arbitrage international : quelques différences dans les optiques anglo-françaises », (1992) *Revue de droit des affaires internationales* 849.

ISSA-SAYEGH, J., « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 5.

JACKSON, J.H., W.J. DAVEY et A.O. SYKES, *Legal problems of International Economic Relations*, 3<sup>e</sup> éd., St. Paul, Minnesota, 1995.

JACKSON, T.H. et A.T. KRONMAN, « Secured Financing and Priorities Among Creditors », (1979) 88 *Yale L. J.* 1143.

KAHN, P., « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *R.D. McGill* 413.

KANDA, H., « Legal Rules on Indirectly Held Investment Securities : The Japanese Situation, Common Problems, and the UNIDROIT Approach », (2005) X *Rev. dr. unif.* 271.

KANDA, H. et S. LEVMORE, « Explaining Creditor Priorities », (1994) 80 *Va. L. Rev.* 2103.

KLERMAN, D.M., « Legal Infrastructure, Judicial Independence, and Economic Development », (2006) *Pac. McGeo. Glob. Bus. & Dev. L. J.* 437.

KOZOLCHYK, B. et D. BECK FURNISH, « The OAS Model Law on Secured Transactions : A Comparative Analysis », (2006) 12 *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 101, en ligne: <http://ssrn.com/abstract=934642> (consulté le 14 février 2010).

KOZOLCHYK, B., *et al.*, « Meeting of OAS-CIDIP-VI Drafting Committee on Secured Transactions : Conference Transcript », (2001) 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law* 342, 449, 491, 605, 711.

KOZOLCHYK, B., *et al.*, « Panel #3 : Local and International Credit and Secured Lending Transactions for Business Entities », (2008) 25 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 329.

KOZOLCHYK, B. et J.M. WILSON, « The Organization of American States Model Inter-American Law on Secured Transactions », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 15.

KRONKE, H., « Congrès du 75<sup>e</sup> Anniversaire d'UNIDROIT – Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale : hypothèses, certitudes et questions pendantes », (2003) *Rev. dr. unif.* 11.

KRONKE, H., « From International Uniform Conventions to Model Laws – From Guides to Principles : The Choice of Approach », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 283.

KRONKE, H., « International uniform commercial law Conventions : advantages, disadvantages, criteria for choice », (2000) 5 *Unif. L. Rev.* 13 (n.s.).

KUMER, R., « USAID revisited », (2006) 7 *Geo. J. Intl Aff.* 51.

LAGOS, E., « The Coexistence of Legal Systems in The Americas From an OAS Perspective », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 139.

LEVASSEUR, Alain A., « Le système juridique mixte de la Louisiane », dans Louis PERRET et Alain-François BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 199.

LÖBER, Klaus M., « The Changing Legal Landscape for Clearing and Settlement in the European Union », (2005) X *Rev. dr. unif.* 155 (n.s.).

LÓPEZ-VELARDE, Alejandro, and WILSON, John M., « A Practical Point-by-Point Comparison of Secured Transactions Law in the United States and Mexico », (2004) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 3.

LOPUCKI, L.M., « The Death of Liability ? A System/Strategic Analysis », (1996) 106 *Yale L. J.* 1.



NATIONAL RIFLE ASSOCIATION – INSTITUTE FOR LEGISLATIVE ACTION, *Heller Decision Ramps Up Media's Anti-Gun Hysteria*, en ligne : [www.nraila.org/Legislation/Federal/Read.aspx?id=4067](http://www.nraila.org/Legislation/Federal/Read.aspx?id=4067) (consulté le 8 juillet 2008).

MACKAY, D.R., « Harmonization through Regional Economic Integration : The NAFTA and FTAA Experiences », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 329.

MAGGS, G.E., « Patterns of Drafting Errors in the Uniform Commercial Code and How Courts Should Respond to Them », (2002) *University of Illinois Law Review* 81.

MAFFEI, A., « De la nature juridique des titres intermédiés en droit français », (2005) *X Rev. dr. unif.* 237.

MANN, R.J., « Explaining The Pattern of Secured Credit », (1997) 110 *Harv. L. Rev.* 625.

MARKEL, B.A., « UNCITRAL's Receivables Convention : The First Step, But Not The Last, A Comment on Bazinas », (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law* 401.

MARTIN, X., « Fondements politiques du Code Napoléon », (2003) *Rev. trim. dr. civ.* 247.

MEADOWS, R.L., « Code Arrogance and Displacement of Common Law and Equity : A Defense of Section 1-103 of the Uniform Commercial Code », (2001) 54 *SMU Law Review* 535.

MENDES, C., *Lula et l'autre Brésil*, Aubervilliers (Fr.), Éditions IHEAL (La Documentation française), 2003.

MESSICK, R.E., « Judicial Reform and Economic Development : A Survey of the Issues », (1999) 14 *The World Bank Research Observer* 117-136, en ligne : <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/ResearchObserverPaper.pdf> (consulté le 28 juin 2008).

MESTRE, J., « L'idée d'un droit privé européen : regards français », dans *Convergence, concurrence et harmonisation des systèmes juridiques : Les Journées Maximilien-Caron 2008*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, 115.

MEYER, K.G., « A Primer on Purchase Money Security Interests Under Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code », (2001) 50 *Kan L. Rev.* 143.

MOGLIA CLAPS, G.A. et J.B. McDONNELL, « Secured Credit and Insolvency Law in Argentina and the U.S. : Gaining Insight From a Comparative Perspective », (2002) 30 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 393.

MOONEY, Jr., C.W., « Relationship between the prospective Unidroit International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and national civil aviation registries », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 335.

MPESSA, A., « Le titre foncier devant le juge administratif camerounais : (les difficultés d'adaptation du système Torrens au Cameroun) », (2004) 34 *R.G.D.* 611.

ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, *Déclaration de Paris*, 14 février 2008, IV<sup>e</sup> Conférence des ministres francophones de la Justice, en ligne : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_1\\_declarationfinale.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_declarationfinale.pdf) (consulté le 13 juillet 2008).

ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, *Diversité juridique, État de droit et développement*, IV<sup>e</sup> Conférence des ministres francophones de la Justice, 13 et 14 février 2008, en ligne : [http://www.francophonie.org/doc/dernieres/Francophonie\\_JUSTICE\\_mfi\\_Complet.pdf](http://www.francophonie.org/doc/dernieres/Francophonie_JUSTICE_mfi_Complet.pdf) (consulté le 13 juillet 2008).

OWEN, M.L., « Reforms of the Law of Secured Transactions in Mexico and the United States », (2002) 10 *United States – Mexico Law Journal* 99.

ÖZTÜRK, Y., « Aircraft Leasing in Turkey », Istanbul, Turquie 2005.

PAECH, P., « L'harmonisation du droit matériel pour l'utilisation des titres détenus auprès d'intermédiaires à titre de garantie : le projet d'UNIDROIT », (2002) *Rev. dr. unif.* 1141.

PINTO, M., « Légitimer la diversité », (2008) 1 *Aspects* 13.

PISTOR, K., « Advancing the Rule of Law: Report on the International Rule of Law Symposium Convened by the American Bar Association November 9-10, 2005 », (2007) 25 *Berkeley J. of Int'l L.* 100.

PISTOR, K., « Launching a Global Rule of Law Movement : Next Steps », (2007) 25 *Berkeley J. Int'l Law* 100

PISTOR, K., « Law Enforcement: Suggestions for Future Research », texte d'une allocution présentée à la troisième conférence annuelle sur le développement (décembre 2001, Rio de Janeiro), en ligne : [www.eudnet.net/download/pistor\\_Rio-GDN.PDF](http://www.eudnet.net/download/pistor_Rio-GDN.PDF) (consulté le 9 juillet 2008).

PISTOR, K., « Supply and Demand for Law in Russia », (1999) 8 *E. Eur. Const. Rev.* 105.

PISTOR, K., « The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies », (2002) 50 *Am. J. Comp. L.* 97.

PISTOR, K. et C. XU, «Addressing Deterrence and Regulatory Failure in Emerging Stock Markets», (2004) *Berkeley Electronic press*, en ligne : <http://law.bepress.com/alea/14th/art77> (consulté le 9 juillet 2008).

POSNER, R.A., « Creating a Legal Framework for Economic Development », (1998) 13 *The World Bank Research Observer* 1.

PUTMAN, E., « Sur l'origine de la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » », (1994) *Rev. trim. dr. civ.* 543.

RASMUSSEN, R.K., « The Uneasy Case Against the Uniform Commercial Code », (2002) 62 *Louisiana Law Review* 1097.

REITZ, C., « Reflections on the Drafting of the 1994 Revision of Article 8 of the US Uniform Commercial Code », (2005) X *Rev. dr. unif.* 357.

RICE, C., « Remarks of United States Secretary of State Condoleezza Rice, November 9, 2005 », (2007) 25 *Berkeley J. Int'l Law* 63.

RIGO, A., « Law Harmonization Resulting From the Policies of International Financial Institutions : The Case of the World Bank », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 337.

RIFFARD, J.-F., « Reform of French securities law : A revolution in half-tone ? », dans *Eurofenix : The journal of Insol Europe*, Hiver 2007, p. 24.

ROCKS, S.M., « The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 1.

ROCKS, S.M., et K.A. SAWYER, « Survey of International Commercial Law Developments During 2003 », (2004) 59 *The Business Lawyer* 1663.

RODRIK, D., « Getting Institutions Right » (avril 2004), en ligne : [http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/ifo-institutions%20article%20April%202004\\_.pdf](http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/ifo-institutions%20article%20April%202004_.pdf) (consulté le 9 juillet 2008).

RODRIK, D., A. SUBRAMANIAN et F. TREBBI, « Institutions Rule: The Primacy of Institutions Over Geography and Integration in Economic Development », (novembre 2002), document de travail du FMI no02/189, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=880291> (consulté le 9 juillet 2008), également publiée sous la référence suivante : (2004) 9 *J. Econ. Growth* 141.

ROMANOWSKI, M., « Is a Reform of the Polish Legal Framework Regarding Intermediated Securities Useful ? », (2005) X *Rev. dr. unif.* 285.

RUSCH, L.J., « Property Concepts in the Revised U.C.C. Articles 2 and 9 are Alive and Well », (2001) 54 *SMU Law Review* 947.

MAHMOUD OULD MOHAMED SALAH, M., « Harmonisation au profit de qui ? Multinationales et protection des économies de petites tailles », dans PERRET, L. et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuralisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 429.

MARKELL, B.A., « White's Wheel », (2004) 12 *ABI Law Review* 193.

SCARPELLI, U., *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 1996.

SCHLEMMER-SCHULTE, S., « The World Bank's Role in the Promotion of the Rule of Law in Developing Countries », dans SCHLEMMER-SCHULTE, S. et K.-Y. TUNG, dir., *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata : International Finance and Development Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 677.

SCHWARTZ, A., « A Theory of Loan Priorities », (1989) 18 *Journal of Legal Studies* 209.

SCHWARCZ, S.L., « Indirectly Held Securities and Intermediary Risk », (2002) *Unif. L. Rev.* 283.

SCHWARCZ, S.L., « Intermediary Risk in a Global Economy », (2001) 50 *Duke Law Journal* 1541.

SCHWARCZ, S.L., « The Alchemy of Asset Securitization », (1994) 1 *Stan. J. of L., Bus. & Fin.* 133.

SCOTT, R.E., « The Politics of Article 9 », (1994) 80 *Va. L. Rev.* 1783.

SEN, A., « What is the role of legal and judicial reform in the development process ? », en ligne : <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/legalandjudicial.pdf> (consulté le 9 juillet 2008) (texte également publié sous la référence suivante : (2006) 2 *The World Bank Legal Review* 33.

SHEPPARD, H.E., « Overcoming Apathetic Internationalism to Generate Hemispheric Benefits : Analysis of and Arguments for Recent Secured Transactions Laws in Mexico », (2001) 10 *Florida State University Journal of Transnational Law & Policy* 133.

SHIHATA, I.F.I., *Complementary reform : Essays on Legal, Judicial and Other Institutional Reforms Supported by the World Bank*, The Hague, Kluwer Law International, 1997.

SIMPSON, J. et J. MENZE, « Ten years of secured transactions reforms », dans EBRD, *Law in Transition*, Autumn 2000, 20, en ligne: <http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit002b.pdf#page=2> (consulté le 17 mai 2010).

SMITH, E.E., « An Introduction to Revised UCC Article 9 (1999) » dans C. COOPER, dir., *The New Article 9 Uniform Commercial Code*, 2<sup>e</sup> éd., American Bar Association, 2000, 17.

STEPHENSON, M., « Rule of Law as a Goal of Development Policy », en ligne : <http://go.worldbank.org/AQ875YH880> (consulté le 30 juin 2008).

SOULIER, G., « Vers un droit uniforme ou vers un droit commun en Europe ? », dans *Ordres juridiques et espaces marchands / The legal Order and the Realm of Commerce*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 17.

STANDELL, J.R., « The Role of the International Registry Task Force (I.R.T.F.) in the Development of the International Registry for Interests in Aircraft », (2006) 11 *Unif. L. Rev.* 8.

STANDELL, J.R., « Le rôle du Groupe spécial sur le Registre international (G.S.R.I.) dans la mise en place du Registre pour les garanties internationales portant sur des biens aéronautiques », (2006) 11 *Rev. dr. unif.* 9.

STANFORD, M.J., « A broader or a narrower band of beneficiaries for the proposed new international regimen?: Some reflections on the merits of the Convention/Protocol structure in facilitating the former / Élargir ou restreindre l'éventail des biens d'équipement qui seront soumis au nouveau régime international proposé?: quelques considérations sur le bien-fondé de la structure Convention/Protocole pour faciliter une plus large application de la Convention », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 242.

STUCKEY, J.A., « Louisiana's Non-Uniform Variation in U.C.C. Chapter 9 », (2002) *La. L. Rev.* 793.

TABB, C.J., « Consumer Bankruptcy after the Fall: United States Law Under S. 256 », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 28.

TENE, O., « A Tribute to Harvey L. Miller Article : Revisiting the Creditor's Bargain : The Entitlement to the Going-Concern Surplus in Corporate Bankruptcy Reorganizations », (2003) 19 *Emory University School of Law Bankruptcy Developments Journal* 287.

TETLEY, W., « Mixed jurisdictions : common law vs civil law (codified and uncoded) », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 591-619, 877-906.

THAN, J., « The Preliminary Draft UNIDROIT Convention and Capital Market Practice in Germany », (2005) X *Rev. dr. unif.* 263.

THE ECONOMIST, « Economics and the rule of law : Order in the jungle », *The Economist*, 13 mars 2008, en ligne : [http://www.economist.com/finance/PrinterFriendly.cfm?story\\_id=10849115](http://www.economist.com/finance/PrinterFriendly.cfm?story_id=10849115) (consulté le 5 juillet 2008).

THÉVENOZ, L., « New Legal Concepts regarding the Holding of Investment Securities for a Civil Law Jurisdiction : The Swiss Draft Act », (2005) *X Rev. dr. unif.* 301.

THE WORLD BANK et INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Financial Sector Assessment : A Handbook*, Washington, 2005, en ligne : <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fsa/eng/> (consulté le 28 décembre 2009).

THOMAS, M., « Rule of Law in Western Thought », disponible sur le site Web de la Banque mondiale, en ligne : <http://go.worldbank.org/EB3RDGI5L0> (consulté le 30 juin 2008).

TJIO, H., « Lending to a Trust », (2005) *19 Trust Law International* 3.

TREBILCOCK, M.J. et R.J. DANIELS, *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*, Londres, Edward Elgar, 2008.

TUNG, K.-Y., « Shaping Globalisation: The Role of Human Rights – Comment on the Grotius Lecture by Mary Robinson », (2003-2004) *19 Am. U. Int'l L. Rev.* 27.

VÁSQUEZ, C.M., « Regionalism versus Globalism: a View from the Americas », (2003) *Rev. dr. unif.* 63.

WARNER, G.R., « The Anti-Bankruptcy Act : Revised Article 9 and Bankruptcy », (2001) *9 ABI Law Review* 3.

WESTBROOK, J.L., « Bankruptcy Control of the Recovery Process », (2004) *12 ABI Law Review* 245.

WHITE, J.J., « Reforming Article 9 Priorities in Light of Old Ignorance and New Filing Rules », (1995) *79 Minnesota Law Review* 529.

WHITE, J.J., « Death and Resurrection of Secured Credit », (2004) *12 Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 139.

WHITMAN, J., « Commercial Law and the American *Volk* : A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code », (1987) *97 Yale L. J.* 156.

WILSON, J.M., « Mexico : New Secured Transactions and Commercial Registry Laws », (2000) *7 Inter-American Trade Report* 1815.

WILSON, J.M., « Secured Financing in Latin America : Current Law and the Model Inter-American Law on Secured Transactions », (2000) *33 Uniform Commercial Code Law Journal* 43.

WINN, J.K. et M.C. SILVEIRA, « Secured Transactions and Electronic Commerce Law : Diverging Perspectives in North and South America », (2007) 16 *Michigan State Journal of International Law* 239.

WOOL, J., « Economic Analysis and Harmonised Modernisation of Private Law », (2003) *Rev. dr. unif.* 389.

WORLD BANK, *Affordable Mortgage Finance DPL*, 24 septembre 2009, en ligne: <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=256307&menuPK=287188&Projectid=P112346> (consulté le 29 mai 2010).

WORLD BANK, *Finance for All – Policies and Pitfalls in Expanding Access*, Washington DC, Banque mondiale, 2008, en ligne : [www.worldbank.org/financeforall](http://www.worldbank.org/financeforall) (consulté le 10 août 2008).

WORLD BANK, *Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the amount of 214.2 million egyptian pounds (US\$ 37.1 million equivalent) to the Arab Republic of Egypt for a Mortgage Finance Project*, Report No: 36379-EG, Finance, Private Sector and Infrastructure Department, Middle East and North Africa Region, June 5, 2006, en ligne: <http://go.worldbank.org/13FXGBO6W0> (consulté le 11 août 2008)

WORLD BANK, *Project Information Document PID, Appraisal Stage, Report No. AB4512*, vol. 1, 2 février 2009, en ligne : <http://go.worldbank.org/HYZNUE9GU0> (consulté le 29 mai 2010).

WORLD BANK, *Project Information Document PID, Concept Stage, Report No. AB4511*, vol. 1, 2 février 2009, en ligne : <http://go.worldbank.org/FDQAHJOX11> (consulté le 29 mai 2010).

WORLD BANK, *Program Document (PGD)*, vol. 1, Report No. 48305 – EG, 24 août 2009, en ligne : <http://go.worldbank.org/2SUWKY1XD0> (consulté le 29 mai 2010).

WORLD BANK, *Status of Projects in Execution – FY09 SOPE Middle East and North Africa Region, Country: Egypt, Arab Republic of*, Operations Policy and Country Services, October 2, 2009, en ligne : <http://siteresources.worldbank.org/EXTSOPE/Resources/5929620-1254491038321/6460830-1254494744778/Egypt.pdf> (consulté le 29 mai 2010).

WORLD BANK, WB Project P093470 : *Egypt – Mortgage Finance*, en ligne : <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=40941&menuPK=228424&Projectid=P093470> (consulté le 11 août 2008).

WORLD BANK, WB Project P094551 (Financial Sector Development Policy Loan II), en ligne : <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=40941&menuPK=228424&Projectid=P094551> (consulté le 11 août 2008).

WORLD BANK, *World Development Report 1997 – The State in a Changing World*, World Bank, Oxford University Press, 1997, en ligne : [www.worldbank.org/html/extpb/wdr97/english/wdr97con.htm](http://www.worldbank.org/html/extpb/wdr97/english/wdr97con.htm) (consulté le 18 juillet 2008).

ZENATI, F., « L'importance de la jurisprudence et de la doctrine dans la tradition civiliste », dans L. PERRET et A.-F. BISSON, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international / The Evolution of Legal Systems, Bijuralism and International Trade*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, 43.