

Université de Montréal

**Les sûretés mobilières sur les biens incorporels**  
**Propositions pour une rénovation du système des sûretés**  
**mobilières en France et au Québec**

Aurore Ben Adiba

Cotutelle entre l'Université de Montréal et l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne  
Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures  
en vue de l'obtention du grade de Docteur  
en Droit

Mai 2012

© Ben Adiba, 2012

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

## **Les sûretés mobilières sur les biens incorporels**

Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au  
Québec

présentée par :  
Aurore Ben Adiba

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

M. Pierre-Claude Lafond, président-rapporteur  
M. Ghislain Massé, directeur de recherche  
M. Thierry Revet, co-directeur  
M. Christophe Albiges, examinateur externe  
M. François-Xavier Lucas, membre du jury  
M. Didier Lluelles, représentant du doyen de la FES

## RÉSUMÉ

Le contrat de gage s'est imposé comme un modèle de sûreté mobilière d'une part, pour des raisons historiques liées à l'interdiction coutumière de constituer une hypothèque sur les biens meubles et d'autre part, pour des raisons techniques liées à une conception élargie et fictive de la notion de dépossession. Le gage n'est cependant pas adapté aux biens incorporels. En effet, l'étude des différentes réformes survenues en France et au Québec montre que la dépossession, conçue à l'origine de manière matérielle, a été envisagée comme une condition essentielle de validité et de publicité du gage. Les législateurs français et québécois ont évolué vers une fiction en adoptant des législations d'exception ou des régimes spéciaux lesquels n'ont pas permis de respecter la finalité de la dépossession; à savoir sa fonction de publicité à l'égard des tiers. Cette dépossession « singulière » a produit de nombreuses incohérences et incertitudes juridiques engendrant autant d'effets contestables sur l'entier régime des droits des sûretés mobilières français et québécois. Il est donc proposé d'étendre l'hypothèque mobilière sans dépossession qui suppose néanmoins que le droit sur la valeur soit consacré. La notion de bien devra être comprise comme l'appropriation d'une chose ayant une valeur économique sans nécessairement faire référence à l'enveloppe corporelle ou incorporelle de la chose, sujet de droit. Quant à la notion de sûreté mobilière, elle pourrait être perçue comme un mécanisme unique qui pourrait prendre la forme d'une hypothèque mobilière pour laquelle une fonction et une finalité précise lui seraient attribuées. Sa fonction consisterait à utiliser la valeur d'un bien meuble ou d'un ensemble de biens meubles pour parvenir à une finalité précise, à savoir le paiement à titre préférentiel ou exclusif du créancier. Cette finalité peut être comprise sous l'angle du principe de l'essence de l'opération. Toute opération juridique pourrait désormais être qualifiée de sûreté mobilière si sa finalité essentielle - en dépit de la terminologie retenue par les parties au contrat - est de garantir une obligation. Une définition commune pour toutes les formes de sûretés mobilières corporelle ou incorporelle et un seul régime de validité et d'opposabilité seraient donc mis en place pour assurer la cohérence et l'efficacité du droit des sûretés mobilières français et québécois et permettrait d'englober notamment les propriétés-sûretés, les techniques fiduciaires et d'autres mécanismes de garantie comme le droit de rétention.

**MOTS CLEFS :**

GAGE – HYPOTHEQUE MOBILIERE – DÉPOSSESSION- SURETÉ MOBILIERE-  
BIEN INCORPOREL- DROIT SUR LA VALEUR- ESSENCE DE L'OPÉRATION-  
PROPRIÉTÉ-SÛRETÉ- TECHNIQUE FIDUCIAIRE- RÉTENTION

## ABSTRACT

Pledge has emerged as a model for creating a security in movable property for two reasons: for historical reasons on the one hand, because of the traditional prohibition against hypothecating movable property, and for technical reasons on the other hand, given the progressive enlargement of the notion of delivery, often involving a legal fiction. Pawning, however, is not well adapted to incorporeal property. Indeed, an analysis of various attempts at legislative reform in France and in Québec shows that delivery, once conceived of as physical delivery, has always been envisaged as an essential condition for the validity and publicity of pawning. Legislation in France and in Québec evolved towards a fictitious conception of delivery by admitting of exceptions or special regimes in which delivery did not fulfill its essential purpose: ensuring that third parties have sufficient notice of the existence of the pledge. Such peculiar forms of delivery have introduced inconsistencies and generated uncertainty in the law, with negative consequences for the entire legal regime of secured transactions. Therefore, it is proposed that the movable hypothec without delivery be extended in such a way as to include a security in incorporeal property; however, this requires that the notion of a value claim be recognised. The concept of property should be redefined as the appropriation of a thing with economic value, a thing that need not possess a physical or incorporeal envelope. As for the concept of a movable security, it might be given a unitary definition as a mechanism with a specific function and a specific purpose. Its function would consist in using the value of an item of movable property or a universality of such items for a specific purpose, namely the preferential or exclusive payment of a given creditor. Such purpose may be understood from the perspective of the essence of the operation. Every legal operation (transaction) might henceforth be characterised as a movable security if its essential purpose – without regard to the language used by the parties – is to secure payment of an obligation. A common definition for all forms of corporeal or incorporeal movable security and a single set of rules for their validity and opposability would insure the coherence and efficiency of French and Québec movable security law. It would encompass ownership-based forms of security, trust-based forms of security and other forms of movable security such as the right of retention.

**KEY WORDS :**

Pledge, movable hypothec, delivery, secured transactions, incorporeal properties, value ,  
essence of operation, securities, trust, retention.

## Table des matières

### PREMIERE PARTIE – L’inadéquation du gage portant sur des biens incorporels .. 17

#### Titre I - Les causes techniques de l’inadéquation du gage aux biens incorporels..... 18

##### Chapitre I - La dépossession matérielle : une condition essentielle du gage .....19

###### Section I - La dépossession : un concept essentiel au gage.....19

§1. Le rôle essentiel de la dépossession selon la Coutume de Paris ..... 20

§2. Le rôle essentiel de la dépossession sous le *Code civil du Bas Canada* et sous le *Code civil du Québec* ..... 21

###### A) Le rôle de la dépossession dans le gage classique sous le *Code civil du Bas Canada* ..... 22

1) La mise en gage des créances ordinaires sous le *Code civil du Bas Canada*. ..... 23

2) La mise en gage de créances commerciales ou de comptes à recevoir ..... 25

3) La mise en gage des effets de commerce et des effets négociables sous le *Code civil du Bas Canada*. ..... 26

###### B) Le rôle de la dépossession dans les gages de droit commun et celui dérogatoire du *Code civil du Québec* ..... 28

§3. Le rôle essentiel de la dépossession dans le Code civil français ..... 31

###### Section II - La dépossession : un concept matériel lié à celui de possession .....35

§1. L’émergence dans l’histoire de la théorie possessoire et son incidence sur la notion de dépossession ..... 36

§2. L’influence de la notion de possession sur la dépossession ..... 40

##### Chapitre II – La dépossession fictive : une réponse inappropriée pour les sûretés portant sur des biens incorporels .....45

###### Section I – La fictivité créée par les premières législations d’exception .....46

§1. Les premiers régimes d’exception du Code civil français ..... 46

§2. Les premiers régimes d’exception du *Code civil du Bas Canada* ..... 51

###### A) La cession de créance à titre de garantie : une échappatoire critiquée ..... 52

1) La question relative à la nature juridique de la clause de transport de créances ..... 52

2) Les tergiversations jurisprudentielles ..... 55

3) Les enjeux de la qualification ..... 57

###### B) Les nantissements agricole, commercial et bancaire : des gages sans dépossession ..... 59

1) Le nantissement commercial : un gage sans dépossession prévu par le *Code civil du Bas Canada* ..... 61

2) Le nantissement bancaire en vertu de la Loi fédérale sur les banques ..... 63

3) La cessions de biens en stock ..... 65

###### Section II – La fictivité résultant des réformes .....66

§ 1. La réforme du droit français du 23 mars 2006 ..... 66

<b>A) Contenu de la réforme</b> .....	67
<b>B) La dépossession fictive créée par la réforme française</b> .....	73
1) Le gage automobile .....	73
2) Le nantissement de créances .....	75
3) Le nantissement de compte de titres .....	77
§ 2. Les réformes québécoises .....	80
<b>A) La dépossession « substituée »</b> .....	80
<b>B) La dépossession « par maîtrise »</b> .....	82

## **Titre II – Les conséquences liées à la dépossession fictive : entre incohérences et effets juridiques contestables** .....

85

### **Chapitre I - Les incohérences actuelles de la dépossession sur les sûretés portant sur des biens incorporels en France et au Québec**.....

85

#### Section I- Les incohérences actuelles liées à la dépossession dans le droit positif québécois..

86

§ 1. La dépossession en matière de gage sur créances vue par le législateur québécois .....	86
<b>A) L’avant-projet de 1986 intitulé « Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits »</b> .....	87
<b>B) Les projets de loi 125 et 181 portant sur les sûretés réelles et la publicité des droits.</b> .....	88
§ 2. Les difficultés actuelles en matière de gage sur les créances et de gage sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés .....	96
<b>A) La position des juges de la Cour suprême du Canada dans l’affaire <i>Val-Brillant</i></b> .....	97
<b>B) Les critiques et les impacts d’une telle décision</b> .....	99
a) Le refus de la dissidence d’admettre le gage de biens incorporels pour les personnes physiques .....	100
b) Les retentissements de l’affaire Val-Brillant .....	103
<b>C) La Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l’obtention des titres intermédiés</b> .....	110
<b>D) Le gage sur la valeur de rachat d’une police d’assurance sur la vie : un faux gage</b> .....	125
§ 3. Les obstacles en matière de sûretés portant sur des propriétés intellectuelles .....	127
<b>A) La dépossession inopérante comme condition de formation du gage sur des biens dits intellectuels</b> .....	128
<b>B) La dépossession inopérante comme condition d’opposabilité de l’hypothèque sur des biens dits intellectuels</b> .....	132
Section II - Les incohérences actuelles liées au rôle joué par la dépossession en droit positif français .....	135
§ 1. L’éparpillement et le défaut de rationalité de l’ordonnance du 23 mars 2006 .....	136
§ 2. La dépossession comme condition d’opposabilité .....	139
<b>A) Le gage de droit commun et son incidence sur le nantissement de biens incorporels</b> .....	139



<b>B) Le nantissement de créances</b> .....	142
§ 3. La dépossession comme condition d’opposabilité et de formation.....	150
§ 4. La dépossession comme condition d’opposabilité inadaptée pour les gages portant sur les propriétés intellectuelles.....	152
<b>Chapitre II – Certains effets contestables de la dépossession sur les droits actuels français et québécois</b> .....	<b>155</b>
Section I - L’obligation de conservation, les droits de perception et de disposition.....	157
§ 1. L’obligation de conservation remodelée en droit français.....	157
§ 2. L’obligation de conservation convertie en une faculté de percevoir ou de disposer du bien gagé en droit civil québécois.....	158
Section II - Le maintien inadéquat du droit de rétention.....	162
§ 1. Un droit de rétention fictif inapproprié en droit français.....	162
§ 2. Le droit de rétention transformé en droit québécois.....	164
Section III - Une protection possessoire inappropriée.....	166
§ 1. Les multiples facettes de l’article 2276 (ancien art. 2279) du Code civil français.....	167
<b>A) La protection possessoire assurée au créancier gagiste avec dépossession</b> .....	168
<b>B) La protection possessoire écartée pour le créancier gagiste sans dépossession</b> .....	170
<b>C) La protection possessoire inadaptée aux biens incorporels</b> .....	170
§ 2. L’abandon de l’action possessoire en droit des sûretés québécois.....	177

## **SECONDE PARTIE - Pour un dépassement du modèle du gage : la consécration de l’hypothèque mobilière et du caractère fonctionnel de la notion de sûreté mobilière** 186

### **TITRE I – L’hypothèque mobilière comme un droit préférentiel sur la valeur économique d’un bien meuble**..... 188

<b>Chapitre I : De la valeur économique au droit sur la valeur</b> .....	<b>189</b>
Section I - La valeur économique.....	190
§ 1. La notion de valeur, une notion expansionniste.....	190
§ 2. Une notion à délimiter.....	195
Section II – L’émergence du droit sur la valeur.....	199
<b>Chapitre II – De l’utilité du droit sur la valeur en droit des biens et en droit des sûretés</b> .206	
Section I – La fin du clivage entre les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels.....	207
§ 1. Un malentendu doctrinal.....	207
<b>A) Le droit romain et son interprétation par la doctrine classique</b> .....	208
<b>B) La redécouverte de la distinction par les romanistes : l’origine du malentendu</b> .....	210
§ 2. Les conséquences du malentendu doctrinal.....	212

<b>A) Le dogme de la matérialité de la propriété</b> .....	212
<b>B) Les liens imbriqués entre possession et propriété</b> .....	217
Section II – Le droit sur la valeur et le dépassement du gage .....	221
§ 1. Le dépassement de la conception matérielle du gage .....	221
§ 2. Le droit sur la valeur : un fondement théorique pour un concept fédérateur .....	224
<b>Chapitre III – Les applications du droit sur la valeur en droit des biens et en droit des sûretés français et québécois</b> .....	<b>226</b>
Section I – Le droit sur la valeur en droit des biens français et québécois .....	226
§ 1. La réservation et la commercialisation des biens incorporels par le droit de propriété : un mécanisme appliqué .....	228
§ 2. Les biens immatériels consacrés .....	230
<b>A) Les valeurs mobilières et les instruments financiers : des biens consacrés</b> .....	231
1) Les valeurs mobilières, les instruments et titres financiers selon le droit français .....	231
2) Les valeurs mobilières et les actifs financiers selon le droit québécois .....	242
<b>B) La clientèle (ou l’achalandage) : un bien incorporel consacré</b> .....	248
1) Le droit français .....	249
2) Le droit québécois .....	255
§ 3. Les biens immatériels en devenir .....	265
<b>A) Le savoir-faire, les secrets commerciaux et l’information confidentielle</b> .....	265
1) Le droit québécois .....	267
2) Le droit français .....	271
<b>B) La force de travail et la notion de produit de l’activité intellectuelle</b> .....	274
Section II - Le droit sur la valeur en droit des sûretés français et québécois .....	279
§1. Le droit préférentiel sur la valeur en droit des sûretés québécois .....	279
<b>A) Le gage ou l’hypothèque sans dépossession sur les valeurs mobilières ou sur les titres intermédiés</b> .....	279
<b>B) L’hypothèque sur les créances</b> .....	285
<b>C) L’hypothèque sur l’achalandage</b> .....	285
<b>D) L’hypothèque sur les clientèles ou sur une invention</b> .....	286
<b>E) L’hypothèque sur les produits d’assurance-vie</b> .....	287
§2. Le droit préférentiel sur la valeur en droit des sûretés français .....	287
<b>A) Le nantissement de créances</b> .....	288
<b>B) Le nantissement de compte-titres</b> .....	290
<b>C) Le nantissement d’assurance-vie</b> .....	292
<b>D) Les sûretés sur les propriétés intellectuelles</b> .....	296
1) Le nantissement sur les œuvres cinématographiques.....	296
2) Le nantissement du droit d’exploitation des logiciels.....	297

3) Le nantissement de brevet .....	298
<b>E) Le nantissement de fonds de commerce .....</b>	<b>299</b>

## **Titre II - Une approche pragmatique : articulation entre le concept d'hypothèque mobilière et la notion fonctionnelle de sûreté mobilière..... 302**

### **CHAPITRE I - Le principe de l'essence de l'opération et la notion fonctionnelle de sûreté mobilière .....306**

#### Section I – La présomption d'hypothèque et le principe de l'essence de l'opération .....307

##### § 1. Le concept de la présomption d'hypothèque et le droit québécois : avantages, critiques et réalité ..... 307

###### **A) La présomption d'hypothèque : contenu et avantages ..... 309**

###### **B) Les critiques à l'égard de la présomption d'hypothèque..... 315**

###### 1) L'Avant -Projet de loi sur les sûretés de 1986 ..... 316

###### 2) Le projet de loi 125..... 319

###### 3) La présomption d'hypothèque constitue une réalité..... 322

##### § 2. Une alternative proposée : le principe de l'essence de l'opération ..... 323

###### **A) Contenu du principe de l'essence de l'opération ..... 323**

###### **B) Avantages et effets du principe de l'essence de l'opération ..... 325**

###### 1) L'absence de dénaturation du contrat ..... 326

###### 2) Le principe de l'essence de l'opération : une approche téléologique..... 327

#### Section II- Proposition d'une nouvelle définition de la notion de sûreté mobilière.....339

##### §1. Notion de sûreté mobilière : contenu, conception et enjeux ..... 339

###### **A) Contenu ..... 340**

###### **B) Conceptions ..... 341**

###### **C) Enjeux..... 349**

##### §2. Proposition de définition ..... 351

### **CHAPITRE II – Répercussions sur les catégories de sûretés.....353**

#### Section I – Incidences sur les différentes catégories de sûretés incorporelles et corporelles..354

##### § 1. L'adoption de l'hypothèque mobilière pour les gages et nantissements spéciaux ..... 354

###### **A) L'adoption de l'hypothèque mobilière sans dépossession en remplacement des gages et nantissements spéciaux en droit français ..... 355**

###### **B) L'adoption de l'hypothèque mobilière sans dépossession en remplacement du gage spécial portant sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés existant en droit québécois ..... 360**

##### § 2. L'adoption de l'hypothèque mobilière sans dépossession en remplacement du gage (avec dépossession) de droit commun ..... 362

###### **A) Les incidences dans le droit commun relatif au gage français ..... 365**

<b>B) Les incidences dans le droit commun relatif au gage québécois</b> .....	367
Section II – Incidences sur les techniques utilisant la propriété réservée ou affectée à titre de sûreté .....	372
§ 1. La généralisation de l’hypothèque mobilière : une mauvaise solution .....	373
§ 2. L’approche fonctionnelle : application du principe de la finalité de l’opération .....	375
<b>A) Les propriétés-sûretés</b> .....	375
1) La clause de réserve de propriété .....	376
2) Le crédit-bail .....	387
<b>B) Les fiducies-sûretés</b> .....	394
1) La cession de créances par bordereau Dailly .....	398
2) Le gage-espèces .....	400
3) La fiducie-sûreté de droit commun .....	405
Section III – Incidences sur la propriété retenue à titre de sûreté (le droit de rétention) .....	415
§ 1. Principe général du droit de rétention et caractéristiques .....	417
§ 2. Applications .....	423
§ 3. Effets et qualification du droit de rétention .....	426
<b>A) Effets</b> .....	428
1) Distinctions avec d’autres institutions .....	428
2) Opposabilité <i>erga omnes</i> .....	431
3) Contexte de procédure dite collective, d’insolvabilité ou de faillite .....	433
<b>B) La question de la qualification du droit de rétention</b> .....	435
1) Un droit de préférence <i>de facto</i> .....	436
2) Un droit de suite implicite ou <i>de facto</i> .....	438
3) Le droit de rétention : une sûreté mobilière fonctionnelle .....	440
<b>CHAPITRE III – Répercussions sur la technique d’opposabilité</b> .....	447
Section I – Pour un registre centralisé et unique: clef de voûte de l’opposabilité .....	447
Section II – Le registre des droits personnels et réels mobiliers : un modèle perfectible .....	451
<b>Conclusion finale</b> .....	457
<b>Bibliographie</b> .....	i

## LISTE DES SIGLES ET DES ABRÉVIATIONS

BERD :	Banque Européenne pour la reconstruction et les développements
CDS :	Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée
CÉDÉ :	Centre d'études en droit économique
C. assur. :	Code des assurances (France)
C. civ. :	Code civil (France)
C. com. :	Code de commerce (France)
C. monét. et fin. :	Code monétaire et financier (France)
C. pén. :	Code pénal (France)
C.c.B.C. :	<i>Code civil du Bas Canada</i>
C.c.Q. :	<i>Code civil du Québec</i>
CIDREQ :	Centre Informatique des registres des entreprises du Québec
CNUDCI :	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Code civil :	Code civil (France)
DTCC :	Depository Trust & Clearing Corporation
I.N.P.I. :	Institut national de la propriété industrielle
Liv. proc. fisc. :	Livre des procédures fiscales (France)
L.F.I. :	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i>
L.T.V. :	<i>Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers</i>
L.T.V.M. :	<i>Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés</i>
L.V.M. :	<i>Loi sur les valeurs mobilières</i>
O.P.I.C. :	Office de la propriété intellectuelle du Canada
O.R.C.C. :	Office de révision du Code civil (Québec)
PPSA :	Personal Property Security Acts
RDPRM :	Registre des droits personnels et réels mobiliers
REER :	Régime enregistré d'épargne retraite (Canada)
SARL :	Société à responsabilité limitée

xiv

SNC : Société en nom collectif  
UCC : *Uniform Commercial Code*  
UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé

## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier mes deux directeurs de recherche, Monsieur Ghislain Massé, professeur à l'Université de Montréal et Monsieur Thierry Revet, professeur à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris I, pour leurs conseils judicieux, leur rigueur et leurs encouragements.

Par leurs commentaires stimulants, les membres du jury et particulièrement le professeur Pierre-Claude Lafond ont contribué à parfaire ce travail qu'ils en soient ici remerciés.

Je voue une reconnaissance spéciale envers mon conjoint, Alexandre Stylios, privatiste malgré lui, pour sa patience, ses conseils et son soutien sans faille.

*A la mémoire d'Albert BENADIBA*

*A mes parents, à ma sœur Delphine*

*Pour Élina et Ari*



« Il est une valeur que les théoriciens du droit, tels Paul Roubier, regardent comme fondamentale : c'est la sécurité juridique. Ils la placent avant la justice même et avant le progrès : c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres. [...] C'est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal.<sup>1</sup> »

**Jean Carbonnier**

« L'immatériel qualifie dans la métaphysique traditionnelle le monde supérieur de l'essence, de la forme et de l'esprit. L'immatérialité est un signe de perfection. Dépouillées de leur enveloppe matérielle qui les rend obscures, instables et contingentes, les choses apparaissent alors dans leur nécessité et dans leur vérité éternelles. Elles se donnent à connaître sans médiation à l'intelligence et constituent ainsi entre le monde et la conscience des hommes un véritable règne de l'esprit fondé sur leur transparence et sur leur compréhension intégrale par l'esprit.<sup>2</sup> »

**Pierre Caye**

## Introduction

1. Dans l'imaginaire collectif et profane, le concept de sûreté renvoie à une garantie qui porte sur un bien palpable. Nous avons tous joué au Monopoly, jeu certes animé par la cupidité et le désir de ruiner ses adversaires dans le cadre d'opérations immobilières, mais qui nous a permis de nous initier au droit des sûretés. Nous avons tous retenu que pour emprunter de l'argent, il suffisait d'hypothéquer un terrain ou un édifice. La réalité juridique est cependant bien plus créatrice. Si la science juridique pré-moderne avait effectivement appréhendé juridiquement le réel<sup>3</sup>, elle a aussi très rapidement réussi à intégrer l'immatériel ou l'incorporel dans le droit<sup>4</sup>. Depuis, l'immatériel a envahi nos vies<sup>5</sup>. Sûretés et incorporalité ne doivent donc pas se comprendre comme deux termes

---

<sup>1</sup> Jean CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », dans Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 167, aux pages 193 et 194.

<sup>2</sup> Pierre CAYE, « La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Ar. philo. dr.* 1999.43.225, 227.

<sup>3</sup> Daniel GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *Ar. philo. dr.* 1999.43.65, 67.

<sup>4</sup> « Toutes choses immatérielles, qui ne se touchent pas du doigt, pour reprendre le critère favori des Romains en droit des obligations » : Pierre-Yves GAUTIER, « Rapport de synthèse », *Ar. philo. dr.* 1999.43.233, 233.

<sup>5</sup> *Id.*

antinomiques, placés l'un et l'autre dans deux sphères totalement hermétiques. C'est précisément l'enjeu actuel du droit des sûretés que d'appréhender ce monde de l'immatériel (ou *vice versa*) dans le cadre d'un système juridique cohérent composé de règles claires. Les garanties peuvent donc dorénavant porter sur des biens incorporels aussi divers et variés que les oeuvres de l'esprit (logiciel, brevet, film) ou encore les produits de l'activité humaine liés à la force créatrice de travail (savoir-faire, secrets commerciaux, fonds de commerce, clientèle ou achalandage). Ces biens incorporels peuvent aussi prendre la forme de simples créances ou de créances complexes constatées par des titres financiers souvent intermédiés<sup>6</sup> dont la multiplicité semble être sans fin. L'évolution post-moderne de nos sociétés nous laisse penser que ces biens immatériels ne cesseront d'évoluer dans le temps et de se diversifier parallèlement<sup>7</sup>. Ils ne portent d'ailleurs plus sur une chose mais sur la valeur d'une chose<sup>8</sup>. Le droit des sûretés mobilières doit prendre alors toute la mesure de ces nouvelles tendances, et il s'agit ici d'un défi.

2. Le terme sûreté<sup>9</sup> prend son origine dans le mot sécurité. Dans la tradition civiliste, ce terme revêt une signification plus étroite ; la sûreté est en effet perçue comme

---

<sup>6</sup> France DRUMMOND, « Les titres intermédiés - Regard sur un nouveau concept du droit financier », dans *Études de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 147.

<sup>7</sup> Jean-Luc BILODEAU, « La sécurité juridique et l'efficacité des marchés : le cas de l'Autorité des marchés financiers », (2008) 110 *R. du N.* 429, 431. Cet auteur considère que les normes du droit québécois des valeurs mobilières connaissent une croissance faramineuse en quantité, en volume et en complexité ce qui nuit à la sécurité juridique des citoyens.

<sup>8</sup> Pierre CATALA, « Exposé de synthèse », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens, 3<sup>e</sup> journées René Savatier, Poitiers, les 4 et 5 octobre 1990*, Paris, P.U.F., 1991, p. 87; François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, n° 43, p. 49; Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993.305; Alain PIEDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », dans *Aspects du droit privé en fin du XX<sup>e</sup> siècle. Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 55, à la page 62; Thierry REVET, « Rapport français. Les nouveaux biens », dans *La propriété*, t. LIII, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 271; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n° 67, 69, 70 et 72, p. 34 et 35; Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106 *R. du N.* 177, 179 et 180. Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 595, p. 194; Pour un exemple récent à propos des produits dérivés, il s'agit de pouvoir « transférer le risque associé à la valeur d'une chose dans le futur sans la chose elle-même » : Antoine GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, n° 8 et 14, p. 5, 7 et 8.

<sup>9</sup> « Du latin *securitas*. Qualité d'un objet ou situation qui offre des garanties, ménage une protection » : *Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2008, *s.v.* « sûreté », p. 977. De plus, voir Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2011, *s.v.* « sûreté », p. 994 et 995.

un moyen juridique garantissant au créancier le paiement d'une obligation<sup>10</sup>. Le droit de gage général n'apporte quant à lui qu'une sécurité relative au créancier. Certes, il permet à celui-ci de recourir à l'exécution forcée sur le patrimoine de son débiteur mais il lui fait subir la loi du concours avec les autres créanciers. La sûreté permet d'accroître cette sécurité juridique. Elle confère au créancier garanti une position préférentielle par rapport aux créanciers ordinaires. Grâce aux sûretés réelles, certains biens seront par convention affectés de manière préférentielle, voire même exclusive, au paiement de la dette. Derrière le mot sûreté se devine celui de sécurité<sup>11</sup> mais aussi ceux de crédit et de confiance. En effet, le financement des particuliers et des entreprises passe par l'octroi de sûretés ; « pas de crédit sans sûreté » dit-on. Le sort des sûretés est soumis à la bonne comme à la mauvaise gestion des patrimoines. Elles précèdent leur existence et ne survivent guère à leur perte, d'où l'expression les « sûretés sont les filles du crédit<sup>12</sup> ». Elles sont intrinsèquement liées au droit du crédit qui fonctionne notamment sur trois présupposés : la monnaie, le temps et surtout la confiance. Précisément, les sûretés représentent le moyen d'instaurer cette confiance entre un débiteur et son créancier. Les sûretés favorisent la croissance économique<sup>13</sup> d'un secteur industriel ou commercial, d'une région, d'un pays.

---

<sup>10</sup> « Dr. Lien de droit par lequel une personne est tenue de faire ou de ne pas faire quelque chose » : *Petit Larousse illustré*, préc., note 9, s.v. « obligation », p. 701. De plus, voir G. CORNU, préc., note 9, s.v. « obligation », p. 695-697.

<sup>11</sup> Caroline SALVIEJO, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse de doctorat, Montpellier, Faculté de droit, Université de Montpellier I, 2003, p. 2. Selon cette auteure, la sécurité juridique dans sa définition téléologique renvoie à l'idée d'une série d'exigences que doivent posséder soit les normes juridiques, soit le système pris en tant que tel. Ce principe renvoie aux exigences de prévisibilité du droit, d'accessibilité aux normes juridiques, et de stabilité du droit. « La sécurité juridique est donc, selon le statut que les juristes lui accordent et les contextes, un concept, un idéal ou un principe qui exige la prévisibilité, la stabilité et l'accessibilité aux règles » : Martin NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 511, 516. Les juristes accordent aux valeurs de certitude, de prévisibilité et de stabilité une place importante dans leurs discours. En revanche, ils ne le consacrent pas comme un principe ou une règle de droit positif. La sécurité juridique ne serait pas une norme prévue expressément dans les textes législatifs et constitutionnels par les ordres canadiens et européens : M. NADEAU, préc., note 11, 521 et suiv. : Référence au principe de sécurité juridique par la Cour suprême du Canada : *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, 968; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, 799 et 800; *Lefebvre (Syndic); Tremblay (Syndic)*, [2004] 3 R.C.S. 326, par. 22, à propos de l'instauration du Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM), il répondait à un objectif de sécurité juridique.

<sup>12</sup> Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1995, p. 5.

<sup>13</sup> Ronald J. MANN, « Explaining the pattern of secured credit », 110 *HARVARD LAW REVIEW* 625 (1987); A. SCHWARTZ, « A Theory of Loan Priorities », 18 *J. LEGAL STUD.* 209 (1989); THE INTERNATIONAL BANK FOR

Toutefois, pour amener cette confiance au sein des relations contractuelles, les sûretés doivent offrir un cadre juridique prévisible, accessible, stable et pertinent<sup>14</sup>. Quatre qualités sont donc requises des sûretés. Ces qualités de prévisibilité, d'accessibilité, de stabilité et de pertinence sont censées, en outre, constituer un avantage certain dans les systèmes juridiques de droit écrit. Lorsque l'une d'elles disparaît, le législateur intervient parfois, soit en réformant le concept ainsi remis en cause pour en inventer éventuellement un autre, soit encore en créant des régimes d'exception qui contribuent *de facto* à la multiplication de nouveaux concepts ou à la dénaturation de concepts anciens. De surcroît, l'effacement de l'une de ces qualités est souvent lié à l'existence d'une dispersion des textes et à la complexité de ceux-ci.

3. Les droits français et québécois des sûretés mobilières sont tous les deux affectés par le jeu de l'application, pas toujours cohérente, des multiples concepts nés de cette inflation législative. Le gage avec et sans dépossession et l'hypothèque mobilière avec et sans dépossession non seulement illustrent bien les difficultés évoquées ci-dessus mais surtout révèlent un besoin urgent de repenser la matière<sup>15</sup>. En effet, l'objectif de sécurité juridique<sup>16</sup> auquel doivent répondre les sûretés mobilières peut paraître en l'état illusoire<sup>17</sup> et ce, pour plusieurs raisons. Les droits français et québécois des sûretés mobilières ont dû faire face concomitamment à des contraintes économiques liées à l'évolution du commerce, à l'incursion de nombreux biens immatériels dans la sphère juridique et à l'interférence d'un autre domaine du droit, celui des procédures collectives ou de la faillite (selon la

---

RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, *Doing business in 2004. Understanding Regulation*, Washington, 2004, en ligne : <[rru.worldbank.org/Documents/DoingBusiness/2004/DB2004-full-report.pdf](http://rru.worldbank.org/Documents/DoingBusiness/2004/DB2004-full-report.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>14</sup> Que serait une norme de droit inappropriée, inutile, voire même perçue comme illégitime ?

<sup>15</sup> Georges AFFAKI, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », dans Marie-Élodie ANCEL (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, t. 7, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 9.

<sup>16</sup> L'impératif de sécurité juridique est inhérent au droit et constitue nécessairement l'une des valeurs fondamentales du droit : Jean-Louis BERGEL, « La sécurité juridique », (2008) 110 *R. du N.* 271, 273. « [C]ette conception de sécurité juridique établie presque toujours un lien direct organique ou symbiotique avec le droit » : M. NADEAU, préc., note 11, 529; Frédéric POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001.487; Antoine CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002.2814. Certains auteurs sont plus sceptiques, la sécurité juridique serait conçue alors comme un principe-remède à une donnée structurelle du système » : Nicolas MOLFESSIS et Rémy LIBCHABER, « Source du droit en droit interne, les "avancées de la sécurité juridique" », *RTD civ.* 2000.660.

<sup>17</sup> Pascal ANCEL, *Droit des sûretés*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2006, p. 8.

terminologie québécoise). Ces premières explications possibles sont le résultat d'une évolution du droit des sûretés mobilières sur laquelle il convient de s'arrêter un instant.

4. Les droits français et québécois ont connu une multitude de catégories de sûretés mobilières conventionnelles avec et sans dépossession qui a conduit à un foisonnement des règles de constitution et d'opposabilité. Les exigences de publicité ne sont pas toujours requises et les règles de classement peuvent parfois se contredire à toute évaluation anticipées<sup>18</sup>. Soulignons d'emblée que le droit québécois a tout de même simplifié les régimes des sûretés mobilières lors de la réforme du Code civil en 1991. Toutefois, plusieurs formes de sûretés mobilières (hypothèque avec et sans dépossession, gage spécial, propriétés-sûretés) coexistent et ce, de manière parfois disharmonieuse. Le droit français n'a pas encore atteint ce niveau de simplification, mais on peut déjà déceler une prise de conscience en ce sens depuis l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>19</sup>. La diversité des règles juridiques concernant les sûretés mobilières s'explique d'une part, par l'existence d'une règle coutumière - longtemps en vigueur au Québec et encore actuelle en France - imposant le gage comme modèle de sûreté sur les biens meubles et, d'autre part, par l'évolution de la vie des besoins économiques et la prolifération des biens incorporels.

5. Le gage a progressivement été imposé comme un modèle de sûreté mobilière. C'est à partir de ce concept qu'ont été créés de multiples gages spéciaux appelés aussi nantissements. Historiquement, la fiducie a été la première sûreté réelle<sup>20</sup>. Elle permettait d'offrir au créancier une garantie efficace en lui transférant la propriété de son bien

---

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, J.O. 24 mars 2006, p. 4475.

<sup>20</sup> Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1948, p. 313-317; Alfred JOURDAN, *L'hypothèque. Exposition historique et dogmatique. Explication des textes*, Paris, Marescq, 1876, p. 35. La fiducie constitue vraisemblablement la première sûreté réelle utilisée à Rome sous le nom de *fiducie cum creditore* qui signifie « [l]a fiducie accomplie avec un créancier ». Par une clause insérée dans un acte juridique ou par une déclaration (accompagnée de rituels précis), le créancier s'engageait à retransférer la propriété au débiteur une fois le remboursement du prêt effectué.

immobilier<sup>21</sup>. Le contrat de gage, appelé *pignus*, a progressivement supplanté la fiducie<sup>22</sup>. Le gage était aussi possible sur des créances, il prenait alors le nom de *pignus nominis*<sup>23</sup>.

6. En dépit de certaines controverses historiques<sup>24</sup>, le contrat de gage a été un outil largement privilégié et utilisé comme un remède pratique aux inconvénients de l'application de la fiducie. Il présentait l'avantage pour le créancier de conserver la chose comme un moyen de pression pour être payé de son débiteur. La pratique a par la suite amélioré la position du créancier gagiste en lui concédant le droit de faire vendre la chose et de percevoir sur le prix de vente le montant de sa créance<sup>25</sup>. Ainsi, la dépossession, concept au cœur du gage, constituait à l'époque le moyen ingénieux de se procurer du crédit et

<sup>21</sup> Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 343. Voir aussi R. MONIER, préc., note 20, p. 313.

<sup>22</sup> A. JOURDAN, préc., note 20, p. 67 et 68 : « [L]e contrat réel de gage s'est peu à peu substitué à la *fiducia cum creditore contracta*, au moins pour les dettes de peu d'importance remboursables à courtes échéances, pour lesquelles il eu été impossible, ridicule même, de procéder aux solennités de la *mancipatio* fiduciaire ou de la *sponsio*. »; R. MONIER, préc., note 20, p. 314. Or, le contrat qualifié de gage était aussi dénommé à l'époque hypothèque. Aussi, l'hypothèque a été considérée par certains auteurs comme une transformation du gage. Cette analyse n'est cependant pas unanime. R. MONIER, préc., note 20, p. 316-320; A. JOURDAN, préc., note 20, p. 78-83.

<sup>23</sup> Georges DELVAS, *Droit romain : du pignus nominis. Droit français : Du gage des choses incorporelles*, thèse de doctorat, Paris, A. Giard et E. Brière, 1892, p. 4, 5, 16 et 21. La tradition n'était pas requise à l'époque romaine pour valoir opposabilité aux tiers. Seule une *denunciatio* (ancêtre de la signification) et un acte écrit suffisaient. Le *pignus nominis* a mis du temps avant de se concevoir comme un gage sur créances impliquant une tradition, à savoir une remise du titre constatant la créance.

<sup>24</sup> A. JOURDAN, préc., note 20, p. 78 et 83, notamment aux notes 2 et 3 :

Quoi qu'il en soit, on voit qu'il faut se garder de parler, comme de trois périodes qui se seraient succédé nettement l'une de l'autre, de la *fiducia*, du *pignus*, et de l'hypothèque. Dans le domaine du droit, plus qu'en toute autre chose, à Rome plus qu'ailleurs, les périodes historiques se pénètrent en quelque sorte réciproquement, et comme, à l'époque de formation instinctive et naïve, on voit poindre déjà en germes des fortes institutions qui se développent au temps de complète maturité, de même on retrouve encore, aux derniers jours d'une civilisation qui va disparaître, quelques vestiges ineffaçables de ce qu'elle fut à son berceau.

Il est donc difficile aujourd'hui d'exclure l'un au profit de l'autre. À l'instar d'Alfred Jourdain, on pourrait croire que le « *le pignus* est une dénomination générique qui comprend l'hypothèque », l'hypothèque serait en fait une « espèce particulière de *pignus* à laquelle on a donné plus tard le nom d'hypothèque » : A. JOURDAN, préc., note 20, p. 87. R. MONIER, préc., note 20, p. 316-318. En dépit de ces controverses historiques, il semblerait que l'hypothèque telle pratiquée à certaines époques était déjà en soi une véritable hypothèque n'entraînant pas la dépossession effective du débiteur; ce qui la distinguait, sur ce point, du gage mobilier : Jean-Philippe LEVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », *Rev. hist. dr.* 1987.3.231, 233 et 234. Même sous l'ancien droit, l'hypothèque mobilière fut pendant un temps pratiquée sans emporter de droit de suite : Emmanuel PUTMAN, « Sur l'origine de la règle : “meubles n'ont point de suite par hypothèque” », *RTD civ.* 1994.3.543, 546-548.

<sup>25</sup> R. MONIER, préc., note 20, p. 315 et 316. Le pacte commissaire a parfois été admis à l'époque romaine.

d'offrir une garantie mobilière à son créancier tout en évitant le transfert de propriété au profit du créancier garanti.

7. Le recours au contrat de gage a été ensuite justifié par l'interdiction coutumière d'utiliser l'hypothèque mobilière. La Coutume de Paris<sup>26</sup> n'a jamais admis l'idée d'une sûreté mobilière sans dépossession, s'en tenant à une stricte orthodoxie dans ce domaine. Cette rigidité a eu des conséquences directes sur l'élaboration du droit des sûretés mobilières tant en France qu'au Québec. À l'époque, les biens meubles considérés comme des choses viles et sans valeur, ne pouvaient être identifiables du fait de leur caractère mobile. Ils ne devaient donc pas être pris comme objets d'hypothèque. En conséquence, seul le mécanisme juridique du gage restait possible pour la mise en garantie des biens meubles. Cet état des choses était compris au travers de l'adage « Meubles n'ont point de suite par hypothèque ». La Coutume de Paris<sup>27</sup> a consacré cette interdiction. Au Québec, en dépit des nombreux événements politiques<sup>28</sup>, la Coutume de Paris a en fait constitué la base du droit civil québécois.

---

<sup>26</sup> Elle n'est à l'origine qu'un ensemble mal défini de préceptes et de maximes observés à Paris et dans sa région, connue sous le nom de *circa Parisius*. Aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, le Châtelet de Paris, par l'entremise de ses magistrats et avocats, commença à éclaircir ces dispositions coutumières par la diffusion de nombreux commentaires et la publication de traités. Sous l'impulsion de Charles VII, par ordonnance de Montil-les-Tours de 1453, la codification de toutes les coutumes de France fut décrétée. Charles VII a fait rédiger celle de Paris en 1510 appelée aujourd'hui Ancienne Coutume. Par la suite, en 1580, sous Henri III, la nouvelle Coutume de Paris fut présentée par le président du Parlement de Paris Christophe de Thou : Yves F. ZOLTVANY, « Esquisse de la Coutume de Paris », *Revue d'histoire de l'Amérique française* 1971.25.365, 366.

<sup>27</sup> Rappelons que la Coutume de Paris a été appliquée en France jusqu'au Code Napoléon qui a d'ailleurs repris un grand nombre de ses dispositions, dont l'adage précité. La Coutume de Paris a été adoptée de manière officieuse, dès 1627, pour la majorité des affaires civiles, par la Compagnie des *Cent-Associés* et s'est progressivement imposée au sein de la Nouvelle France. En 1664, grâce à l'article 33 de l'édit d'établissement de la Compagnie des Indes Occidentales, la Coutume de Paris fut officiellement consacrée. Elle devint la loi de la Nouvelle-France aux côtés de certains édits et ordonnances royales toujours en vigueur en Nouvelle-France, interprétés par les autorités locales : Rodolphe LEMIEUX, *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal, C. Théoret, 1900, p. 258 et 311; Louis ANTIER, *La survivance de la seconde coutume de Paris. Le droit civil du Bas-Canada*, thèse de doctorat, Rouen, Imprimerie des Petites Affiches, 1923, p. 1719; Y. F. ZOLTVANY, préc., note 26, 367.

<sup>28</sup> Lors du traité de Paris signé le 10 février 1763, la France a perdu le Canada. Par promulgation royale du 7 octobre 1763, le Roi Georges III a manifesté son intention d'abroger toute ancienne législation au profit de la loi anglaise dans le but politiquement clair d'assimiler complètement les Canadiens-français. Mais, ces derniers ont juridiquement contesté la régularité de cette promulgation. La supériorité numérique des Canadiens-français et la volonté des états américains à l'indépendance ont forcé le gouvernement britannique à maintenir les lois civiles locales, notamment la Coutume de Paris. Malgré les pressions anglaises, le droit issu de la Coutume de Paris triompha, de fait, en continuant à régir les relations juridiques des canadiens

L'interdiction illustrée par l'adage « Meubles n'ont point de suite par hypothèque » a été intégrée dans le *Code civil du Bas Canada*<sup>29</sup>. On justifiait cette règle par un motif d'ordre pratique<sup>30</sup>. Le défaut d'identifier les biens meubles ne permettait pas de grever valablement ceux-ci dans le cadre d'une hypothèque et ce, en raison de l'absence d'un système de publicité adéquat, comme pour les biens immobiliers. La différence de valeur et de fixité entre les biens meubles et les biens immeubles ainsi que le souci de faciliter la circulation des biens meubles servaient à justifier cette différence de régime<sup>31</sup>. Les jurisconsultes considéraient cet adage comme « raisonnable<sup>32</sup> » puisqu'il était justifié par l'impossibilité matérielle de suivre les meubles entre les mains des tiers auxquels le débiteur les avait transmis. Ces meubles étaient à l'époque considérés comme des choses fuyantes,

---

français qui surent résister au pouvoir anglicisant. La Coutume de Paris « rafraîchie » fut officiellement réinstaurée par l'*Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.), en 1774 : L. ANTIER, préc., note 27, p. 6, 31-34; R. LEMIEUX, préc., note 27, p. 359 et 360; Gilles PAQUET et Jean-Pierre WALLOT, « Le Bas-Canada au début du XIX<sup>e</sup> siècle : une hypothèse », *Revue d'histoire de l'Amérique française* 1971.25.39, 40 et 41; R. LEMIEUX, préc., note 27, p. 362 et 363, citant le procureur général Thurlow qui rend un hommage aux lois civiles françaises du Canada : « [S]i le système qu'on veut détruire est plus parfait que tout ce que la sagacité humaine peut espérer d'y substituer, alors la balance l'emporte entièrement en sa faveur. »; Fernand OUELLET, *Histoire économique et sociale du Québec 1760-1850. Structures et conjonctures*, vol. 1, Montréal, Fides, 1971, p. 117; *Acte de Québec de 1774*, préc., note 28; François-Xavier GARNEAU, *Histoire du Canada depuis sa découverte jusqu'à nos jours*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Québec, imprimé par P. Lamoureux, 1859, p. 429. Par la suite et malgré la scission entre le Bas Canada et le Haut Canada par l'*Acte constitutionnel de 1791*, 31 Geo. III, c. 31 (R.-U.), le droit civil français est maintenu sous le Bas Canada. Cinquante ans plus tard, par l'*Acte d'Union de 1840*, 3-4 Vict., c. 35 (R.-U.), les deux provinces, Bas et Haut Canada, fusionnèrent pour voir proclamer la Province du Canada. Ce geste politique ne remet pas en cause l'article 46 de l'*Acte de Québec de 1774*, préc., note 28, laissant le droit privé, pour sa plus grande partie, régi par les dispositions de la Coutume de Paris. Ce n'est que par la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), appelée aussi l'Acte de l'Amérique du Nord que le Canada est devenu des provinces distinctes, en fait des États confédérés. Cette Loi donna notamment à la Province de Québec autorité exclusive de légiférer sur des questions touchant à la propriété et aux droits civils : Michel MORIN, « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1.

<sup>29</sup> *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41, art. 2022 (ci-après « C.c.B.C. »), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1866. L'essentiel du droit civil hérité de la Coutume de Paris a été codifié, le Code Napoléon (plan et dispositions) a aussi été pris en compte.

<sup>30</sup> E. PUTMAN, préc., note 24. Robert PIEDELIEVRE, *De l'interdit salvien en droit romain. De la règle Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque en droit français*, thèse de doctorat, Paris, L. Larose et Forcel, 1884, p. 87 et 119; Pierre DINGREVILLE, *L'hypothèque mobilière, sa distinction du gage sans dépossession*, thèse de doctorat, Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, 1937; Yvan DESJARDINS, « Du nantissement commercial à l'hypothèque mobilière », (1968-1969) 71 *R. du N.* 87, 91.

<sup>31</sup> P. DINGREVILLE, préc., note 30, p. 11 et 15.

<sup>32</sup> Dans P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, p. 226, exposé des motifs par Bigot de Préameneu; E. PUTMAN, préc., note 24, 545.



« périssables, faciles à dénaturer, aisés à confondre<sup>33</sup> » voire, « des choses viles<sup>34</sup> » aux yeux des rédacteurs du Code napoléonien. En France, l'idée même de consacrer une hypothèque mobilière sans dépossession sur un bien meuble a été généralement bannie<sup>35</sup>. Certaines régions françaises avaient toutefois admis cette forme d'hypothèque au XVIII<sup>e</sup> siècle sur les biens meubles<sup>36</sup>. Cette sûreté ne conférait cependant qu'un droit de préférence et excluait tout droit de suite<sup>37</sup>. Le Québec n'a abrogé l'adage en question qu'en 1991 lors de l'adoption du *Code civil du Québec*<sup>38</sup>. Il est toujours en vigueur dans la législation française<sup>39</sup>. La prolifération des biens meubles incorporels et leur valorisation certaine au sein des patrimoines des entreprises et des particuliers rendent désuets cet adage. Les innovations technologiques ont en outre permis de mettre en place des registres publics aux fins d'inscriptions des droits mobiliers. Le droit de suite peut donc valablement être exercé par un créancier muni d'une sûreté mobilière à l'encontre de tiers acquéreurs. Les raisons interdisant l'hypothèque mobilière n'ont plus lieu d'être.

**8.** Le gage est ainsi devenu l'archétype des sûretés mobilières. Toutefois, il s'est avéré rapidement désavantageux sur un plan économique dans certaines branches comme les secteurs maritimes, commerciaux ou agricoles. Bien souvent, les entrepreneurs ayant besoin de financement ne pouvaient se départir de leur bien, objet de leur exploitation. En imposant le dessaisissement du bien entre les mains du créancier, le débiteur en perdait les utilités et gaspillait du même coup son crédit. Les législations française et québécoise ont dû composer avec ces réalités économiques en créant des gages avec dépossession fictive et

---

<sup>33</sup> Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4<sup>e</sup> éd., t. 5, Paris, Garnery, 1812, p. 765, par. I, sous § III, « Des biens qui sont susceptibles d'Hypothèque ».

<sup>34</sup> L'adage « *res mobilis res vilis* », né au Moyen Age, fut admis par les rédacteurs du Code civil français; P. DINGREVILLE, préc., note 30, p. 12.

<sup>35</sup> Au point que l'un des jurisconsultes important de l'époque le présentait comme ayant un « usage universel » sur le territoire français : Claude DE FERRIÈRE, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, Paris, Theodore Le Gras, 1719, p. 368.

<sup>36</sup> Les régions de l'Anjou, du Maine et de la Normandie : Auguste VALETTE, « De la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque », dans Auguste VALETTE, recueillis et publiés par Ferdinand HEROLD et Charles LYON-CAEN, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, t. 1, Paris, Marescq, 1880, p. 247, à la page 248; E. PUTMAN, préc., note 24, 549 et 550.

<sup>37</sup> E. PUTMAN, préc., note 24, 549 et 550.

<sup>38</sup> Le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), a supprimé l'adage en 1991.

<sup>39</sup> Dans le Code civil français (ci-après « C. civ. »), il demeure encore inscrit à l'article 2398.

des nantissements, dits irréguliers, sans dépossession et de manière exceptionnelle, des hypothèques mobilières sur certains types de biens comme les navires, les aéronefs. Ainsi, le *Code civil du Bas Canada* prévoyait à côté du gage de droit commun avec dépossession qui pouvait aussi, au prix d'adaptations, porter sur des créances, des différents nantissements sans dépossession, à savoir des nantissements commerciaux, forestiers et agricoles ainsi que des cessions de stocks et des transports de créances utilisées à titre de garantie. Ainsi, la dépossession comme condition essentielle au contrat de gage s'est transformée au point d'être fictive, voire même absente. En effet, la dépossession matérielle exigeait pour le gage de droit commun avait été remplacée par la remise de l'acte de nantissement au créancier pour le gage sur créances<sup>40</sup> et parfois même, dans la pratique, par la remise du titre représentant la créance. Par ailleurs, des formalités de signification au débiteur cédé suffisaient pour rendre opposable aux tiers un tel gage sur créances<sup>41</sup>. Par ailleurs, des registres ont été créés pour rendre opposables aux tiers les nantissements spéciaux (commerciaux, agricoles et forestiers). Le Code civil français a, lui aussi, mis en place des régimes d'exception en prévoyant des gages (automobile) et des nantissements spéciaux (sur équipement et outillage, sur fonds de commerce, des oeuvres cinématographiques). Des registres étaient créés au sein des greffes de différents tribunaux de commerce ou auprès de préfecture. La remise du titre et les formalités des cessions de créances permettaient de rendre le gage sur des créances valide et opposable aux tiers. Ce gage sur des créances a été assimilé à un gage sur des biens corporels par l'effet de la théorie de l'incorporation du droit dans le titre.

9. En 1991, le Québec a réformé de manière importante sa législation en instaurant l'hypothèque mobilière sans dépossession dans son droit des sûretés au côté du gage. Cette nouvelle figure a permis d'absorber toutes les formes de nantissements existantes sous l'ancien droit. Toutefois, le maintien du gage, la soumission parcellaire des propriétés sûretés comme la vente à tempérament, le bail à long terme, la fiducie et la

---

<sup>40</sup> C.c.B.C., préc., note 29, art. 1571 et suiv., 1968 et 1969.

<sup>41</sup> *Id.*, art. 1571.

création récente du gage spécial par maîtrise portant sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés ont conduit vers certaines incohérences et incertitudes juridiques.

La France a, quant à elle, opéré une réforme par ordonnance du 23 mars 2006<sup>42</sup> de moindre ampleur. L'adage « Meubles n'ont point de suite par hypothèque » a été conservé dans le Code civil français<sup>43</sup>. Le principe d'un gage sans dépossession a été consacré dans le droit commun des sûretés mobilières. Le gage traditionnel avec dépossession et les autres nantissements sans dépossession dits spéciaux ont, quant à eux, été maintenus. Ainsi, les règles du Code civil français en matière de sûretés mobilières s'effacent au profit des règles spéciales prévues dans d'autres codes (le Code de commerce, le Code monétaire et financier, le Code des assurances et le Code de la propriété intellectuelle)<sup>44</sup>.

**10.** L'arrivée d'une multitude de biens incorporels dans la sphère juridique a aussi modifié les conditions traditionnelles du gage. La littérature fait état de l'envahissement de ces biens dits nouveaux qui se répandent dans notre économie de marché. La prophétie de Savatier s'est réalisée<sup>45</sup> : le monde de l'immatériel est à nos pieds. Les biens immatériels se répandent. Loin d'être nouveaux<sup>46</sup>, ils se sont néanmoins multipliés ces dernières années selon un rythme nouveau et concernent toutes les branches du droit. Ont ainsi vu le jour en France et au Québec, des nantissements sans dépossession, des gages ou des hypothèques sans dépossession sur les valeurs mobilières, la clientèle, les logiciels, les brevets, les marques de commerce, les dossiers clients et les créances issus d'un contrat d'assurance-vie. Ces sûretés mobilières sans dépossession ou avec une dépossession fictive portent en réalité sur un droit préférentiel sur la valeur des biens concernés. Cette notion de valeur se

---

<sup>42</sup> Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, préc., note 19.

<sup>43</sup> C. civ., art. 2398.

<sup>44</sup> Par exemple, le nantissement sur une police d'assurance-vie (art. L. 132-1 Code des assurances (ci-après « C. assur. »)); le nantissement de logiciels (art. L. 132-34 Code de la propriété intellectuelle); le nantissement de brevets (art. L. 613-8 Code de la propriété intellectuelle); le nantissement de compte-titres (art. L. 211-20 Code monétaire et financier (ci-après « C. monét. et fin. »)).

<sup>45</sup> René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Troisième série. Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Dalloz, 1959.

<sup>46</sup> S. NORMAND, préc., note 8, 179; Antonio PERRAULT, « La propriété des œuvres intellectuelles », dans *La propriété. Compte rendu des cours et conférences*, Montréal, Bibliothèque de l'Action française, 1924, p. 223.

dégage nettement des droits positifs français et québécois au sujet de l'appropriation et de la prise en garantie de biens incorporels comme les valeurs mobilières, les clientèles ou l'achalandage<sup>47</sup>. La valeur économique est le dénominateur commun aux deux droits. Elle prend son empire<sup>48</sup>. Elle ne peut qu'être intégrée dans les définitions de la notion de bien et de celle de sûreté mobilière<sup>49</sup>. Le gage spécial sur des valeurs mobilières appelé en France nantissement de compte-titres nous fournit un exemple éloquent. Ce gage a connu un nouvel habillage en raison de la dématérialisation de valeurs mobilières. Le système traditionnel des valeurs mobilières détenues directement par les investisseurs représentées par un support papier, certificat, a progressivement été remplacé par un système pyramidal de détention indirecte des instruments financiers tenus en compte par des intermédiaires financiers qui sont eux même soumis à des dépositaires centraux (Euroclear en France et CDS au Canada). Le gage ne peut plus porter sur un bien matériel, sur un support représentant la créance, mais il porte en réalité sur la valeur de l'instrument financier inscrit sur un compte en banque. La technique du gage de droit commun a donc été sensiblement modifiée dans les deux législations pour rendre possible le gage par maîtrise (Québec) ou par déclaration (France) sur des valeurs mobilières dématérialisées<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Pour quelques exemples qui feront l'objet de développements : Admission d'une cession de clientèle civile : au Québec, *Mirarchi c. Lussier*, 2007 QCCA 284, [2007] R.J.Q. 301, par. 39-44; en France, Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2002, *RTD civ.* 2001.167, note Revet; *Valiquette c. Valiquette*, [2003] R.R.A. 961 (C.S.), par. 21-23 : validité d'une hypothèque sur dossiers-clients. Pour la validité d'une hypothèque sans dépossession d'une invention non brevetée : *Collège d'enseignement général et professionnel de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance Inc.*, [2001] R.J.Q. 2659. Pour une admission de principe d'une hypothèque même future sur un brevet dans *obiter Bear Bay Holding Canada Inc. c. De Lanauze*, [2003] n° AZ-50170938, par. 24 (C.A.) : « [L]e fait qu'un brevet ne soit pas encore délivré ne constituerait pas en soi un obstacle insurmontable à la constitution d'une hypothèque mobilière, vu les articles 2670 et 2954 C.c.Q. »

<sup>48</sup> André ORLÉAN, *L'empire de la valeur. Refonder l'économie*, Paris, Éditions du Seuil, 2011.

<sup>49</sup> Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PETEL, *Droit des sûretés*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2010, n° 557, p. 413 et 414; Christian MOULY et François JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283*, fasc. 5, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2002, feuilles mobiles, n° 4, 30, 32, et 33; Christian MOULY et François JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2393 à 2396*, fasc. 3, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2012, feuilles mobiles, n° 25, 28, 30, 31 et 34.

<sup>50</sup> Ces gages ou nantissements sur instruments financiers permettent de constituer une sûreté sans dépossession, faisant jouer à la déclaration administrative ou à l'accord de maîtrise adressés au teneur de compte le rôle de la dépossession. Aucun registre public ne prévoit la publicité de ces sûretés sur instruments financiers : Voir les articles L. 122-20 du C. monét. et fin. et 2714.1 et suiv du C.c.Q., préc., note 38.

11. L'évolution du droit des procédures collectives a également contribué à cette insécurité puisqu'il met l'accent sur la sauvegarde de l'entreprise en difficulté<sup>51</sup>, son redressement<sup>52</sup> ou la réhabilitation du débiteur failli<sup>53</sup> ce qui se traduit par d'importants sacrifices imposés aux créanciers munis de sûretés réelles<sup>54</sup>. Le droit des sûretés entretient des « affinités forcées<sup>55</sup> » avec le droit des procédures collectives ou le droit de la faillite.

---

<sup>51</sup> Nicolas BORGA, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *R.D. bancaire et fin.* 2009.3.étude.n° 20, n° 10 et 14 :

Le droit français des sûretés mobilières souffre d'un éclatement auquel la réforme du 23 mars 2006 n'a pas remédié et que l'ordonnance du 18 décembre 2008 amplifie dans le contexte du traitement des difficultés de l'entreprise.

[...]

Le droit des sûretés réelles mobilières ne sort pas indemne de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté. De façon opportune, un équilibre est recherché entre la préservation de l'intérêt des créanciers et la sauvegarde de l'entreprise et des emplois qui y sont attachés. Il est toutefois dommage que cette recherche d'équilibre ne concerne que la fiducie-sûreté et le gage sans dépossession et n'ait pas été étendue à l'ensemble des sûretés consenties par l'entreprise. Surtout, on ne peut que regretter le morcellement résultant de cette recherche d'équilibre, les solutions particulières et déroatoires se multipliant à l'excès sans véritable justification. À l'opposé, les sûretés consenties par les tiers font l'objet d'un traitement des plus homogènes, le législateur tendant à les soumettre à un régime juridique unique peu important leur nature.

<sup>52</sup> Manuela BOURASSIN, Vincent BRÉMOND et Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2010, n° 24, p. 13, 634 et 635; Philippe PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaires de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *J.C.P. éd. E.* 2009.I.1049; Philippe DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *L.P.A.* 2010.76.7, n° 3 :

« Car l'ennemi de l'efficacité économique du droit des sûretés réelles a pour nom "Traitement des difficultés des entreprises" : le livre IV de l'actuel Code de commerce qui régit les procédures collectives projette en effet une ombre inquiétante sur le titre second du livre IV du Code civil. »

<sup>53</sup> Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 2.

<sup>54</sup> Pour des exemples comparables en France et au Québec : Même si le Québec utilise encore le mot « faillite », les réformes successives, depuis la loi de 1919, ont mis en place des mécanismes visant clairement le redressement de l'entreprise notamment la réforme de 1992 et les amendements de 2008-2009 (l'avis préalable de 10 jours de l'article 244 *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (ci-après « L.F.I. »)), les amendements concernant la préparation de la proposition et les arrangements). Le principe de subsidiarité du droit des sûretés français par rapport à celui des procédures (art. 2287 C. civ.), la suspension des poursuites individuelles, règle comparable en France et au Québec (art. L. 622-21 C. com. ; art. 69.1 en cas de proposition et 69.3 L.F.I., préc., note 54, en cas de faillite) et l'interdiction des paiements (art. L. 622-7 al. 1 et L. 641-3 C. com.), marquent un coup d'arrêt à la liberté d'action des créanciers munis de sûretés. En outre, le rang des créanciers munis de sûretés réelles est soumis à l'ordre institué par la loi sur les procédures collectives ou la loi sur la faillite. Par exemple, en France, lors d'une liquidation judiciaire, le créancier muni de sûreté réelle passe après l'État et les créanciers salariaux. Il bénéficie d'un rang peu enviable. Comme au Québec d'ailleurs, lors du prononcé d'une faillite, le créancier muni de sûreté réelle se situe au 13<sup>e</sup> rang (art. 136 L.F.I., préc., note 54); M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 24, p. 13, 634 et 635; J. DESLAURIERS, préc., note 53, p. 2, 26-29, 98-105, 275-284, 509 et suiv.

<sup>55</sup> Philippe DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles dans le droit des sûretés*, thèse de doctorat, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 18 :

Les intérêts divergents entre le droit des procédures collectives ou sur la faillite (redresser l'entreprise ou libérer le débiteur) et le droit des sûretés (satisfaire les créanciers) ne favorisent pas nécessairement l'équilibre des systèmes juridiques français et québécois. Les règles des Codes civils français et québécois sont souvent tempérées ou remplacées par celles issues du droit des procédures collectives en France ou celles de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* applicable au Québec, au point d'y voir l'existence d'un droit spécial des sûretés dans les procédures d'insolvabilité<sup>56</sup>.

12. Compte tenu de ces développements, se pose la question de savoir si le gage (ou le nantissement) grevant des biens incorporels permet aujourd'hui d'offrir un modèle adéquat de sûreté mobilière tant en droit français qu'en droit québécois. Nous y répondrons dans le cadre d'une étude de droit comparé de deux systèmes de tradition civiliste<sup>57</sup>, à savoir le Québec et la France.

Aucune analyse de droit comparé n'a été faite en droit français et en droit québécois sur le thème des sûretés mobilières et *a fortiori* sur celui des sûretés mobilières portant sur les biens incorporels. Les droits civils français et québécois se prêtent à ce type d'analyse croisée compte tenu de leur tradition civiliste commune. Les deux droits ont connu des mouvements de réformes comparables mais pas identiques. Lors de sa grande réforme en 1991, le Québec a marqué une volonté de simplifier son système de sûretés mobilières par l'instauration du concept de l'hypothèque mobilière sans dépossession. Le droit français a avancé plus timidement en consacrant un principe de gage sans dépossession tout en maintenant ses différents régimes de gage et de nantissements spéciaux. A la fin du XIX<sup>e</sup>

---

[L]e droit des sûretés évolue très vite sous la pression des créanciers qui se livrent à une course pour n'être pas sacrifié sous l'autel du redressement judiciaire : il en résulte directement une multiplication de garantie nouvelles dont les critères de qualification et les relations avec les sûretés nommées sont sources d'incertitudes.

<sup>56</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 635; J. DESLAURIERS, préc., note 53, p. 495, 496, 509 et suiv.

<sup>57</sup> *Contra* : Cécile LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, thèse de doctorat, Paris, Litec, 2001, p. 17.

siècle<sup>58</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle<sup>59</sup>, des auteurs français en traitant du gage sur créances ou des gages sans dépossession avaient déjà constaté la multiplicité des catégories de sûretés mobilière en droit français et avaient alors sollicité l'intervention du législateur français afin de voir consacrer, dans certaines conditions et parfois de manière contradictoire, l'hypothèque mobilière sans dépossession pour certains types de biens incorporels. Des travaux contemporains ont aussi proposé à la fois l'adaptation du modèle du gage à certains biens incorporels et la reconnaissance de la nature hypothécaire pour d'autres<sup>60</sup>. Un autre auteur a aussi milité pour une rationalisation du système français des sûretés mobilières par l'adoption du modèle américain du *security interest*<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Auguste BLAISOT, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse de doctorat, Paris, A. Fontemoing, 1897, p. 146 : Cet auteur a milité pour une hypothèque sur créances et sur fonds de commerce. En revanche, il a rejeté l'idée d'une hypothèque mobilière sur les biens corporels et sur les fonds agricoles et souhaite le maintien de l'adage coutumier interdisant l'hypothèque mobilière sur les biens corporels; Marius MOREL, *De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage. Caractère véritable du gage sans dépossession*, thèse de doctorat, Paris, A. Rousseau, 1902, p. 141, 117-121 : Cet auteur a prôné la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession notamment sur les fonds de commerce et les warrants, considérant le gage comme une technique primitive (p. 146) :

Le gage, à notre sentiment, est une institution propre aux peuples primitifs; on le retrouve à l'origine de toutes les législations antiques; l'homme des premiers temps n'est-il pas, en effet, semblable à l'enfant, et la première idée de l'enfant qui veut s'assurer d'une chose n'est-elle pas d'offrir un gage ? Donc au gage, l'homme civilisé, l'homme des temps modernes, doit nécessairement préférer l'hypothèque, qui elle, sauvegarde les droits du créancier tout en laissant au débiteur, non seulement la possession, mais encore l'usage de la chose. A une époque comme la nôtre, où la fortune mobilière est devenue de beaucoup supérieure à la fortune immobilière (...) plus que jamais l'hypothèque des meubles est devenue nécessaire, nous dirions presque indispensable.

<sup>59</sup> Michel CABRILLAC, *La protection des créanciers dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, thèse de doctorat, Paris, Sirey, 1954, n° 31 et suiv.; Dominique LEGEAI, *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse de doctorat, Paris, Economica, 1986, p. 346, cet auteur souhaitait instaurer l'hypothèque mobilière pour les biens incorporels comme les créances, les fonds de commerce et les marchandises et ce, pour les professionnels. Le gage devait se maintenir pour les particuliers. Dans l'immédiateté, le professeur Legeais préférerait pour des raisons logistiques le maintien du gage sur créances au moyen de la notification adressée au débiteur cédé et de la remise de l'originale du titre au créancier.

<sup>60</sup> C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57, p. 21, 73, 271, 459-461 : Cette auteur a milité clairement en faveur de l'adaptation du modèle du gage aux biens incorporels comme les créances, les parts sociales, civiles, les instruments financiers mais reconnaît la nature hypothécaire du nantissement de fonds de commerce et celui des biens issus de la propriété intellectuelle.

<sup>61</sup> Jean-François RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières. Contribution à une rationalisation du droit français*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 1 et 107.

Nous tenterons d'aller au delà de ces travaux en proposant une approche plus cohérente et davantage adaptée qui nécessite de revoir tant la notion de bien que celle de sûreté mobilière.

Il convient donc de prendre la mesure du chemin parcouru et de celui restant à parcourir afin de comprendre d'une part, les causes de l'inadéquation du modèle du gage pour les sûretés portant sur les biens incorporels et ses conséquences sur les systèmes de droit des sûretés mobilières français et québécois (Première partie) pour envisager d'autre part, l'instauration du concept de l'hypothèque mobilière sans dépossession jumelé avec la notion fonctionnelle de sûreté mobilière (Seconde partie).



## **PREMIERE PARTIE – L’inadéquation du gage portant sur des biens incorporels**

1. Le gage se caractérise par la remise de la chose par le débiteur entre les mains de son créancier. Traditionnellement, il porte sur un bien meuble corporel et la dépossession physique de son objet permet la constitution du contrat de gage et son opposabilité à l’égard des tiers. Même si, sur un plan juridique, une dépossession dématérialisée ou immatérielle est tout à fait concevable lorsqu’elle porte sur des biens incorporels, les législateurs français et québécois ont évolué vers une fiction en adoptant des législations d’exception ou des régimes spéciaux, lesquels n’ont pas permis de respecter la finalité de la dépossession, à savoir sa fonction de publicité à l’égard des tiers (Titre I). Cette dépossession « singulière » a produit de nombreuses incohérences et incertitudes juridiques engendrant autant d’effets contestables sur l’entier régime des droits des sûretés mobilières français et québécois (Titre II).

## **Titre I - Les causes techniques de l'inadéquation du gage aux biens incorporels**

2. L'inadéquation du modèle du gage aux biens incorporels proviendrait de la conception matérielle de la dépossession, condition juridique considérée comme essentielle au contrat de gage. Pendant les différentes périodes législatives française et québécoise, la dépossession a enfin été conçue comme une condition matérielle et essentielle de validité et d'opposabilité du gage. Elle a néanmoins connu des adaptations lorsqu'il a fallu concevoir le gage sur des créances commerciales et civiles. Des substituts juridiques comme la signification du contrat de gage au débiteur cédé, la remise de l'acte de nantissement ou la remise du titre représentant la créance entre les mains du créancier nanti ont permis aux législateurs français et québécois de prôner l'assimilation du nantissement de créance au gage de bien corporel et ce, bien souvent au moyen de la théorie de l'incorporation de la créance dans le titre. Ces procédés n'ont fait que renforcer l'idée de la matérialisation de la dépossession qui peut aussi s'expliquer par les relations intimes existant entre la dépossession et une autre notion voisine, la possession. La théorie possessoire qui prend son origine dans les interdits d'origine romaine nous permettra très certainement de mieux appréhender les contours complexes du concept de dépossession du débiteur qui implique une mise en possession au profit du créancier gagiste (Chapitre I).

3. Par ailleurs, la dépossession a subi une évolution notable qui nous laisse penser, à l'instar d'un grand nombre d'auteurs<sup>62</sup>, qu'elle est devenue fictive par l'effet de la loi. Les

---

<sup>62</sup> A propos notamment du nantissement de comptes-titres, du nantissement de fonds de commerce, de films cinématographiques et même du gage automobile, voir Laurent AYNÈS et Philippe CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2009, n° 520 et 537, p. 245 et 262; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 709, 711 et 712, p. 619, 620, 622 et 623; M. CABRILLAC, préc., note 59, n° 26 et 27; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 49, n° 814 et 815, p. 612 et 613. A propos du gage de créances sous le C.c.B.C. : Louis PAYETTE, « Nantissement de compte à recevoir et de créances commerciales », (1968-1969) 71 *R. du N.* 399, 406 et 407 et du gage sur des créances non représentées par

droits français et québécois ont créé à certaines époques des régimes d'exception de gages ou de nantissements spéciaux, et même plus récemment des régimes qui sont en marge du droit commun du gage et qui envisagent la dépossession de manière dématérialisée. Cette approche n'a pas permis d'apporter une réponse adaptée aux sûretés portant sur des biens incorporels puisque leur publicité reste imparfaite voire, dans certains cas, inexistante (Chapitre II).

## **Chapitre I - La dépossession matérielle : une condition essentielle du gage**

4. La réception par les droits français et québécois de la matérialité attachée à la dépossession peut expliquer l'inadéquation du modèle du gage aux biens incorporels. Ainsi, de la Coutume de Paris, au Code napoléonien, au *Code civil du Bas Canada* et au *Code civil du Québec*, les législateurs français et québécois ont fait de la dépossession une condition essentielle et matérielle du contrat de gage (Section I). Cette matérialité a sans doute été empruntée à une autre notion civiliste classique, à savoir la possession (Section II).

### **Section I - La dépossession : un concept essentiel au gage**

5. Pour comprendre la mécanique actuelle du contrat de gage, revenons brièvement sur le rôle joué par la dépossession au travers de quatre textes législatifs : la

---

des titres négociables : Denise PRATTE, « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 421, aux pages 424, 439 et 440; 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, 72-74. On pourrait avoir la même opinion à l'égard du gage sur créances tel qu'il est prévu notamment par les articles 2702 et 2709 du C.c.Q.

Coutume de Paris (§1), le *Code civil du Bas Canada* et le *Code civil du Québec* (§2) ainsi que le Code civil français (§3).

## §1. Le rôle essentiel de la dépossession selon la Coutume de Paris

6. Sous la Coutume de Paris, les juristes concevaient le gage de manière matérielle : par la remise de la chose entre les mains du créancier même s'ils insistaient davantage sur la primauté du gage par rapport aux autres privilèges mobiliers. On déduisait des dispositions de l'article 181 de la Coutume de Paris l'existence du gage mobilier pour prêt d'une somme d'argent. Cet article<sup>63</sup> prévoyait que celui qui saisissait un bien meuble en raison de la garantie du prêt qu'il avait octroyée était préféré sur le prix de ce bien à tout autre créancier qui aurait saisi le bien en vertu d'un quelconque privilège.

7. De Ferrière a justifié cette disposition consistant à désigner le créancier gagiste comme le premier saisissant de la chose de la manière suivante : le gage affecte et oblige tellement la chose, qu'un autre créancier ne peut prétendre un aussi grand privilège<sup>64</sup>. En quelques lignes, la force du créancier gagiste et ce, du fait de son emprise matérielle sur la chose, avait été consacrée. Brodeau insistait, lui aussi, sur la primauté du gage par rapport aux autres privilèges<sup>65</sup> et soulignait tout de même qu'il s'agissait d'un acte physique qui permettait de constituer le gage. Selon cet auteur, le créancier disposait d'un droit réel,

---

<sup>63</sup> Coutume de Paris, art. CLXXXI : « Et n'a lieu la contribution, quand le creancier fe trouve faifi du meuble, qui lui a été baillé en gage. » Exemple de décision de l'époque du 10 mars 1597 fourni par Julien BRODEAU, *Commentaire sur la Coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, t. 2, Paris, Béchét, 1658, p. 565, traduit de l'ancien français, p. 452 : « [Q]ue celui qui avait vendu une tapisserie à crédit, ne pouvait pas la revendiquer entre les mains d'un particulier, auquel elle avait été baillée en gage, qu'en lui payant la somme prêtée, qui était le prix du gage et du nantissement. »

<sup>64</sup> Claude DE FERRIERE, *Nouveau commentaire sur la Coutume de la prévosté et vicomte de Paris*, t. 1, Paris, Libraires associés, 1788, p. 419 :

Par la constitution du gage, il a acquis jus in rem, qu'il ne peut pas perdre sans son fait et son consentement, & par le droit d'un autre créancier [...]; car le gage affecte & oblige tellement la chose au créancier, qu'un autre, quelque privilège qu'il ait, n'en peut pas prétendre un aussi grand; enforte même que celui qui auroit vendu un meuble pour un certain prix payable à terme.

<sup>65</sup> J. BRODEAU, préc., note 63, p. 452.

spécial et privilégié qui lui était acquis par la tradition du gage: « C'est ce que nos anciens praticiens appellent *bailleur gage en nampt*, [...], de gages *baillez en nampt, pour debte deue*, c'est-à-dire en nantissement, qui se prend pour la tradition, délivrance et appréhension de la chose »<sup>66</sup>. Cugnet commentait également cet article 181 quant à son application dans la Province de Québec. Il rappelait clairement que faute de certaines formalités, à savoir un acte de prêt notarié par minute avec mention de la somme prêtée et une remise de la chose gage entre les mains du créancier, le créancier était contraint, même par corps, à la restitution du gage<sup>67</sup>. C'est davantage durant les prochaines périodes importantes de codifications au Québec et en France que la dépossession a eu à se forger et s'est imposée. Le *Code civil du Bas Canada* et le *Code civil du Québec* ainsi que le Code civil français ont fait de la remise matérielle du bien objet du gage une condition *sine qua none* de validité et d'opposabilité du contrat de gage.

## **§2. Le rôle essentiel de la dépossession sous le *Code civil du Bas Canada* et sous le *Code civil du Québec***

8. Sous le *Code civil du Bas Canada*, la dépossession - conçue initialement dans son sens matériel pour les biens corporels<sup>68</sup> par la remise de la chose entre les mains du créancier gagiste - a dû s'adapter très rapidement aux biens incorporels (comme les créances civiles et commerciales). Pour le gage portant sur des créances, le *Code civil du Bas Canada* prévoyait des modes particuliers de constitution, comme la remise de l'acte, et empruntait les formalités de la cession de créances afin de rendre le nantissement opposable au débiteur et aux tiers. Des modes particuliers de publicité pouvaient aussi être utilisés pour la mise en gage de créances commerciales. D'autres catégories de créances comme les créances négociables ou les effets de commerce étaient plus facilement offerts en nantissement puisque par l'effet d'une assimilation fictive, ces créances étaient considérées

---

<sup>66</sup> *Id.*, p. 634.

<sup>67</sup> François Joseph CUGNET, *Abrégé de la Coutume*, London, Charles Eyre et William Straham, 1773, p. 42.

<sup>68</sup> C.c.B.C., préc., note 29.

comme des biens corporels en vertu de la théorie de l'incorporation du droit dans le titre (A).

9. Sous le *Code civil du Québec*, la dépossession a été maintenue comme une condition matérielle et essentielle du contrat de gage pour le rendre valide et opposable aux tiers. Le *Code civil du Québec* a prévu la condition de la remise du bien pour les biens corporels et la remise du titre pour rendre valide le gage sur des biens incorporels comme les créances. Les formalités de la cession de créances prévues à l'article 1641 du *Code civil du Québec* sont également exigées pour rendre opposable le gage sur créances au débiteur cédé. La théorie de l'incorporation a donc été appliquée pour les créances représentées par des titres négociables. Cette exigence de la dépossession matérielle prévue à l'article 2702 du *Code civil du Québec*, formulée sous l'expression « remise matérielle du bien ou du titre », a été réaffirmée lors de l'instauration d'un régime dérogatoire au droit commun concernant le gage des valeurs mobilières ou des titres intermédiés (B).

#### **A) Le rôle de la dépossession dans le gage classique sous le *Code civil du Bas Canada***

10. Le *Code civil du Bas Canada* prônait l'utilisation du contrat de gage à titre de sûreté mobilière. Le terme gage faisait référence à la fois au contrat par lequel la chose était remise (art. 1968 et 1969<sup>69</sup>), à la chose ainsi affectée (art. 1971 et 1975) et à la garantie qui en résultait (art. 1976 et 2001). Sous ce vocable se cachait déjà un mécanisme d'une nature complexe. L'élément essentiel et caractéristique du contrat de gage était la remise de la chose au créancier. L'existence même du contrat en dépendait<sup>70</sup>.

11. Le gage, contrat réel désigné comme tel sous l'ancien droit, impliquait en droit québécois le dessaisissement du débiteur de la chose donnée en garantie. Cette remise de la

---

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> Selon la lecture des articles 1966 et 1970 du C.c.B.C., préc., note 29.

chose était considérée comme une condition essentielle de formation du contrat de gage<sup>71</sup>. La dépossession était envisagée dans un sens strictement matériel<sup>72</sup>. En principe, les biens susceptibles d'être mis en gage pouvaient être des biens mobiliers de nature corporelle<sup>73</sup> et même incorporelle<sup>74</sup>. Les choses incorporelles comme les créances, les dettes de livres, les titres négociables et les polices d'assurances pouvaient faire l'objet d'un nantissement.

**12.** L'absence de *corpus* pour les biens incorporels posait cependant une difficulté pratique. Le législateur avait donc prévu l'application des règles de la cession de créances pour rendre opposable le nantissement portant sur des créances. C'est donc grâce à la mise en œuvre de formalités techniques qu'une dépossession était possible dans le cas du gage de biens incorporels comme des créances. Ainsi, leur mise en gage était régie par les articles 1570, 1966 et suivants du *Code civil du Bas Canada*. En vertu de ces dispositions, les meubles incorporels étaient considérés soit comme des créances ordinaires (1) ou commerciales (2), soit comme des effets de commerce ou des titres négociables (3).

1) La mise en gage des créances ordinaires sous le *Code civil du Bas Canada*.

**13.** La mise en gage de créances ordinaires se faisait par la voie du transport de créances prévues aux articles 1570 et 1571 du *Code civil du Bas Canada*, puisque l'article 1966 du même Code ne visait que le nantissement de biens corporels et le nantissement de créances pour les personnes « faisant des affaires de commerce ». Ainsi, les articles précités 1570 et 1571 du *Code civil du Bas Canada* prévoyaient deux formalités légales pour que le créancier gagiste puisse acquérir une possession utile sur ces créances dites ordinaires.

<sup>71</sup> Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1987, p. 66 et 67.

<sup>72</sup> *Bouchard c. Couture*, [1933] 71 C.S. 536; *Payenneville c. Prévost*, [1916] 25 B.R. 246; *Campbell Auto Finance Co. c. Comtois*, [1946] C.S. 136; *Bellavance v. Canadian Acceptance Corporation*, [1956] B.R. 407.

<sup>73</sup> *In re Bertrand : Trans-Canada Credit Corporation c. Savage*, [1967] C.S. 596; *Marmette c. Villeneuve*, [1968] B.R. 841.

<sup>74</sup> P. CIOTOLA, préc., note 71, p. 73; Jacques DESLAURIERS, *Précis du droit des sûretés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 78.

Entre les parties, la mise en possession du créancier se faisait, selon les termes mêmes de l'article 1570 du *Code civil du Bas Canada*, « par l'exécution du titre s'il est authentique ou sa délivrance, s'il est sous seing privé ». En vertu de l'article 1571 du *Code civil du Bas Canada*, la signification d'un avis du contrat de nantissement ainsi que la remise d'une copie au débiteur cédé ou l'acceptation du transport par ce dernier rendaient le nantissement opposable au débiteur cédé et aux tiers.

**14.** Les prescriptions des articles 1570 et 1571 dudit code n'imposaient donc pas, à proprement parler, la remise du titre constatant la créance cédée au créancier cessionnaire. La remise du titre ne constituait pas une obligation légale de formation ou de publicité du gage de créances. Aucune mention expresse ne figurait à cet effet dans la loi. Toutefois, la pratique la recommandait dans un souci de prudence<sup>75</sup>. De même, la professeure Denise Pratte s'interrogeait sur la nécessité de remettre le titre en raison d'une possible interprétation *a contrario* du troisième alinéa 3 de l'article 1966, modifié en 1968<sup>76</sup>.

**15.** Ainsi, la mise en possession des créances ordinaires s'effectuait par la conclusion d'un acte notarié ou la remise de l'acte sous seing privé de nantissement entre les mains du créancier<sup>77</sup>. Vis-à-vis des tiers, seule la signification et la délivrance d'une

---

<sup>75</sup> L. PAYETTE, préc., note 62, 406 et 407.

<sup>76</sup> D. PRATTE, préc., note 62, à la page 424 :

Lorsque le transport de créance constituait un nantissement, on peut se demander si l'article 1966 C.c.B.C. n'ajoutait pas une condition de remise du titre de créance au créancier nanti. L'amendement apporté en 1968 à cet article pouvait nous le laisser croire car il venait préciser, en ajoutant un troisième alinéa, que cette remise de possession n'était pas nécessaire pour le nantissement de comptes à recevoir et de créancier commerciales. Il se lisait ainsi :

Si la chose donnée en nantissement est l'universalité, une partie ou une catégorie particulière des créances ou comptes de livres, actuels ou futurs, d'une personne, société ou corporation faisant des affaires de commerce, l'exécution de l'acte de nantissement, s'il est authentique, ou sa délivrance, s'il est sous seing privé, tient lieu, à toute fin, de la remise de possession prévue par le présent article.

<sup>77</sup> P. CIOTOLA, préc., note 71, p. 78.



copie de l'acte de nantissement au débiteur ou son acceptation étaient prévues pour rendre le nantissement opposable. Ce mode de publicité nous paraît, pour le moins, imparfaite<sup>78</sup>.

## 2) La mise en gage de créances commerciales ou de comptes à recevoir

**16.** En dépit de la création du nantissement commercial<sup>79</sup>, les créances commerciales ou les dettes de livres d'« une personne faisant des affaires de commerce » ne pouvaient former que l'assiette d'un gage. Le *Code civil du Bas Canada* prévoyait, dans des dispositions particulières, la possibilité pour les commerçants<sup>80</sup> d'effectuer un nantissement, appelé aussi transport général, de toutes ou d'une partie de leurs créances ou de leurs dettes de livres<sup>81</sup>.

**17.** En vertu de l'alinéa 3 de l'article 1966 du *Code civil du Bas Canada*, seules l'exécution de l'acte authentique ou la délivrance de l'acte sous seing privé de transport ou de nantissement de créances commerciales permettaient de mettre en possession le créancier nanti. Cette précision avait été codifiée<sup>82</sup> pour contrer une pratique dénoncée qui consistait à obliger le débiteur à soumettre au créancier les reçus et documents constatant les créances nanties<sup>83</sup>. Selon Louis Payette, cette pratique s'inspirait de la tradition

---

<sup>78</sup> Ces procédés feront l'objet d'une analyse critique puisqu'en réalité, seules les parties et le débiteur cédé avaient valablement connaissance de l'existence d'un contrat de gage sur créances. Voir : partie Section II – La fictivité résultant des réformes, p. 66.

<sup>79</sup> Articles 1979 (e) et suivants du C.c.B.C., préc., note 29, issus de la *Loi relative au nantissement*, S.Q. 1962, c. 57 : Le nantissement commercial ne pouvait avoir pour assiette que des biens corporels comme l'équipement ou l'outillage.

<sup>80</sup> Il était toutefois possible pour les commerçants de modifier leur statut et de choisir l'incorporation. Dans ce cas, ils pouvaient alors se soumettre à la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q., c. P-16 (appelée, depuis le 22 octobre 1999, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*, L.R.Q., c. P-16).

<sup>81</sup> C.c.B.C., préc., note 29, art. 1571 (d).

<sup>82</sup> L'amendement apporté en 1968 précisait de manière redondante et trop précautionneuse que « l'exécution de l'acte de nantissement, s'il est authentique, ou sa délivrance, s'il est sous seing privé, tient lieu, à toute fin, de la remise de possession ».

<sup>83</sup> L. PAYETTE, préc., note 62, 406 et 407.

française d'exiger le titre servant de support à la créance<sup>84</sup>. Cet excès de prudence pouvait paraître injustifiée et prêter à confusion « puisque selon la loi (1571 et 1571d) le créancier nanti avait déjà une possession suffisante pour les fins du gage quand il avait signifié (ou enregistré et publié) le transport<sup>85</sup> ». Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 1966, suffisait à lui seul et avait créé de toute pièce une fiction de « remise en possession » des créances commerciales au créancier en imposant la délivrance de l'acte de nantissement ou la conclusion d'un acte solennel.

**18.** Ce contrat de nantissement ou cet acte de transport de créance pouvait aussi être enregistré dans chaque division d'enregistrement où le constituant avait sa place d'affaires<sup>86</sup> et l'avis pouvait être publié dans un journal quotidien de langue française et anglaise paraissant dans le district judiciaire où le commerçant avait sa principale place d'affaires au Québec<sup>87</sup>. Selon l'article 1571d) du *Code civil du Bas Canada*, cet enregistrement remplaçait purement et simplement les formalités de la cession de créances prévues à l'article 1571 dudit Code. Ainsi, pour le nantissement de créances commerciales les modes de publicité prévus pour le rendre opposables aux tiers et au débiteur cédé étaient soit la signification ou l'acceptation par le débiteur, soit l'enregistrement et la publication. L'exigence de dépossession avait donc été remaniée. Cependant, cet excès apparent de formalisme ne parvenait pas à masquer les préoccupations des tribunaux et de la doctrine de l'époque à propos de la véritable nature juridique de ces contrats dits de transport de créances sur laquelle nous reviendrons<sup>88</sup>.

3) La mise en gage des effets de commerce et des effets négociables sous le *Code civil du Bas Canada*.

---

<sup>84</sup> Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n<sup>o</sup> 804, p. 378.

<sup>85</sup> L. PAYETTE, préc., note 62, 406 et 407.

<sup>86</sup> C.c.B.C., préc., note 29, art. 1571 (d) al. 2; J. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 81 et 82.

<sup>87</sup> *Id.*, p. 82.

<sup>88</sup> Voir nos développements ultérieurs.

19. En ce qui concerne la mise en gage des effets de commerce et des titres négociables, le législateur québécois avait prévu une solution accommodante pour respecter l'exigence de la remise en possession du bien au créancier. En vertu de l'article 1573 du *Code civil du Bas Canada*, les effets de commerce ou négociables échappaient aux règles contraignantes des articles 1571 et 1572 du même code. Par l'effet de l'incorporation du droit de créance au titre, on assimilait<sup>89</sup> les effets de commerce ou les titres négociables à des biens meubles corporels<sup>90</sup>. La mise en gage de ces effets se réalisait alors par la seule remise du titre au créancier. Les effets payables au porteur exigeaient la délivrance pour rendre valide le gage. Pour les effets payables à ordre<sup>91</sup>, la délivrance et l'endossement étaient nécessaires. Les formalités de signification de l'article 1570 du *Code civil du Bas Canada* devaient en plus être accomplies pour rendre le nantissement opposable aux tiers. Par ailleurs, sous le *Code civil du Bas Canada*, une personne physique qui « ne faisait pas des affaires de commerce » pouvait recourir au transport de créances à titre de garantie pour mettre en gage ses effets négociables, par la remise des titres représentant lesdites créances en vertu de l'article 1570. Si cette même personne souhaitait mettre en garantie ses effets non négociables, elle le pouvait aussi et de la même manière par la voie du transport de créances. En outre, ces transports de créances représentées par des titres négociables ou non négociables devaient aussi respecter les formalités de publicité de l'article 1571 du *Code civil du Bas Canada* qui prévoyaient la signification de l'acte de transport et la délivrance d'une copie de cet acte au débiteur ou encore l'acceptation du transport par ce dernier selon une interprétation *a contrario* de l'article 1575 dudit code.

20. Contournant ainsi la règle de la remise physique de la chose intrinsèquement liée au contrat de nantissement de bien corporel prévu à l'article 1966 alinéa 1, le transport de créances était donc un procédé juridique techniquement avantageux pour les personnes physiques désireuses d'obtenir du crédit. Toutefois, cette technique ne pouvait passer sous silence les enjeux autour de la véritable qualification juridique des contrats de

---

<sup>89</sup> Ce qui est d'ailleurs toujours le cas sous l'article 2702 du C.c.Q., préc., note 38.

<sup>90</sup> *Chamandy c. Leblanc*, [1977] C.S. 176, 187 : « Le propre d'une obligation au porteur, c'est de pouvoir être négociée par simple livraison du titre, sans aucune obligation de formalité. »

<sup>91</sup> *Smith c. Savard*, [1962] C.S. 625.

nantissements de créances que la pratique désignait comme des transports de créances. La confusion des concepts de vente et de garantie pouvait faire le jeu des praticiens. La jurisprudence a donc connu quelques hésitations autour de la nature juridique de la clause de transport de créances comme les loyers<sup>92</sup>. Ainsi, le législateur a souhaité, lors de la réforme de 1991, mettre un terme face à ces utilisations abusives de la cession de créances à titre de garantie en supprimant les anciens articles 1570 et suivants du *Code civil du Bas Canada*<sup>93</sup>. En principe<sup>94</sup> et dorénavant, toute garantie portant sur des créances est soumise aux dispositions relatives aux hypothèques avec ou sans dépossession prévues dans le *Code civil du Québec*. Des règles précises relatives au constituant, aux conditions de formation et d'opposabilité doivent être respectées afin de retenir la validité de contrat d'hypothèque de créances.

## **B) Le rôle de la dépossession dans les gages de droit commun et celui dérogatoire du *Code civil du Québec***

21. La réforme du *Code civil du Québec* n'a pas désacralisé le gage en écartant la remise de la chose considérée sous l'ancien droit comme une formalité vitale. Bien au contraire, le gage, désormais renommé hypothèque mobilière avec dépossession, exige toujours la remise du bien ou la remise du titre<sup>95</sup>. L'article 2702 du *Code civil du Québec* a fait de la remise matérielle du bien et son maintien en détention une condition essentielle de validité et d'opposabilité du gage. Concernant les biens incorporels comme les créances, la distinction entre les créances ordinaires et les créances commerciales (d'« une personne faisant des affaires de commerce », visées par les anciens articles 1966, al. 3 et 1571d) du *Code civil du Bas Canada*) n'a plus lieu d'être sous le *Code civil du Québec*. Le nouveau

<sup>92</sup> Voir nos développements.

<sup>93</sup> Pour les remplacer par les articles 1637 du C.c.Q., préc., note 38.

<sup>94</sup> En principe seulement, puisque la loi permet d'autres techniques contractuelles comme la fiducie (art. 1263 C.c.Q.) et la vente à réméré (art. 1756 C.c.Q.) qui permettent de céder des créances à titre de garantie.

<sup>95</sup> C.c.Q., préc., note 38, art. 2702. L'exigence de la remise du titre fut introduite par QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Avant-projet de loi. Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Québec, Éditeur officiel, 1986 (ci-après « Avant-projet de loi de 1986 »); L. PAYETTE, préc., note 84, n° 806-833, p. 379-394.

Code fait, au prix d'une lecture combinée des articles 2702 et 2709, une place pour les créances représentées par des titres négociables et les assimilent à des biens corporels, comme le faisait l'ancien Code. Aussi, la remise matérielle du titre entre les mains du créancier et son maintien en détention permet de rendre valide et opposable aux tiers le gage sur créances. Par ailleurs, aucune règle n'impose un acte écrit pour rendre valide le gage contrairement à l'hypothèque mobilière sans dépossession. Le droit québécois ne requiert pas la solennité du gage<sup>96</sup>.

Les autres créances représentées par des titres non négociables semblent, *a priori*, être exclues de l'assiette du gage. Cependant, une décision de la Cour suprême du Canada l'a admis - certes en *obiter dictum* et pour des faits antérieurs aux modifications apportées à l'article 2702 du *Code civil du Québec* - et a repris la solution dégagée dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Val-Brillant c. Blouin*<sup>97</sup>. Dans cette affaire dite *Val-Brillant*, le gage sur des créances déposées sur un compte de dépôt d'épargne retraite (REER) représentées par des titres non négociables avait été considéré comme constitué et opposable aux tiers. Selon la Cour, l'institution financière justifiait d'une maîtrise effective sur les créances du débiteur en raison de l'existence d'un droit de perception direct prévu en cas de défaillance du débiteur et avait accompli les formalités de publicité relatives la cession des créances prévues à l'article 1641 du *Code civil du Québec*. Au prix d'une interprétation large des mots « bien » et « titre » visés par les dispositions des articles 2702 et 2709 du *Code civil du Québec*, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont permis le gage sur des créances représentées par des titres non négociables consenti par des particuliers.

---

<sup>96</sup> Contrairement au droit français depuis la réforme du 23 mars 2006 qui exige la règle de l'écrit et de la double spécialité (désignation de la créance garantie et du bien) pour la validité du gage avec et sans dépossession. Ces règles rappellent celles exigées pour l'hypothèque mobilière québécoise sans dépossession et immobilière française et québécoise.

<sup>97</sup> *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, [2009] 2 R.C.S. 94, par. 46-48 (*obiter*), application de *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666. Voir nos développements ultérieurement, *infra*, Partie II - Section I- B) Les critiques et les impacts d'une telle décision.

22. Les dernières modifications au *Code civil du Québec* datant du 1<sup>er</sup> janvier 2009 issues de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* ont même renforcé l'exigence de la dépossession en réaffirmant son caractère matériel par l'ajout du vocable « matériel » à l'article 2702 du *Code civil du Québec*. Paradoxalement, cette consolidation a été effectuée par le législateur à l'occasion d'une loi financière érigeant le principe de la dématérialisation de la dépossession pour le gage pris sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés. Le législateur tout en créant une nouvelle catégorie de gage par maîtrise a souhaité rappeler le caractère essentiel de la matérialité de la dépossession pour le gage de droit commun. Depuis ces modifications, certains auteurs<sup>98</sup> pensent que l'ajout du mot « matérielle » après le vocable « remise » neutralise en quelque sorte la solution rendue dans l'affaire *Val-Brillant* par l'interprétation du nouvel article 2702 du *Code civil du Québec* et l'interprétation *a contrario* de l'article 2714.7 du *Code civil du Québec* et l'article 15.02, 3<sup>o</sup> du *Règlement sur le RDPRM*. Or, les créances constatées sur des titres non négociables peuvent faire l'objet d'un support papier. Cet argument de la matérialité du titre n'est pas suffisant. La véritable question est celle de savoir si le gage sur des créances représentées par des titres non négociables qui ne sont pas des valeurs mobilières au sens de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* est encore possible pour des particuliers. Depuis, comme il l'a été mentionné plus haut, les juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Caisse populaire de l'est de Drummond c. Canada* a repris en *obiter dictum* les trois conditions dégagées dans l'affaire *Val-Brillant*<sup>99</sup>. Il est vrai qu'il ne s'agit que d'un *obiter* qui porte sur des faits antérieurs aux modifications législatives précitées. D'autres juges ont retenu la qualification de gage pour des créances non représentées par des titres négociables pour des faits postérieurs à l'affaire *Val-Brillant* et survenus sous l'empire des nouvelles dispositions

---

<sup>98</sup> Michel DESCHAMPS, *Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières*, texte distribué dans le cadre d'une conférence organisée par la Chaire du notariat de l'Université de Montréal, 19 mars 2009, p. 10 et 11, notamment aux notes 29 et 30; Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 397, 398 et 402-404.

<sup>99</sup> *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97, par. 45-48. Les juges ont considéré que le nouvel article 2702 n'avait pas besoin d'être interprété (par. 49); *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, par. 129 (dissidence de l'Honorable Marie Deschamps). Voir nos développements ultérieurs, *infra*, Partie I – Titre II- Section 1 – C) La Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés.

du *Code civil du Québec* et notamment de l'article 2702. En effet, les juges de la Cour d'appel<sup>100</sup> ont retenu la validité d'un gage portant sur des sommes d'argent déposées au greffe d'un tribunal. D'autres juges de la Cour supérieure ont admis la validité d'un gage portant sur des sommes d'argent déposées sur le compte en fiducie d'un avocat<sup>101</sup>.

**23.** En dehors du gage de droit commun, le législateur a mis en place un régime dérogatoire concernant le gage sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés qui peut faire l'objet d'une dépossession dite par maîtrise<sup>102</sup> ce qui signifie sans remise matérielle du bien ou du titre, sans publicité sur un quelconque registre et sans formalités de notification comparables à celles prévues par l'article 1641 du *Code civil du Québec*. Le droit québécois propose dès lors deux types de gage, un premier, classique posant la remise matérielle comme une double condition et un autre, dérogatoire. Ces deux régimes ne sont pas exempts de défaut et entraînent certaines difficultés<sup>103</sup>. Il en est ainsi par exemple de la mise en gage des créances qui ne sont pas représentées par un titre négociable comme les contrats de dépôt à terme<sup>104</sup> - qui ne sont ni visés par les articles 2707 et 2709 du *Code civil du Québec*, ni par le champ d'application de *la Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* - ou de la mise en gage de la valeur de rachat d'une police d'assurance-vie<sup>105</sup>.

### §3. Le rôle essentiel de la dépossession dans le Code civil français

<sup>100</sup> *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, 2009 QCCA 1615, par. 28 et 31; *9052-5494 Québec inc. (Proposition)*, 2010 QCCS 31, par. 25, 26, 30, 31 et 35 (*obiter*).

<sup>101</sup> *9052-5494 Québec inc. (Proposition)*, préc., note 100, par. 25, 26, 30, 31 et 35 (*obiter*).

<sup>102</sup> L'exigence de la dépossession a été clairement remplacée par la maîtrise notamment dans le cas du gage sur des valeurs mobilières sans certificat ou sur des titres intermédiés (notamment art. 2714.1 et 2714.7 C.c.Q.).

<sup>103</sup> Point amplement développé ultérieurement, *infra*, Partie I – Titre II- Section 1 – C) La Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés.

; L. PAYETTE, préc., note 84, n° 806-833, p. 379-394.

<sup>104</sup> *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97.

<sup>105</sup> Ces difficultés feront l'objet de développements ultérieurs plus approfondis, voir notamment *infra*, Partie I- Titre II – Section I-.

**24.** Le gage, à l'origine contrat réel de droit romain, imposait traditionnellement comme condition de validité la remise de la chose entre les mains du créancier gagiste<sup>106</sup>. L'ancien article 2076 du Code civil français précisait que « le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties ». Cette mise en possession était interprétée comme relevant de l'essence même du contrat de gage<sup>107</sup> : « Le gage n'est véritablement parfait qu'autant que le débiteur s'est dessaisi, et que, par une tradition positive et incontestée, il a livré la possession de la chose au créancier<sup>108</sup> ». Sa méconnaissance était sanctionnée par la nullité du gage<sup>109</sup>. Cette mise en possession se devait d'être effective<sup>110</sup>, apparente et permanente. Elle devait aussi présenter les mêmes caractères que la possession (notamment non équivoque et continue) visés à l'ancien article 2279 du Code civil français (nouveau article 2276 dudit code). La dépossession s'effectuait par simple tradition.

**25.** La dépossession pouvait aussi se faire par la remise du titre représentant la créance et la signification du contrat de gage lorsqu'il portait sur une créance. En effet, l'ancien article 2075 du Code civil, en remplacement de la tradition matérielle, prévoyait la signification du nantissement au débiteur de la créance nantie ou l'acceptation du nantissement par ce débiteur dans un acte authentique. Ces exigences de mise en possession par signification conditionnaient le droit réel du créancier nanti. A défaut, le créancier nanti ne pouvait se prévaloir que d'une promesse de gage<sup>111</sup> insusceptible d'exécution forcée.

<sup>106</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, n° 44, p. 30; M. MOREL, préc., note 58, p. 10, 12 et 13.

<sup>107</sup> Civ., 18 mai 1898, D.P. 1900.I.481, S. 1898.I.433, note Lyon Caen; Louis GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de rétention. Livre III, Titre XVII du Code civil*, t. 13, Paris, Pedone, 1895, n° 29, p. 28; Raymond Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, t. 19, Paris, Hingray, 1847, n° 296, p. 291; Roger HARDEL, *Étude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français*, thèse de doctorat, Paris, Sirey, 1932.

<sup>108</sup> R. T. TROPLONG, préc., note 107, n° 296, p. 291. Toutefois, Pothier dans la première édition de son traité sur le nantissement ne concevait pas le nantissement sur des biens incorporelles : « A l'égard des choses incorporelles, telles que sont des dettes actives, elles ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement, puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'une tradition réelle qui est l'essence de ce contrat » : Marcel BUGNET, *Œuvres complètes de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 5, Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 393; François LAURENT, *Principes de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. XXVIII, Bruxelles, Bruyant-Christophe, 1869-1878, n° 435.

<sup>109</sup> Civ., 21 mars 1938, D.H. 1938.257; Com., 12 nov. 1958, *Bull. civ.* III, n° 387.

<sup>110</sup> Com., 7 juill. 1998, J.C.P. 1998.II.10206, note Salvat.

<sup>111</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1994, *Bull. civ.* I, n° 4, J.C.P. 1994.I.3765, n° 18; Com., 28 janv. 1997, *Bull. civ.* I, n° 4.



Quant à l'exigence de remise du titre, elle fut conservée pendant longtemps jusqu'au jour où la Cour de Cassation a décidé qu'en cas d'impossibilité matérielle, la signification du gage suffisait à le rendre valide<sup>112</sup>.

**26.** Ainsi, le droit français a pendant longtemps considéré la dépossession comme une condition de validité du gage, à défaut le contrat ne pouvait constituer qu'une promesse de gage<sup>113</sup>, pouvant donner droit au versement de dommages et intérêts. Le caractère réel du gage avait aussi pour conséquence de limiter l'assiette des biens gagés; il ne pouvait porter sur un ensemble de biens meubles ou sur de biens meubles futurs.

Cette dépossession était justifiée pour plusieurs raisons<sup>114</sup>. Elle permettait d'éviter le risque de détournement de l'objet du gage par le constituant; elle était un moyen d'avertir les tiers en leur rendant opposable le gage. La dépossession dans ce cas faisait fonction de « pré-saisie conservatoire<sup>115</sup> ». Elle protégeait le constituant et aussi les autres créanciers, dont les droits pouvaient rentrer en conflit. Ainsi, elle évitait les gages dits généraux grevant un groupe de biens non individualisés. Elle représentait enfin une prise de conscience de la gravité de l'acte de gage pour le constituant qui se dessaisissait d'un de ses biens. Ainsi, la dépossession avait pour raison de protéger d'abord le débiteur, ensuite le constituant contre les mauvaises intentions de son débiteur. Elle avait enfin pour effet d'informer les tiers de la situation patrimoniale du débiteur.

Certaines de ces raisons peuvent apparaître de nos jours non justifiées. Le risque d'un détournement du gage peut être diminué par le prononcé éventuel d'une sanction pénale<sup>116</sup>. La fonction remplie par la dépossession d'information à l'égard des tiers peut être remplacée par une mesure de publicité légale comme l'inscription auprès d'un registre

---

<sup>112</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1983, D. 1984.433, note Légier.

<sup>113</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 111.

<sup>114</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, n° 45 et 46, p. 30 et 31.

<sup>115</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 12, p. 544.

<sup>116</sup> Code pénal, art. 314-5 (ci-après « C. pén. »).

public. Ainsi, la dépossession ne pourrait être considérée comme étant seulement une mesure d'opposabilité<sup>117</sup>.

Or, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, la dépossession est justement présentée comme une condition d'opposabilité aux termes de l'article 2337 du Code civil français, comme le préconisait la doctrine<sup>118</sup>. Elle est désormais une mesure de publicité matérielle<sup>119</sup>. Elle ne constitue plus une condition de validité.

**27.** Le contrat de gage est devenu un contrat solennel. L'écrit est désormais une condition de validité de l'acte. Il peut s'agir d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique. Il doit contenir la désignation de la dette garantie, de la quantité de biens donnés en gage et de leur espèce ou nature. Ainsi, la dépossession a été remplacée par la solennité de l'acte et par la règle de la double spécialité de la créance garantie et du bien donné en gage. Le gage avec dépossession ressemble, à bien des égards, à l'hypothèque mobilière du *Code civil du Québec* à l'exception notable de l'absence de publicité sur un registre.

**28.** Dans la même veine, le nouvel article 2356 du Code civil français a bouleversé les règles concernant le gage portant sur des créances, appelé désormais nantissement de créances, en posant l'écrit comme condition de validité sous peine de nullité. La règle de la double spécialité de la créance garantie et de la créance nantie doit aussi être respectée. Le nantissement de créances, contrat solennel, prend effet à la date de l'acte constitutif (article 2661), sans remplir les formalités supplémentaires de signification ou d'acceptation prévus de l'article 2075 (ancien article 1690). Toutefois, une réserve doit être apportée à cette opposabilité de principe à l'égard des tiers. L'article 2362 du Code civil prévoit la

---

<sup>117</sup> Laurent AYNÈS, « Rapport introductif », R.J. com. 1994.38.9.

<sup>118</sup> Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1952-1963, n° 86; Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, « Existe-il encore des contrats réels en droit français », *RTD civ.* 1985.1; D. LEGEAIS, préc., note 59, n° 48-53, notamment n° 51, p. 32-35; Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004; Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1997, n° 665, p. 556 et 557.

<sup>119</sup> M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 118, p. 545.

notification de l'acte de nantissement à l'égard du débiteur de la créance nantie afin de le lui rendre opposable. A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance. En fait, l'obligation de signification du nantissement de créance a été remplacée par la faculté de notification. En pratique, cette notification est utile pour protéger le créancier nanti et lui permettre de recevoir le paiement entre ses mains de la part du débiteur de la créance cédée.

**29.** Quant à la remise du titre représentant la créance, l'ordonnance du 23 mars 2006 ne l'a pas reprise comme condition de validité<sup>120</sup>. Ainsi, la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006 a maintenu la dépossession comme une condition essentielle du contrat de gage. Elle ne l'a pas supprimée. Elle a juste modifié son rôle et a ajouté la condition de validité de l'écrit. Cette modification a permis au législateur de consacrer librement le gage sans dépossession<sup>121</sup> rendu techniquement possible grâce à une publicité effectuée auprès d'un registre national.

**30.** La dépossession matérielle du bien donné en gage a été appréhendée par les droits québécois et français et conçue comme une condition incontournable du gage. Voyons maintenant les liens que la dépossession entretient avec sa notion voisine, la possession afin de comprendre les difficultés inhérentes à la dépossession lorsqu'elle se pose comme une condition essentielle pour le gage de biens incorporels.

## **Section II - La dépossession : un concept matériel lié à celui de possession**

**31.** La dépossession, élément traditionnel du gage, a entretenu des relations étroites avec la notion de possession. La possession, telle qu'elle a été conçue et élaborée au fil des temps par les jurisconsultes et le droit codifié, a eu des conséquences directes et indirectes

---

<sup>120</sup> Contrairement au droit québécois qui en fait encore une condition de validité et d'opposabilité (art. 2702, 2703 et 2709 C.c.Q.) pour le gage de créances représentées par des titres négociables.

<sup>121</sup> Comme l'avait déjà souhaité François LAURENT, préc., note 108, n° 461; M. MOREL, préc., note 58, p. 32, à la note 2.

sur la définition même du gage et sur son adaptation à des biens incorporels. Il convient ici de tenter de cerner la nature de cette relation intime entre ces deux notions. La dépossession s'est imprégnée et ce, durant des siècles, de la notion de possession. Il ne faudrait pas attribuer au seul effet du hasard tant le caractère quasi-gémellaire des deux notions que les similitudes existantes entre les interdits possessoires et l'interdit salvien<sup>122</sup>. Ainsi, indéniablement, les vicissitudes historico-législatives rencontrées par l'une ont réagi sur l'autre. Nous décrirons, dans un premier temps, les grands traits de l'évolution de la théorie possessoire (§1) afin de tenter de cerner, dans un second temps, son effet sur la dépossession. Nous nous attarderons également sur la question de savoir si cette histoire a été une source d'inspiration des légistes et des juges tant français et québécois pour définir le concept de mise en possession du créancier gagiste, en particulier lorsqu'il porte sur un bien incorporel (§2).

### **§1. L'émergence dans l'histoire de la théorie possessoire et son incidence sur la notion de dépossession**

**32.** L'évolution des interdits possessoires durant les différentes époques (romaine, classique, sous l'ancien droit, sous le code napoléonien et jusqu'à nos jours), a permis de construire lentement, par strates<sup>123</sup>, la théorie possessoire reconnue par les droits français et québécois. Ce processus a eu une certaine incidence sur la notion de dépossession, mais aussi sur ses effets<sup>124</sup>.

**33.** À l'origine, la possession fut reconnue au moyen des interdits délivrés par le magistrat de l'époque, le prêteur, comme un droit d'usage conféré par l'État à un particulier

---

<sup>122</sup> Certains pensent, comme Savigny, que l'interdit salvien faisait même partie des interdits possessoires : R. PIEDELIEVRE, préc., note 30, p. 52-65. Quoiqu'il en soit, l'interdit salvien (codifié sous la fin de la République Romaine sous le nom d'action servienne) permettait au créancier gagiste, lors d'un défaut de paiement, de revendiquer la chose entre les mains de son débiteur ou d'un tiers : R. MONIER, préc., note 20, p. 319 et 320.

<sup>123</sup> R. MONIER, préc., note 20, p.33.

<sup>124</sup> Point abordé, *infra*, Partie I- Titre II – Chapitre II -.

sur un terrain en friches<sup>125</sup>. Ce droit d'usage né de l'occupation lui permettait de ne pas être troublé dans sa jouissance paisible afin d'optimiser la valeur du terrain. Cette protection offerte par l'interdit aux possesseurs est devenu le trait caractéristique de la *possessio*. L'interdit a ensuite connu une large application dans le domaine de la propriété des immeubles bâtis et des servitudes. Il a été par la suite appliqué à la propriété des biens mobiliers<sup>126</sup>. Ainsi que le résume Ravail : « Sa notion n'avait alors rien de scientifique. Le mot *possessio* désignait simplement sous une expression unique, l'ensemble des situations de fait ou une personne pouvait invoquer la protection des interdits<sup>127</sup>. »

**34.** Selon les explications historiques, le créancier gagiste était doté de la qualité de possesseur afin de pouvoir bénéficier de la protection des interdits<sup>128</sup>. Cette qualification est contestable puisque le créancier gagiste justifie difficilement de l'intention de posséder la chose comme un propriétaire serait en droit de le faire. L'*animus domini*<sup>129</sup> lui fait visiblement défaut. Toutefois, la providence historique a fait en sorte que le créancier gagiste a hérité de cette qualité. Cette qualité de possesseur fut initialement conférée au créancier garanti dans le cadre d'une opération fiduciaire, impliquant le transfert de la propriété de la chose donnée en paiement<sup>130</sup>. L'évolution des sûretés réelles - de la fiducie, du gage et de l'hypothèque - a obligé les prêteurs soit à créer des interdits, soit à reprendre ceux déjà utilisés<sup>131</sup>. Le créancier gagiste s'est donc vu attribuer la qualité de possesseur

---

<sup>125</sup> Pierre-Julien RAVAIL, *De l'objet de la possession. Essai sur le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel*, thèse de doctorat, Paris, Arthur Rousseau, 1899, p. 35.

<sup>126</sup> *Id.*, p. 42.

<sup>127</sup> *Id.*, p. 45.

<sup>128</sup> A Rome, sous la République, le prêteur avait créé l'interdit salvien afin de permettre au créancier gagiste de reprendre le bien du débiteur en cas de défaut du débiteur et l'avait aussi admis à l'égard des tiers. A la fin de la République, une réforme le codifia pour voir consacrer l'action servienne applicable au gage et quasi servienne aux hypothèques : R. MONIER, préc., note 20, p. 318-320.

<sup>129</sup> Frédéric Charles DE SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone-Lauriel, 1893, p. 230.

<sup>130</sup> P.-J. RAVAIL, préc., note 125, p. 47.

<sup>131</sup> R. MONIER, préc., note 20, p. 315. P.-J. RAVAIL, préc., note 125, p. 46 et 47, Remarque sur ce point : Monier laisse supposer que les interdits possessoires ont été l'une des premières sanctions attribuée au gage, il ne mentionne pas d'héritage, contrairement à Ravail qui a affirmé que le créancier gagiste a conservé le bénéfice des interdits conféré au créancier fiduciaire, première forme primitive de l'affectation d'une chose au paiement d'une obligation.

comme son prédécesseur, le créancier fiduciaire, et a ainsi pu bénéficier des interdits possessoires<sup>132</sup>.

**35.** Les interdits possessoires sont une sorte de récipient, fabriqué par le prêteur, à partir duquel la notion de possession a pu jaillir. Précisément, cette notion de *possessio* a été modelée pour devenir une théorie. Ainsi, le gagiste tout comme l'emphytéote ou le détenteur précaire ont continué à jouir de la qualité de possesseur attribuée sous le droit romain alors qu'ils ne justifiaient, sous l'époque classique et moderne, que d'un des deux éléments constitutifs de la théorie « régnante<sup>133</sup> » de Savigny, à savoir le *corpus*. En effet, *l'animus domini*<sup>134</sup> du créancier gagiste faisait cruellement défaut – sachant qu'il n'est pas propriétaire de la chose gagée - d'où l'hypothèse de la « possession dérivée » de Savigny<sup>135</sup>. Cette conception était aussi censée justifier l'absence du bénéfice d'usucapion. Il faut rappeler que la possession était utile comme moyen d'acquérir à terme la propriété, ce qui paraissait impossible pour le créancier gagiste, ce dernier ne détenant pas *l'animus domini*. Des explications à différentes époques étaient fournies pour rendre crédible cette théorie. Savigny affirmait que le créancier ne détenait qu'indirectement la possession. Le *jus possessionis* de son propriétaire lui aurait été en fait transféré<sup>136</sup>. Une autre explication était avancée sous l'époque romaine et même reprise par les commentateurs du Code civil napoléonien; le créancier gagiste n'invoquait que la possession naturelle de son droit de gage et non du droit de propriété<sup>137</sup>.

<sup>132</sup> P.-J. RAVAIL, préc., note 125, p. 47. Discussion possible sur la qualification de l'interdit salvien comme un interdit de nature possessoire ouverte par Savigny.

<sup>133</sup> *Id.*, p. 45.

<sup>134</sup> F. C. DE SAVIGNY, préc., note 129, p. 88, 89, 98 et 99, a défini *l'animus domini* comme la prétention de disposer de la chose en fait comme un propriétaire qui aurait la faculté légale de le faire en vertu de son droit.

<sup>135</sup> Simon QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, thèse de doctorat, Bordeaux, Imprimerie Ségalas-Bérou, 1937, p. 266 et 267.

<sup>136</sup> F. C. DE SAVIGNY, préc., note 129, p. 99; Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Arthur Rousseau, 1924, p. 269.

<sup>137</sup> F. C. DE SAVIGNY, préc., note 129, p. 48 et suiv.; P.-J. RAVAIL, préc., note 125, p. 64 et 65.

Comme l'expose Ravail<sup>138</sup>, la qualité de possesseur donnée au créancier gagiste s'explique « mieux par l'histoire que par la logique. C'est une survivance de l'époque classique de la notion primitive de possession<sup>139</sup> ». Les romains n'avaient pas formulé la possession comme une théorie<sup>140</sup>. Ils ne l'avaient envisagé que sous la forme des interdits possessoires et dans un but d'utilité pratique pour répondre à la satisfaction des besoins de l'époque<sup>141</sup>. Ainsi, cette notion de possession s'est donc enrichie avec le temps.

En 1803, Savigny concevait de manière originale la possession, comme la possibilité, « non seulement d'en disposer soi-même physiquement, mais encore de la défendre contre toute action étrangère<sup>142</sup> ». Cette mainmise matérielle et immédiate sur une chose corporelle devait s'accompagner de la prétention « d'en disposer comme le propriétaire aurait eu la faculté légale de le faire en vertu de son droit<sup>143</sup> ». Savigny mettait l'accent sur la notion de détention physique consciemment voulue<sup>144</sup>.

**36.** Jhering a voulu reconstruire la théorie possessoire. Il ne pouvait se satisfaire de celle érigée par Savigny qui avait pourtant fait des adeptes et avait été diffusée dans les facultés de droit de France et d'ailleurs. Jhering est clairement revenu sur cette caractéristique essentielle de la détention matérielle de la chose. Selon lui, la possession serait « l'extériorité de la propriété<sup>145</sup> ». La possession va au delà de l'appréhension matérielle : c'est « l'ensemble des faits extérieurs, apparents, visibles, variables d'ailleurs avec la nature de la chose, son mode d'utilisation économique et les habitudes en vigueur à une époque donnée, par lesquels se manifeste le droit de propriété<sup>146</sup> ». Jhering a tenté de réduire à l'unité la notion bicéphale de possession; le *corpus* et l'*animus* ne seraient que les

---

<sup>138</sup> P.-J. RAVAIL, préc., note 125.

<sup>139</sup> *Id.*, p. 64, même avis S. QUINCARLET, préc., note 135, p. 268.

<sup>140</sup> P.-J. RAVAIL, préc., note 125, p. 31.

<sup>141</sup> Interdit salvien.

<sup>142</sup> F. C. DE SAVIGNY, préc., note 129, p. 2.

<sup>143</sup> *Id.*, p. 89.

<sup>144</sup> *Id.*, p. 88.

<sup>145</sup> Rudolph VON JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Marescq, 1886, p. 159.

<sup>146</sup> P.-J. RAVAIL, préc., note 125, p. 12.

deux faces d'un même rapport de fait. Pour Saleilles, Jhering n'envisageait pas le corpus sans l'animus, « lequel est la volonté dont le corpus lui-même est l'expression extérieure et visible<sup>147</sup> ». Cette notion de possession a donc été principalement élaborée par deux jurisconsultes de renom. On verra que leurs thèses ont vraisemblablement servi pour alimenter la confusion entre les deux notions, possession et dépossession.

## §2. L'influence de la notion de possession sur la dépossession

37. Les anciennes versions des Codes civils français et québécois, avant les réformes de 1991 et de 2006, imposaient pour le nantissement ou le gage, la « mise en possession<sup>148</sup> » ou exigeaient du créancier la « mise entre ses mains<sup>149</sup> » ou qu'il « reste en possession<sup>150</sup> ». Les nouveaux termes des codes civils contemporains utilisent les expressions de « maintien en détention<sup>151</sup> » ou de « dépossession entre les mains<sup>152</sup> ». Malgré le changement de terminologie, la dépossession au profit du créancier demeure une condition juridique essentielle<sup>153</sup> pour valablement retenir la qualification de gage.

Cette dépossession est en fait une mise en possession entre les mains du créancier gagiste. Le gage s'est indéniablement construit autour de la notion de possession<sup>154</sup>. La possession du créancier gagiste s'est donc inspirée de la notion classique de la possession qui exigeait, de manière traditionnelle, un *corpus*. Ce *corpus* fut envisagé par le droit positif<sup>155</sup> dans un

<sup>147</sup> Raymond SALEILLES, « Étude sur les éléments constitutifs de la possession », *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur* 1893-1894.8.311.

<sup>148</sup> Ancien C. civ., art. 2076, avant l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., préc., note 19.

<sup>149</sup> C.c.B.C., art. 1966.

<sup>150</sup> C.c.B.C., art. 1970.

<sup>151</sup> C.c.Q., art. 2702.

<sup>152</sup> C. civ., art. 2337.

<sup>153</sup> C. civ., art. 2337 al. 2 et C.c.Q., art. 2702.

<sup>154</sup> Affirmation reprise par Anne PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, thèse de doctorat, Paris, Dalloz, 2001, n° 478, p. 257.

<sup>155</sup> En droit français : D. LEGAIS, préc., note 59; M. MOREL, préc., note 58; Civ., préc., note 107; L. GUILLOUARD, préc., note 107; R. T. TROPLONG, préc., note 107; R. HARDEL, préc., note 107; Civ., préc., note 109; Com., préc., note 109. En droit québécois : *Bouchard c. Couture*, préc., note 72; *Payenneville c. Prévost*, préc., note 72; *Campbell Auto Finance c. Comtois*, préc., note 72; *Bellavance v. Canadian Acceptance Corporation*, préc., note 72.



sens matériel. Le créancier gagiste devait absolument avoir la mainmise immédiate sur le bien de son débiteur remis en gage ce qui signifiait, pour la doctrine, une appréhension physique.

En droit français, le créancier devait justifier d'une dépossession réelle, apparente, continue et caractéristique de la volonté de constituer un gage<sup>156</sup>. Le droit québécois exigeait les mêmes conditions pour la dépossession. Le créancier, ou son intermédiaire, devait posséder la chose gagée d'une manière paisible, continue, publique et non équivoque<sup>157</sup>. Il devait aussi avoir une intention de créer un gage<sup>158</sup>.

Cette conception matérielle du *corpus* rejoignait parfaitement celle conçue pour la théorie possessoire et mise en lumière par Savigny. Toutefois, les premiers à avoir adopté cette approche matérialiste ont été les glossateurs. Ils ont su dégager très nettement, à partir du droit romain, les deux éléments constitutifs de la notion de possession, soit le *corpus* et l'*animus*. Savigny leur a ensuite, dans son traité sur la possession en droit romain<sup>159</sup>, donné leurs lettres de noblesse<sup>160</sup>.

Jhering a, par la suite, rénové cette théorie de la possession en la concevant comme universelle et en faisant de celle-ci un signe d'extériorité du droit de propriété. Citons Ravail à propos de la pensée de Jhering : « La possession est l'extériorité du droit, elle ne consiste plus dans le fait de soumettre une chose à son pouvoir physique; elle est la jouissance ou l'exercice d'un droit se manifestant par des actes visibles. Elle se dématérialise pour ainsi dire »<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 507, p. 231; Com., préc., note 110.

<sup>157</sup> *Grobstein c. A. Hollander and Son Ltd.*, [1963] B.R. 440, 443.

<sup>158</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 831, p. 392.

<sup>159</sup> F. C. DE SAVIGNY, préc., note 129.

<sup>160</sup> P.-J. RAVAIL, préc., note 125, p. 2 et 11-17.

<sup>161</sup> P.-J. RAVAIL, préc., note 125, p. 50.

Les juristes du droit coutumier et les rédacteurs du Code civil napoléonien ont su intégrer cette notion d'extériorité ou de visibilité de la propriété en définissant notamment la possession comme « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-même, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». Le Code civil français<sup>162</sup> et le *Code civil du Bas Canada* ont adopté une définition identique de la possession. Le *Code civil du Québec* semble être un peu plus restrictif en ne visant que la possession des droits réels.<sup>163</sup>

**38.** Parallèlement, la dépossession a aussi puisé ses ressources dans la notion de possession lorsqu'il a été nécessaire de l'appliquer aux créances. L'impossibilité d'appréhender physiquement les meubles incorporels a conduit les législateurs à prévoir la signification<sup>164</sup> de l'acte de nantissement au débiteur cédé<sup>165</sup>. Également, les tribunaux (en France) et la pratique entérinée par le législateur (au Québec) ont prévu la remise du titre représentant la créance entre les mains du créancier. Comme la possession des créances paraissait plus difficile<sup>166</sup>, la remise du support papier représentant la créance s'est donc avérée une condition nécessaire pour la mise en possession du créancier gagiste. Le contrat de gage pouvait ainsi être valablement constitué par la remise du titre. Ces formalités de signification du contrat de nantissement et de remise du titre - qui fait d'ailleurs appel à la théorie de l'incorporation du droit dans le titre - ont été soumises à l'analyse critique d'un

---

<sup>162</sup> C. civ., art. 2255 : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom »; C.c.Q. art. 921 : « La possession est l'exercice de fait, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, d'un droit réel dont on se veut titulaire. »

<sup>163</sup> C.c.B.C., art. 2192 et C.c.Q., art. 921:

La possession est l'exercice de fait, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, d'un droit réel dont on se veut titulaire.

Cette volonté est présumée. Si elle fait défaut, il y a détention.

<sup>164</sup> C. civ., ancien art. 2075 et C.c.B.C., art. 2192.

<sup>165</sup> R. T. TROPLONG, préc., note 107, n° 265, p. 259 : « C'est par la signification que le créancier prend possession extérieure de son droit. »

<sup>166</sup> C. civ., art. 1240; S. QUINCARLET, préc., note 135, p. 272. Voir C. civ., art. 2255 et C.c.Q., art. 921, discutables plus d'un point de vue textuel que conceptuel : Yaëll EMERICH, *La propriété des créances. Approche comparative*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 16-56.

certain nombre d'auteurs<sup>167</sup> y voyant une dépossession fictive<sup>168</sup> en ce sens qu'elle n'assurerait qu'une publicité imparfaite.

**39.** Le constat de la « dématérialisation » de la possession avait déjà été dénoncé par Ravail au sujet de la pensée de Jhering. Ce même phénomène touche aussi la notion de dépossession exigée dans le contrat de gage. En effet, un débat récurrent en droit des sûretés concerne cette tendance à la « dématérialisation du gage<sup>169</sup> » lorsqu'il porte sur un bien incorporel.

Ainsi qu'il a déjà été expliqué, les législations québécoise et française ont d'abord eu recours à la technique de l'incorporation du droit dans le titre pour justifier la dépossession du gage par la remise du titre. Cette technique est encore admise pour les créances ou valeurs mobilières représentées par un titre. Toutefois, depuis quelques années, elle a moins de succès du fait du phénomène de la dématérialisation des titres en raison de la fameuse crise du papier. En effet, les titres représentant des droits de créances, des actions, des obligations ou d'autres instruments financiers sont progressivement remplacés par des inscriptions sur des comptes bancaires détenus par des intermédiaires financiers. Cette détention indirecte et dématérialisée des valeurs mobilières en compte n'a fait qu'accentuer la difficulté d'exiger une dépossession physique du bien remis en gage comme condition essentielle du gage<sup>170</sup>.

**40.** Les droits français et québécois ont dû à nouveau s'adapter à l'évolution des biens meubles incorporels qui font l'objet de gage. La notion de possession a encore été une

---

<sup>167</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, p. 42-45; M. CABRILLAC, préc., note 59, n° 19 et suiv.; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 528, 537 et 538, p. 254, 262 et 263; Jean BOULANGER, « Rapport présenté au nom de la commission chargée d'étudier la mise en gage des créances à personne dénommée », *Bulletin de la Société d'études législatives* 1938.333, 337, 341 et 342; Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PETEL, *Droit des sûretés*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2007, n° 558, p. 377.

<sup>168</sup> Cette analyse critique sera reprise dans nos développements ultérieurs : voir notamment Section II – La fictivité résultant des réformes, p. 66.

<sup>169</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 806-833, p. 379-394.

<sup>170</sup> Michel DESCHAMPS, « Les sûretés sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire en droit canadien », *Rev. dr. unif.* 2005.10.189; Antoine MAFFEI, « De la nature juridique des titres dématérialisés intermédiés en droit français », *Rev. dr. unif.* 2005.10.237.

source d'inspiration. Les tribunaux tentent actuellement de dématérialiser à la façon de Jhering cette notion de dépossession pour mieux l'adapter aux biens immatériels afin de permettre leur mise en gage.

Pour un exemple frappant, les juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Val-Brillant*<sup>171</sup> ont repris consciemment ou non la notion de possession, élaborée par Jhering, en l'appliquant au droit de gage de créances représentées par un titre non négociable. Au Québec, la mise en gage de valeurs mobilières et de titres intermédiés portant sur des actifs financiers<sup>172</sup> illustre aussi parfaitement cette tendance. La notion de maîtrise des valeurs mobilières ou des titres intermédiés a remplacé la dépossession selon le *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*<sup>173</sup>.

Le législateur français fournit aussi un exemple pertinent à propos du nantissement de compte d'instruments financiers appelé désormais compte-titres<sup>174</sup>. Il a adopté une conception dématérialisée de la dépossession en qualifiant cette garantie de nantissement et en exigeant une déclaration adressée au teneur de compte. Manifestement, le législateur vise une dépossession, par entiercement, des instruments financiers du constituant au profit du créancier nanti. La déclaration envoyée au teneur de compte de titres permettrait de justifier de la maîtrise effective des instruments financiers et conférerait le droit de percevoir directement la valeur desdits instruments au profit du créancier nanti via l'intermédiaire, le teneur de compte.

**41.** La possession telle qu'appréhendée par Savigny et Jhering a indéniablement eu un impact sur la notion de dépossession exigée par le droit positif en matière de contrat de

---

<sup>171</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97; *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97.

<sup>172</sup> *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*, projet de loi n° 47 (sanctionné - 20 juin 2008), 1<sup>ère</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis. (Qc) (ci-après « Projet de loi 47 »), devenue la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.Q. 2008, c. 20, remplacée par la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.R.Q., c. T-11.002 (ci-après « L.T.V.M. »).

<sup>173</sup> L.T.V.M., préc., note 172, art. 56.

<sup>174</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-10, L. 211-20 et plus particulièrement L. 211-20-IV.

gage. Le gage tant français que québécois porte en lui les empreintes de la possession. Cette notion est interprétée par le droit moderne de manière extensive pour l'admettre dans des situations de fait qui ne comportent plus aucun pouvoir physique sur une chose corporelle mais apparaît plutôt comme une maîtrise de fait exercée par une personne, dans son intérêt exclusif, sur la prestation due par son débiteur<sup>175</sup>.

## **Chapitre II – La dépossession fictive : une réponse inappropriée pour les sûretés portant sur des biens incorporels**

**42.** Le droit français a rapidement pris conscience des limites du gage face aux contraintes économiques liées à la vie des affaires. Il a donc prévu des entorses au principe de la dépossession en adoptant les premiers régimes d'exception. Pour des raisons similaires, le droit québécois a connu la pratique des transports de créances qui permettaient de garantir des biens incorporels sans effectuer de dépossession. Le *Code civil du Bas Canada* prévoyait aussi des nantissements dits spéciaux notamment en matière commerciale, agricole et bancaire pour répondre aux besoins grandissants de crédit ressentis dans certains secteurs d'activité. Ces sûretés créées par les législateurs français et québécois sans dépossession ou avec une dépossession organisée de manière fictive ont semé ou sèment encore la confusion et le désordre.

**43.** Les transformations subies par la dépossession n'ont pas apporté de réponses satisfaisantes pour la mise en garantie des biens incorporels. L'analyse des réformes les plus récentes, française (du 26 mars 2006) et québécoise (du 1<sup>er</sup> janvier 2009), sera aussi l'occasion de comprendre l'état d'esprit des législateurs. Au Québec, en dépit de la suppression de tous les nantissements spéciaux et l'avènement de l'hypothèque mobilière (sans dépossession), le législateur a récemment créé un gage spécial par maîtrise sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés. En France, le législateur a poursuivi sur la voie

---

<sup>175</sup> S. QUINCARLET, préc., note 135, p. 270.

déjà tracée antérieurement d'une part, en maintenant notamment les multiples régimes de nantissements spéciaux sur les biens incorporels et d'autre part, en adoptant de nouvelles règles de fond et de forme favorisant ainsi la rapidité de constitution des nantissements sur créances et sur compte de titres au détriment de leur publicité.

## **Section I – La fictivité créée par les premières législations d'exception**

**44.** Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, les droits français et québécois ont rapidement envisagé de s'affranchir, d'une certaine manière, de l'exigence de la dépossession en prévoyant de nouvelles sûretés spéciales sans dépossession. Les deux législateurs ont donc ponctuellement, au gré des besoins liés à la vie économique, créé une nouvelle catégorie de sûretés comprenant plusieurs sous-catégories dénommées hypothèques, nantissements ou transport de créances, et même gage (ce qui peut paraître surprenant car ces nouvelles sûretés altèrent, à certains égards, le concept de gage). Cette diversité de sûretés a été créée sans architecture planifiée et précise, ce qui laisse une impression de foisonnement et donc de désordre conceptuel. Le concept de gage a donc connu très tôt un phénomène de dilatation au point que nous puissions douter de son utilité comme modèle. Nous analyserons successivement ces premiers régimes d'exceptions prévus dans le droit français (§1) et ceux organisés dans le droit québécois (§2).

### **§1. Les premiers régimes d'exception du Code civil français**

**45.** Dès 1874 et ce, jusqu'en 1951, le législateur français a « sacrifié ses préjugés<sup>176</sup> » en créant des sûretés sans dépossession pour certains biens meubles. Comme le gage classique se prêtait mal à la constitution de plusieurs gages sur un même bien ou encore que le débiteur devait pouvoir continuer à utiliser le bien objet du gage, outil

---

<sup>176</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 558, p. 377.

souvent d'exploitation de son entreprise, le législateur a dû faire quelques entorses au principe d'interdiction de l'hypothèque mobilière.

Des sûretés spéciales ont été progressivement instituées comme les warrants agricoles, pétroliers, industriels et hôteliers<sup>177</sup>. D'autres sûretés dénommées nantissements portant sur de l'outillage, sur les biens d'équipements professionnels ou sur les fonds de commerce ont également été validés par la loi. Certains de ces nantissements auraient pu être qualifiés d'hypothèque mobilière. Le législateur a pourtant choisi de conserver la qualification de nantissement et s'est « efforcé de calquer leurs régimes sur celui du gage traditionnel en faisant parfois appel à une fiction de dépossession<sup>178</sup> ». D'ailleurs, il a clairement prévu la forme hypothécaire pour certains types de biens meubles facilement identifiables et ayant une certaine fixité comme les navires, bateaux, aéronefs. Les hypothèques maritimes, fluviales et aériennes ont ainsi vu le jour.

Pendant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le législateur français a dès lors donné naissance à une multitude de sûretés mobilières sans dépossession. Il en a prévu la réglementation de manière spécifique et ponctuelle<sup>179</sup>, selon les besoins économiques de l'époque, mais cependant sans cohérence d'ensemble<sup>180</sup>. Ainsi, les premières sûretés sans dépossession peuvent s'établir de la manière suivante; les hypothèques<sup>181</sup> fluviale, aérienne, maritime; le nantissement de fonds de commerce<sup>182</sup>, le gage automobile<sup>183</sup>, le nantissement de films

---

<sup>177</sup> Jean-François RIFFARD, « Quel devenir pour les sûretés sectorielles en matière agricole et commerciale : requiem ou status quo ? », *Dr. rural* 2009.372.doss.n° 25, n° 2, 4, 11-17.

<sup>178</sup> *Id.*

<sup>179</sup> Christophe ALBIGES et Yves PICOD, *Rép. com.* Dalloz, v° Nantissement, n° 6.

<sup>180</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 770, p. 531; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 501, p. 223; J.-F. RIFFARD, préc., note 177, n° 20 et 25.

<sup>181</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 783-785, p. 542 et 543; *Loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne*, J.O. 3 juin 1924, p. 5046, intégrée à l'article L. 121-10 du Code de l'aviation civile; *Loi du 5 juillet 1917 sur l'immatriculation de bateaux de rivière et sur l'hypothèque fluviale*, J.O. 7 juill. 1917, p. 522, devenue les articles 95 et suivants du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure.

<sup>182</sup> *Loi du 1<sup>er</sup> mars 1898 relative au nantissement des fonds de commerce*, remplacée par la *Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, J.O. 19 mars 1909, p. 2809, incorporée à l'article L. 142-1 et suivants du Code de commerce (ci-après « C. com. »).

<sup>183</sup> *Loi du 29 décembre 1934 dite Malingre relative à la réglementation de la vente à crédit des véhicules ou tracteurs automobiles*, J.O. 1 janv. 1935, p. 2, remplacée par le *Décret n° 53-968 du 30 septembre 1953*

cinématographiques<sup>184</sup>, le nantissement des biens d'équipement professionnels<sup>185</sup>, les warrants agricoles, hôteliers, pétroliers industriels<sup>186</sup>.

Les régimes liés à ces sûretés mobilières sans dépossession effective, qualifiées, dans la majorité des cas, de nantissement, d'hypothèques voire même de gages, ont mis en place des systèmes d'enregistrement auprès de registres spéciaux ainsi que des droits de suite<sup>187</sup> en faveur du créancier garanti. Certains de ces régimes ont même attribué un droit de rétention<sup>188</sup>, au demeurant fictif, au créancier nanti. Les deux caractéristiques qui ressortent de toutes ces sûretés sans dépossession, formant un ensemble hétéroclite, sont l'obligation de l'écrit comme règle de forme et la publicité comme règle d'opposabilité.

**46.** Les hypothèques maritimes, fluviales et aériennes doivent être obligatoirement constatées par écrit sous peine de nullité, selon les lois applicables. Elle doivent en outre être publiées, soit au registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques maritimes

---

*relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles*, J.O. 1 oct. 1953, p. 8628, devenue par l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19, les articles 2351-2353 du C. civ. (depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2008).

<sup>184</sup> *Loi du 22 février 1944 relative à la publicité des actes, conventions et jugements en matière de cinématographie*, J.O. 10 mars 1944, p. 729, dont les dispositions ont été reprises aux articles 33 et suivants du Code de l'industrie cinématographique, abrogées depuis le 26 juillet 2009. Ces articles ont été remplacés par les articles L. 123-1 et suiv. du Code du cinéma et de l'image animée.

<sup>185</sup> Respectivement la *Loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement*, J.O. 19 janv. 1951, p. 715, complétée par le *Décret n° 51-194 du 17 février 1951 portant, en ce qui concerne les formalités d'inscription des privilèges, règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement*, J.O. 22 févr. 1951, p. 1851, modifié puis incorporé actuellement aux articles L. 525-1 et suivants du C. com.; *Loi du 21 avril 1932 créant des warrants pétroliers*, J.O. 22 avr. 1932, devenue les articles L. 524-1 et suivants du C. com.; *Loi du 12 septembre 1940 sur le financement des fabrications de démarrage faisant l'objet de lettres d'agrément*, J.O. 13 sept. 1940, p. 4980.

<sup>186</sup> *Loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles*, J.O. 27 avr. 1898, p. 397, remplacée par la *Loi du 30 avril 1906 modifiant la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles*, J.O. 18 avril 1906, p. 268, modifiée par le *Décret-loi du 28 septembre 1935 relatif au crédit agricole, modifie, complète ou remplace les articles suivants de la loi du 5 août 1920*, J.O. 29 sept. 1935, p. 10524, insérées dans le Code rural et de la pêche maritime aux articles L. 342-1 et suivants; *Loi du 8 août 1913 relative au warrant hôtelier*, J.O. 10 août 1913, modifiée par la *Loi du 17 mars 1915 complétant la Loi du 8 août 1913 relative au warrant hôtelier*, J.O. 19 mars 1915, insérée dans le C. com. aux articles L. 523-1 et suivants.

<sup>187</sup> Les hypothèques fluviales, aériennes et maritimes, le nantissement de fonds de commerce, artisanal et agricole, le nantissement de films cinématographiques, le gage automobile et le nantissement sur le matériel et l'outillage.

<sup>188</sup> Le nantissement de compte de titres et le gage automobile.



(art. 43 à 57 de la Loi du 3 janvier 1967), soit au greffe du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation du bateau (art. 89 du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure), soit au registre tenu par le ministre chargé de l'aviation civile (article L. 122-1 et suiv. du Code de l'aviation civile).

**47.** Les warrants<sup>189</sup> forment une autre sous-catégorie de gage sans dépossession effective. Le warrant agricole, garantie prise par un agriculteur sur les produits de sa ferme, animaux, matériels ou récoltes encore pendantes, est constaté par un titre transmissible par endossement et inscrit sur un registre spécial du greffe du tribunal d'instance du canton (art. L. 342-1 à L. 342-14 du Code rural). Le warrant hôtelier qui permet à tout exploitant d'hôtel d'emprunter en affectant en garantie le mobilier commercial servant son exploitation, doit être inscrit au greffe du tribunal de commerce et endossé par le créancier. Le warrant pétrolier, permettant aux détenteurs de stocks de pétrole d'emprunter, doit être inscrit auprès du greffe du tribunal de commerce. Le warrant industriel, né à des époques de pénurie et de guerre pour permettre la fabrication de certains produits, doit être inscrit sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. Ces warrants sont des sûretés sans dépossession qui se sont façonnés selon le modèle du gage alors que leur nature hypothécaire est largement accusée<sup>190</sup>.

**48.** Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement impose une inscription au greffe du tribunal de commerce valable pendant cinq ans et renouvelable deux fois (art. L. 525-3 al. 2 du Code de commerce). Le nantissement de fonds de commerce (art. L. 142-1 et suiv. du Code de commerce) se constitue par écrit et doit être inscrit au registre spécial du greffe du tribunal de commerce du lieu d'exploitation réelle du fonds (art. L. 142-4 dudit Code). Le nantissement de film exige l'enregistrement sur un registre public tenu au centre national de la cinématographie pour fixer le rang de la sûreté

---

<sup>189</sup> J.-F. RIFFARD, préc., note 177.

<sup>190</sup> M. MOREL, préc., note 58, p. 6, 124 et 125 : pour la reconnaissance de l'hypothèque mobilière à l'endroit des warrants; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 49, n° 827, p. 621 : « La fiction de possession et l'alignement sur le gage traditionnel n'en sont que plus scabreux, alors que la qualification d'hypothèque aurait été plus appropriée à cette singularité de l'objet à une époque où la dépossession était de l'essence du gage. »

et le rendre opposable aux tiers. Le gage automobile répond lui aussi à ces obligations de forme et de fond, un écrit et une déclaration de mise en circulation et d'immatriculation sont obligatoires pour sa constitution et son opposabilité. La déclaration donne lieu à la délivrance d'un reçu qui par une fiction de la loi, fait présumer la possession du créancier (art. 2352 du C. civ.).

**49.** La multitude de règles et de régimes juridiques afférents à ces catégories spéciales de sûretés sans dépossession ne favorise guère l'accès au crédit et la transparence des patrimoines. Une seule et unique forme hypothécaire aurait suffi à regrouper ces différentes catégories de sûretés sans dépossession.

**50.** D'autres sûretés sans dépossession se sont ajoutées à la liste initiale, celles conçues pour des biens incorporels. Le législateur a appliqué le modèle du gage en prévoyant le nantissement sur les instruments financiers, sur les parts sociétés civiles ou les parts sociales, sur les polices d'assurances-vie<sup>191</sup> et plus récemment, sur le droit d'exploitation des logiciels. Or, ces nantissemements s'apparentent souvent à des hypothèques mobilières en raison de la règle de l'écrit et de la publicité institutionnalisée. Pour le nantissement de parts de sociétés civiles, une publicité doit être faite au registre du commerce et des sociétés (art. 2866 du Code civil). S'agissant du nantissement de parts de sociétés commerciales, l'inscription au greffe du tribunal de commerce reste depuis la dernière réforme du 23 mars 2006 la voie la plus appropriée (article 2-5 du Décret 23 décembre 2006). Pour le nantissement de logiciel, l'enregistrement se fait auprès de l'Institut national de la propriété intellectuelle (dénommée aussi « I.N.P.I. »). Pour le nantissement de compte de titres, une déclaration de nantissement est adressée au teneur de compte. Cette formalité constitue une forme de dépossession des titres par entiercement.

---

<sup>191</sup> Même si les auteurs classent le nantissement de police d'assurance-vie dans la catégorie de sûreté avec dépossession notamment P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 655, p. 571, il nous semble que ce nantissement - qui calque son régime sur celui du nantissement de créance depuis l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19 (art. 2355 et 2356 C. civ.) en prévoyant la notification de l'accord intervenu entre le banquier et le souscripteur à l'assureur - n'emporte pas de véritable dépossession entre les mains du créancier. Cette dépossession est fictive ou du moins imparfaite : elle exige une notification du nantissement à l'égard de l'assureur. Or, aucune publicité légale sur un registre n'est organisée.

Parfois, le législateur a même doté certains nantissements d'un droit de rétention fictif comme pour le nantissement de compte de titres. Le modèle du gage a servi à faire renaître une des prérogatives fortes du créancier gagiste.

**51.** Le concept de gage s'est étiré du fait de cette multiplicité de sûretés mobilières portants sur des biens incorporels lesquelles ne lui ressemblent plus vraiment. L'hypothèque mobilière aurait déjà dû être consacrée à l'époque comme outil fédérateur, ce qui aurait pu permettre de construire un droit des sûretés mobilières plus cohérent et plus lisible. Le *Code civil du Bas Canada* a connu le même mouvement et a parfois été inspiré par le droit français.

## **§2. Les premiers régimes d'exception du *Code civil du Bas Canada***

**52.** Comme il a été mentionné plus haut, sous l'ancien *Code civil du Bas Canada*, une sûreté mobilière ne pouvait être conçue que sur le modèle classique du gage qui exigeait une dépossession de la part du débiteur de l'objet donné en garantie<sup>192</sup>. Le gage désignait au sens large un nantissement mobilier<sup>193</sup>.

En dehors de l'utilisation de la cession de créances à titre de garantie qui concerne exclusivement les biens incorporels, les praticiens ont imaginé d'autres techniques contractuelles pour contourner l'exigence de la dépossession qui entraînait de nombreux inconvénients (A). Ces pratiques ont conduit le législateur à créer certaines formes de nantissements sans dépossession, à savoir les nantissements agricole, forestier<sup>194</sup> et commercial<sup>195</sup> ainsi que les sûretés prévues aux termes de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux*

---

<sup>192</sup> C.c.B.C., art. 1966 et suiv.

<sup>193</sup> L'antichrèse désignait un nantissement immobilier, sûreté au demeurant rarement utilisée puisqu'elle nécessitait la dépossession du débiteur, elle était donc préférée à l'hypothèque immobilière.

<sup>194</sup> L'article 1979 (a) et suiv. du C.c.B.C., introduit initialement par la *Loi du nantissement agricole*, S.Q. 1940, c. 69, qui a subi de nombreuses modifications et notamment la *Loi sur les nantissements agricole et forestier*, L.Q. 1974, c. 79.

<sup>195</sup> C.c.B.C., art. 1979 (e) et suiv., issus de la *Loi relative au nantissement*, préc., note 79.

*des corporations*<sup>196</sup>, de la *Loi sur les banques* de 1980<sup>197</sup> ou de la *Loi sur les cessions de biens en stock*<sup>198</sup>. Certains nantissements seront étudiés à titre d'exemples pour rendre compte des dérogations possibles au principe de dépossession (B).

C'est précisément ce genre d'exceptions au principe de la dépossession - intrinsèquement lié au modèle du gage tel qu'il a été historiquement conçu – que nous allons évoquer à présent et ce, afin de mieux saisir l'inadaptabilité du concept classique du gage aux biens incorporels.

### **A) La cession de créance à titre de garantie : une échappatoire critiquée**

**53.** Les cessions de créance à titre de garantie ou appelées aussi transports de créance ont connu une pratique intensive remettant souvent en cause leur véritable nature juridique (1) aux termes de débats soutenus devant les tribunaux (2) et dont les enjeux ne pouvaient échapper aux juristes (3).

1) La question relative à la nature juridique de la clause de transport de créances

**54.** Les règles de la cession de créances étaient utilisées à des fins de garantie. L'article 1578 du *Code civil du Bas Canada*<sup>199</sup> rendait cette utilisation possible en visant par

---

<sup>196</sup> *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, préc., note 80.

<sup>197</sup> Le nantissement bancaire est actuellement régi par les articles 178 et suivants de la *Loi remaniant la Loi sur les banques, modifiant la Loi sur les banques d'épargne de Québec et la Loi sur la Banque du Canada, instituant l'Association canadienne des paiements et apportant à certaines autres lois des modifications corrélatives*, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1980. Toutefois, cette sûreté existait sous l'ancien droit et en vertu de l'article 88 et suivants de l'ancienne *Loi concernant les banques et les opérations bancaires*, S.R.C. 1952, c. 12, insensiblement changée. Voir, sur ce sujet, notamment Jacques AUGER, « Les sûretés mobilières sans dépossession sur des biens en stocks en vertu de la Loi sur les banques et du droit québécois », (1983) 14 *R.D.U.S.* 221 et Yvan DESJARDINS, « Les garanties mobilières », (1971) 74 *R. du N.* 63.

<sup>198</sup> *Loi sur les cessions de biens en stock*, L.Q. 1982, c. 55.

exemple des contrats, autres que celui de la vente, comme le gage. La pratique voyait éclore des clauses dites de transport de créances qui permettaient notamment à une personne physique de donner en garantie ses créances comme son loyer, le produit d'une police d'assurance ou ses créances fiscales<sup>200</sup>.

**55.** À titre d'exemple, le prêt hypothécaire pouvait comporter différentes clauses ajoutant à l'acte d'hypothèque des garanties accessoires conférant ainsi au créancier une meilleure emprise sur le bien hypothéqué<sup>201</sup>. Par le biais d'une clause de cession de loyers, le créancier hypothécaire pouvait se voir conférer le droit de percevoir les revenus générés par l'immeuble. La convention de prêt pouvait aussi prévoir qu'en cas de sinistre l'indemnité d'assurance serait transportée entre les mains du prêteur s'imputant ainsi sur la dette.

Cette clause de transport de loyers qui était stipulée en faveur du créancier hypothécaire agissait comme une garantie additionnelle au remboursement du prêt<sup>202</sup>. Elle permettait au créancier hypothécaire outre de bénéficier des revenus de l'immeuble hypothéqué mais surtout de les imputer sur le montant en capital ou en intérêt qui lui sera dû. C'était également une manière d'amortir la dette d'un créancier qui était sûr de recouvrer régulièrement une partie de sa créance en plus d'être bénéficiaire d'une sûreté<sup>203</sup>.

**56.** Ces clauses de transport de créances anciennes et usuelles<sup>204</sup> étaient presque devenues de droit coutumier<sup>205</sup> puisque, à l'époque, leur popularité<sup>206</sup> était due à leur utilité

---

<sup>199</sup> Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 228.

<sup>200</sup> P. CIOTOLA, préc., note 71, p. 74 et 78.

<sup>201</sup> Pierre CIOTOLA, « Commentaires sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 *R.J.T.* 567.

<sup>202</sup> Louis PAYETTE, « Clause de transport de loyers », (1968-1969) 71 *R. du N.* 511, 522.

<sup>203</sup> Louis PAYETTE, « Cession de créances en garantie », (1968) 3 *R.J.T.* 281, 283.

<sup>204</sup> Les établissements bancaires prévoyaient les formules suivantes : l'entreprise « cède et transporte » parfois « de manière absolue », ses comptes-clients et ses créances, présents et futurs en garantie collatérale et continue de ses obligations envers le cessionnaire.

<sup>205</sup> Dans le sens que leur usage était répandu, elles ne prenaient pas leur source dans le droit issu de la Coutume, mais leur origine semblait plutôt être puisée dans les sources de la common law. Elles ressemblaient à bien des égards au *mortgage* : Voir L. PAYETTE, préc., note 84, n° 1046 et 1048, p. 498 et

évidente. Elles contournaient notamment l'interdiction pour le créancier hypothécaire de percevoir les fruits et les revenus de l'immeuble hypothéqué<sup>207</sup>. En vertu d'une cession de loyers, le créancier pouvait prétendre à ce droit de perception<sup>208</sup>. Toutefois, en pratique, le créancier hypothécaire laissait au débiteur le soin de recouvrer les loyers de l'immeuble jusqu'au jour du défaut.

Cette cession de loyers devait suivre les prescriptions de l'article 1570 du *Code civil du Bas Canada* pour être parfaite entre le vendeur et l'acquéreur. Pour son opposabilité aux tiers, c'est-à-dire aux cessionnaires subséquents, aux créanciers du cédant ou du cessionnaire, il lui fallait suivre les formalités de l'article 1571 dudit Code en signifiant l'acte de cession aux locataires et en leur délivrant une copie.

Parmi ces clauses insérées dans l'acte de prêt hypothécaire, la clause de dation en paiement<sup>209</sup> constituait de loin l'arme fatale permettant au créancier de conserver l'immeuble en paiement.

**57.** Il convient de revenir un instant sur le mécanisme de la cession de créances utilisé à des fins de garanties par l'entremise d'une clause de transport de loyers par exemple. Comme il l'a été mentionné, la cession de créances ne devenait opposable aux tiers qu'au moyen de la signification de ce transport au débiteur cédé ou par l'accomplissement d'une procédure équivalente<sup>210</sup>. En effet, la signification de l'acte de

---

499; L. PAYETTE, préc., note 202, 512; Louis PAYETTE, « L'acte d'hypothèque et ses clauses accessoires », (1970-1971) 73 *R. du N.* 89 et L. PAYETTE, préc., note 203.

<sup>206</sup> Roger COMTOIS, « Transport de loyers – Signification – Opposabilité au syndic d'une faillite », (1961-1962) 64 *R. du N.* 489, 490, où cet auteur commente *Civano Construction Inc. : Gingras c. Crédit M.-G.*, [1962] C.S. 45.

<sup>207</sup> C.c.B.C., art. 2053. Voir L. PAYETTE, préc., note 205.

<sup>208</sup> L'hypothèque sur créances permet aujourd'hui au créancier hypothécaire de percevoir les fruits et les revenus. Cette pratique des clauses de transport de loyers a été clairement entérinée à l'article 2743 du C.c.Q. Toutefois, cette idée de la perception des fruits et revenus était déjà présente dans le C.c.B.C. pour le gage sur créances à l'article 1974.

<sup>209</sup> Thomas-Louis BERGERON, « De la clause dite “dation en paiement” dans les contrats de prêts hypothécaires », (1960) 4 *C. de D.* 5.

<sup>210</sup> Pierre CIOTOLA, « Les cessions de créances : modalités de réalisation et conflits de collocation », (1982-1983) 17 *R.J.T.* 365.

cession et sa remise au débiteur pouvaient être faites par voie notariée ou par voie d'huissier ou par lettre recommandée ou ordinaire ou de toute autre façon, tel un avis verbal<sup>211</sup>. L'acceptation par le débiteur cédé n'était, elle aussi, soumise à aucune forme particulière : elle pouvait être implicite voire même tacite<sup>212</sup>.

**58.** Cette signification au débiteur cédé et son acceptation à la cession conféraient au transport une publicité à l'égard des tiers. En effet, selon la jurisprudence « le cessionnaire, par la signification de son transport, élève une barrière entre l'ancien créancier et le débiteur, et dessaisit ainsi le cédant de tout intérêt supérieur<sup>213</sup> ». Toutefois, selon notre opinion, les tiers n'avaient pas eu véritablement connaissance de cette cession et pouvaient être facilement induits en erreur.

## 2) Les tergiversations jurisprudentielles

**59.** La question de la nature juridique de la clause de transport de créances ordinaires a fait l'objet de discussions jurisprudentielles et doctrinales<sup>214</sup>. Les tribunaux ont pu retenir plusieurs qualifications possibles. Parfois, ils ont qualifié la clause de transport de créances de cession à titre de vente ou à titre absolu souhaitant l'assimiler à une aliénation de propriété<sup>215</sup>. Par exemple, dans le cas d'une clause de cession de loyers, le créancier lors du défaut de paiement de l'emprunteur hypothécaire, pouvait devenir propriétaire des loyers perçus<sup>216</sup>. Dans une autre situation, une entreprise de travaux a consenti un transport de créances en faveur de sa banque et ce, en vue d'obtenir le remboursement d'avances présentes et futures<sup>217</sup>. Dans ce cas, le juge a retenu la

<sup>211</sup> *Id.*, 372; *Banque Canadienne Nationale c. Paquet*, [1978] C.P. 251, 251.

<sup>212</sup> P. CIOTOLA, préc., note 210, 372; *Montréal (Cité) c. Montreal Light, Heat & Power Company*, [1909] 18 B.R. 414; *J. Cohen (1962) Inc. c. Rothstein*, [1971] C.S. 705, 709.

<sup>213</sup> *Barrie Carriage Company c. Watt*, [1921] 59 C.S. 440, 443; P. CIOTOLA, préc., note 210, 372

<sup>214</sup> P. CIOTOLA, préc., note 210, 389-394.

<sup>215</sup> *Bastien v. J. M. Dessureault Inc.*, [1962] R.C.S. 97, 99.

<sup>216</sup> *Lemcovitz c. Laurentide Acceptance Corporation*, [1966] B.R. 160.

<sup>217</sup> *Canadian Terrazzo and Marble Co. c. B. Kaplan Construction Co.*, [1966] C.S. 505. Cette décision peut paraître surprenante puisque dans le même paragraphe de la formule bancaire, le transport était aussi envisagé

qualification de transport absolu en raison des termes contenus dans la formule contenue dans le formulaire de la banque. Les juges retenaient aussi la qualification de vente avec transfert conditionnel et résolutoire<sup>218</sup>, et même y décelaient une clause de dation en paiement<sup>219</sup>. Les juges ont été encore plus audacieux dans leur démarche de qualification en retenant pour le cas d'une cession de créances même pour garantir le paiement d'une dette, la qualification de *vente à réméré*<sup>220</sup>.

**60.** Parfois, les juges ont nettement fait valoir que la cession de transport de biens était strictement consentie à titre de garantie<sup>221</sup> puisqu'elle impliquait « une idée de retour » et ne pouvait donc constituer une aliénation définitive. Les juges faisaient application de la maxime « où il y a garantie, il n'y a pas d'aliénation<sup>222</sup> ». Ainsi dans certaines décisions, les juges ont assimilé un transport général de dettes consenti en vue de garantir des avances sur prêts<sup>223</sup> ou la clause de transport de loyers échus et à échoir stipulée dans une convention de prêt hypothécaire à un nantissement de bien incorporel tel que visé par l'article 1974 du *Code civil du Bas Canada*<sup>224</sup>. Cette dernière qualification consistant à assimiler le transport

---

comme une garantie collatérale « as a general and continuing collateral security for the payment of all and any existing and future indebtedness ». Le juge n'a retenu que l'idée du transport absolu.

<sup>218</sup> *Place Québec Inc. c. Desmarais*, [1975] C.A. 910, 912 : En effet, le juge a considéré que la cession de créance à titre de sûreté accessoire était :

Un transfert conditionnel et résolutoire quant au cessionnaire, son droit de propriété cessant de plein droit, sans la nécessité d'un acte de rétrocession, lorsque la condition est accomplie, soit l'extinction de la créance principale, la dette du cédant au cessionnaire. À cet égard, la cession de créance à titre de sûreté accessoire est semblable à la clause de dation en paiement. [...] Quant au cédant, dans le cas d'une cession de créance à titre de sûreté accessoire, si le transfert est absolu, il n'est cependant pas définitif; celui-ci, d'une part, continue à détenir un droit de propriété dans la créance cédée, affecté cependant d'une condition suspensive; la condition est l'extinction de la dette à la sûreté de laquelle la créance a été cédée. Tant que la condition n'est pas défaillie, le cédant possède un intérêt certain à la conservation de la créance cédée et à son recouvrement [...] pour prévenir la prescription, pour que le produit du recouvrement serve à éteindre la dette qu'il doit au cessionnaire, pour que cessent les intérêts et pour que l'excédent, si excédent il y a, lui revienne.

<sup>219</sup> P. CIOTOLA, préc., note 210, 390.

<sup>220</sup> *Lemaire c. Tourville*, [1952] C.S. 221.

<sup>221</sup> *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7.

<sup>222</sup> *Banque Canadienne Nationale c. Lefavre*, [1951] B.R. 83, 112.

<sup>223</sup> *Stone Electric Inc. c. Community Development Ltd.*, [1972] C.S. 397, 400; *In re O.T.E.A. Inc. : Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539, 543; *Dupuis c. Savoie*, [1950] C.S. 361.

<sup>224</sup> *In re Civano Construction Inc. : Gingras c. Credit M.-G. Inc.*, [1962] C.S. 45, 47:



de créances à un nantissement de bien incorporel est préférée par certains auteurs, tels que Pierre Ciotola et Louis Payette<sup>225</sup>, qui ne veulent pas retenir la qualification d'un transport conditionnel à titre absolu<sup>226</sup>.

### 3) Les enjeux de la qualification

**61.** L'intérêt de retenir la qualification d'une cession à titre de garantie était multiple. Cela pouvait se justifier « en vue de sauvegarder l'intérêt du cédant à poursuivre le recouvrement de la créance envers le cessionnaire ». Le cédant nourrissait ainsi « l'espoir de récupérer l'objet en garantie » et le cessionnaire conservait la possession de la créance<sup>227</sup>.

Bien évidemment, ces avantages ne résistaient pas à l'attrait redoutable d'une qualification de transport de créances en propriété. La propriété est une arme absolue puisque plus efficace que toute autre sûreté. À l'instar de l'opinion des auteurs précités, les tergiversations jurisprudentielles nous portent à croire que seule l'intention des parties, décelée au travers des clauses contractuelles et du comportement des parties, pouvait

---

Il n'y a aucun doute que la clause de transport de loyers échus et à échoir dans un acte d'obligation est un contrat de garantie, accessoire à un acte d'obligation; c'est une obligation collatérale qui n'existe qu'en tant que l'obligation principale demeure; c'est le nantissement d'un bien incorporel. Le nantissement de créances est un contrat légitime que le Code civil mentionne spécifiquement à l'art. 1974 C.C. D'ailleurs, un tel contrat découle de la définition du nantissement au Code civil et il est reconnu par les auteurs.

Les juges ont considéré le syndic comme un tiers au sens de dispositions de l'article 1570 du C.c.B.C. Ainsi, dans l'hypothèse de la faillite du cédant, la signification de la cession de créances au cédé doit s'effectuer avant la date de la faillite pour la rendre opposable au syndic. Il appartenait au créancier hypothécaire de signifier sa clause de transport de loyers, avec empressement, dès les premiers signes de faillite de son débiteur qui devait, en pratique, lui être en défaut depuis 30 jours. Ces inconvénients pratiques pouvaient être évités si la clause de transport prévoyait tout simplement la perception par le créancier hypothécaire des loyers lesquels s'imputaient sur les créances dues en capital, intérêt et frais : *Id.*; même sens *Fiduciaires de la Cité et du District de Montréal Limitée c. Brosseau*, [1970] C.A. 419. R. COMTOIS, préc., note 206, 492; L. PAYETTE, préc., note 205, 96

<sup>225</sup> P. CIOTOLA, préc., note 210, 395, L. PAYETTE, préc., note 205.

<sup>226</sup> R. COMTOIS, préc., note 206, 490.

<sup>227</sup> P. CIOTOLA, préc., note 210, 395.

révéler la véritable nature juridique de la convention<sup>228</sup>. Au demeurant, l'effet translatif du contrat de vente était nettement plus attrayant qu'un droit de suite ou un droit de préférence conférés par un gage. Le recours dont dispose le créancier gagiste dans le cadre de la réalisation du gage ne lui donnait qu'un simple et mince espoir de recouvrer sa créance après avoir dû engager une procédure souvent coûteuse. Par ailleurs, le créancier gagiste doit, en fin de course, supporter le rang préférentiel des autres créanciers.

**62.** Face aux utilisations abusives de la cession de créances à titre de garantie, le législateur a souhaité, lors de la réforme de 1991, y mettre un terme en supprimant les anciens articles 1570 et suivants du *Code civil du Bas Canada*<sup>229</sup>. En principe<sup>230</sup> et dorénavant, toute prise de garantie sur des créances devra faire l'objet d'une hypothèque avec dépossession ou d'une hypothèque sans dépossession sagement encadrées par le *Code civil du Québec*. Des règles précises relatives au constituant, aux conditions de formation et d'opposabilité devront être respectées afin de retenir la validité de contrat d'hypothèque de créances.

**63.** Toutefois, quelques remarques positives pourraient être faites à propos de l'ancien régime du transport de créances. En substance, on pourrait affirmer sans entrer dans les détails de la matière - qui seront au demeurant traités dans une section particulière - que le régime du nantissement de créances sous l'ancien droit était moins restrictif que celui de l'hypothèque élaboré ensuite lors de la réforme de 1991. Par exemple, les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise pouvaient mettre en nantissement leurs créances représentées par des titres non négociables. Le *Code civil du Québec*, ne visant à l'article 2709 que le gage sur créances représentées par des titres négociables et restant

---

<sup>228</sup> Comme le retient si justement cette décision *Exchange Bank of Canada v. Montreal City and district Saving Bank*, [1885] M.L.R. 2 C.S. 51, où l'intention des parties était nettement celle de conférer à la banque une garantie subsidiaire.

<sup>229</sup> Pour les remplacer par les articles 1637 et suivants du C.c.Q.

<sup>230</sup> En principe seulement, puisque la loi permet d'autres techniques contractuelles comme la fiducie (art. 1263 C.c.Q.) et la vente à réméré (art. 1756 C.c.Q.) qui permettent de céder des créances à titre de garantie.

silencieux à l'article 2702 sur la nature du titre remis en gage, a contraint les tribunaux<sup>231</sup> à intervenir pour interpréter la volonté du législateur. Ainsi, la mise en gage de créances représentées par des titres non négociables pose actuellement un certain nombre d'interrogations<sup>232</sup> que nous développerons ultérieurement.

## **B) Les nantissements agricole, commercial et bancaire : des gages sans dépossession**

**64.** Le *Code civil du Bas Canada* a intégré trois types de nantissements, agricole, forestier et commercial pour répondre aux exigences de l'économie rurale, urbaine et surtout industrielle<sup>233</sup>. Le législateur a aussi pris conscience des lacunes du *Code civil du Bas Canada* à la lecture de la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Thompson and Alix Ltd. c. Lapierre*<sup>234</sup>. A l'époque, cette affaire a clairement stigmatisé les insuffisances du recours au gage pour les personnes physiques souhaitant garantir le remboursement de leurs emprunts. Ces nantissements sont autant d'exceptions au modèle du gage. Il faut préciser que le législateur est intervenu pour faciliter le nantissement de biens corporels donnés en garantie par des commerçants, agriculteurs ou pêcheurs dans le cadre de leurs activités. Il favorise ainsi le financement corporatif à moyen terme. Toutefois, les biens incorporels n'ont pas été visés par ces interventions législatives ponctuelles. Ces

<sup>231</sup> Voir les développements sur la décision *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97.

<sup>232</sup> Voir les développements sur la décision *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97 et *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97, notamment voir, *infra*, Partie I – Titre II – Section I - C) La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*.

<sup>233</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 91; Paul-André CRÉPEAU, « La renaissance du droit civil canadien », dans Jacques BOUCHER et André MOREL, *Le droit dans la vie familiale. Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. XIII, aux pages XIII-XVIII et plus précisément, à la note 10.

<sup>234</sup> *Thompson and Alix Ltd. c. Lapierre*, [1934] 72 C.S. 460, 468 :

Considérant que lorsqu'il s'agit d'effets mobiliers et qu'une demande d'annulation est faite par un tiers créancier saisissant, d'une convention apparaissant être une vente, mais qui n'est en réalité qu'un contrat de gage et de garantie pour des avances préalablement faites au débiteur, et que les objets vendus restent en possession du débiteur, ladite convention ne vaut contre le tiers créancier saisissant et la demande d'annulation doit être accueillie favorablement.

nantissements étaient aussi qualifiés d'irréguliers puisqu'ils ne nécessitaient pas de dépossession du débiteur pour être valide. Il s'agissait de contrats formalistes, au contraire du gage classique, et leur enregistrement constituait une formalité indispensable pour assurer leur opposabilité aux tiers.

**65.** Le nantissement bancaire constituait lui aussi une sûreté d'exception, d'autant qu'il dérogeait au droit commun puisque il était déjà prévu par la Loi sur les banques de 1952. Selon cette loi, la banque dispose d'un droit de propriété *sui generis* lui permettant de vendre les biens grevés, sans accomplir les formalités prévues par le Code concernant le nantissement de créances<sup>235</sup>.

**66.** La *Loi sur les cessions de biens en stocks* permettait, elle aussi, de moderniser une technique de financement à court terme en conférant aux institutions non bancaires la possibilité de financer les inventaires, c'est-à-dire les biens en stocks de l'entreprise. Elle élargissait le champ de la *Loi sur les connaissances*<sup>236</sup>.

**67.** Nous mentionnerons et analyserons, à titre d'exemples, les nantissements commercial (1) et bancaire (2) ainsi que la *Loi sur la cession de biens en stocks* (3) afin de rendre compte que le droit des sûretés est lié à la pratique du commerce, souvent incompatible avec l'exigence de la dépossession du bien gagé. Cet aspect historique du droit des sûretés québécois est d'autant plus intéressant qu'il présente des similitudes évidentes avec le système juridique actuel français. Il suffit de rappeler que, bien souvent, les commerçants ne disposaient que de leurs propres outils d'exploitation comme actifs éligibles à une demande d'emprunt. Il était donc difficile de leur demander de s'en déposséder pour satisfaire leurs créanciers garantis. Cette contrainte économique a conduit inéluctablement le législateur à prévoir d'autres alternatives au moyen de dispositions

---

<sup>235</sup> *Banque Canadienne Nationale c. Lefavre*, préc., note 222.

<sup>236</sup> Qui exigeait notamment une dépossession des marchandises déposées dans un garde-magasin consigné par un reçu d'entrepôt endossé. A moins de participer au commerce du bois, la *Loi sur les connaissances*, L.R.C. 1985, c. B-5, ne permettait aux commerçants de constituer des sûretés sur leurs inventaires; Yvon RENAUD, *La cession de biens en stock. Commentaires, loi, formulaire*, Outremont, Judico, 1985, p. 19.

législatives d'exception. L'armature même du *Code civil du Bas Canada* n'a pas été rectifiée. Le principe général de la dépossession, qui sous-tend le droit des sûretés mobilières dans son ensemble, n'a pas été revu. Le contraire aurait pu éviter les difficultés actuelles concernant la mise en gage des biens incorporels.

1) Le nantissement commercial : un gage sans dépossession prévu par le *Code civil du Bas Canada*

**68.** La *Loi sur le nantissement commercial*, entrée en vigueur le 11 avril 1962 répondait à un besoin impérieux pour les commerçants des petites et moyennes entreprises. Elle a marqué un tournant dans l'histoire moderne du crédit<sup>237</sup>. D'inspiration française, elle reprenait les formes de nantissements sans dépossession prévues pour l'outillage et l'équipement professionnel (Loi du 18 janvier 1951) et pour le fonds de commerce (Loi du 17 mars 1909). Jusqu'ici, le crédit du commerçant était restreint puisqu'il ne pouvait donner en gage son matériel sans courir le risque d'en être dépossédé. Bien évidemment, il lui était loisible d'offrir ses biens immeubles en garantie pour obtenir du crédit à long terme. Toutefois, les biens mobiliers du commerçant demeuraient incontestablement des « facteurs inertes au point de vue du crédit<sup>238</sup> ». S'agissant de crédit à court terme, les biens visés par le *Code civil du Bas Canada* ne permettaient pas d'y prétendre. Seul le recours à des lois spéciales comme celles sur les banques<sup>239</sup> ou la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*<sup>240</sup> à condition pour le commerçant d'incorporer son entreprise, permettaient d'échapper aux contraintes inhérentes au gage.

---

<sup>237</sup> Roger COMTOIS, « Une nouvelle législation : le nantissement commercial », (1963-1964) 66 *R du N.* 155, 170.

<sup>238</sup> *Id.*, 157.

<sup>239</sup> *Loi concernant les banques et les opérations bancaires*, préc., note 197, art. 88 et suiv. et *Loi remaniant la Loi sur les banques, modifiant la Loi sur les banques d'épargne de Québec et la Loi sur la Banque du Canada, instituant l'Association canadienne des paiements et apportant à certaines autres lois des modifications corrélatives* préc., note 197.

<sup>240</sup> *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, préc., note 80.

**69.** D'interprétation plus large que la loi française, le nantissement commercial québécois permettait au commerçant d'obtenir du crédit en garantissant son outillage en vue de financer un nouvel outillage ou même tout autre achat commercial ou non commercial<sup>241</sup>. En revanche, le nantissement devait avoir pour objet l'outillage et le matériel d'équipement, excluant ainsi les marchandises destinées à la revente, les immeubles et les biens incorporels telles les créances ou les dettes de livres<sup>242</sup>. En effet, les biens incorporels n'étaient pas visés par cette nouvelle législation. Le gage demeurait alors la seule voie possible avec son lot d'imperfections déjà souligné dans nos précédents développements.

**70.** Le nantissement commercial devait être conclu par écrit, empruntant la forme notariée ou sous seing privé, dans lequel les biens nantis devaient être désignés ainsi que leur lieu d'attache fixe<sup>243</sup>. Ces exigences posées par le législateur permettaient de justifier l'impossibilité pour les commerçants de nantir les éléments incorporels de leur entreprise<sup>244</sup>. Il devait être enregistré par dépôt à la division d'enregistrement du lieu où les biens avaient leur attache fixe. Le créancier nanti, en général la banque, pouvait revendiquer le bien (article 1979i, C.c.B.C.) et ce, même s'il n'avait pas été soumis à enregistrement<sup>245</sup>. Le créancier nanti disposait d'un droit de préférence et d'un droit de suite. C'est l'enregistrement qui permettait au créancier nanti de faire valoir son rang dans l'ordre de collocation<sup>246</sup>. Le nantissement commercial, fréquemment utilisé par la pratique, permettait à l'entreprise de rester en possession de son outillage et de son équipement nanti,

---

<sup>241</sup> R. COMTOIS, préc., note 237, 159.

<sup>242</sup> Pour les créances, seul le gage leur était possible avec l'exigence de la dépossession. Dans ce cas, le C.c.B.C. renvoyait aux règles de la cession de créances applicables au contrat de gage sur créances selon l'article 1578 dudit Code.

<sup>243</sup> C.c.B.C., art. 1979 (f).

<sup>244</sup> R. COMTOIS, préc., note 237, 161.

<sup>245</sup> P. CIOTOLA, préc., note 71, p. 133.

<sup>246</sup> C.c.B.C., art. 1994 (4) et 1979 (g) al. 3. Créancier privilégié de 4<sup>e</sup> rang, il passait après les frais de justice, les dépenses faites dans l'intérêt commun, la dîme et la créance du vendeur. Il primait naturellement les créanciers chirographaires. C'était un privilège d'une nature particulière puisque tout en étant issu d'une convention, la loi lui accordait ce statut à condition d'être enregistré. Contrairement aux autres privilèges sur des droits réels mobiliers non soumis à cette formalité.

une fois son nantissement enregistré, ce qui l'assimilait clairement à une hypothèque mobilière<sup>247</sup>.

## 2) Le nantissement bancaire en vertu de la Loi fédérale sur les banques<sup>248</sup>

71. Cette forme de sûreté sans dépossession prévue par le droit fédéral, décrite à grands traits, permet de montrer à quel point le législateur a utilisé des fictions accommodantes pour contourner le gage lorsque des besoins économiques ponctuels se sont fait ressentir.

Le nantissement bancaire concerne, comme son nom l'indique, les prêts avancés par les banques à des commerçants, des agriculteurs ou des pêcheurs sur leurs biens ou bétail, à l'exclusion de leur matériel ou outillage. La garantie vise l'inventaire présent et futur, la matière première, le produit en cours ou fini et selon la jurisprudence, les comptes à recevoir nés de la vente des biens affectés à la garantie<sup>249</sup>.

L'article 88 de la *Loi sur les banques* puise son inspiration dans le *chattel mortgage* de la Common law. Elle confère à la banque créancière des droits plus étendus qu'un nantissement commercial ou qu'un simple gage. Les tribunaux en ont précisé les contours, donnant ainsi un droit de propriété absolu<sup>250</sup> pour la banque sur tous les objets et marchandises affectés par la garantie. Ce droit de propriété marque une préférence sur tous les autres droits sur les biens grevés, une fois la garantie enregistrée au bureau de la Banque du Canada. La banque créancière peut vendre les biens aux enchères ou de gré à gré, si une

<sup>247</sup> Mireille GOULET, *Le nantissement commercial*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 3.

<sup>248</sup> Initialement, cette garantie remonte à 1890 (*An Act respecting Banks and Banking*, 53 Vict., c. 31, art 4). Elle fut décrite par les articles 178 et suivants de la *Loi concernant les banques et les opérations bancaires*, préc., note 197, issue de la Common law, qui a été par la suite refondue en décembre 1979 (*Loi sur les banques et les opérations bancaires*, L.R.C. 1985, c. B-1). Cette « législation fédérale valable à priorité sur le Code civil » : J. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 112.

<sup>249</sup> *Banque Canadienne Nationale c. Lefaivre*, préc., note 222.

<sup>250</sup> *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631.

clause, au demeurant devenue usuelle, le lui permet. Elle peut se dispenser d'engager une procédure judiciaire<sup>251</sup>. Elle peut aussi percevoir les créances, dettes de livres et comptes recevables provenant de la vente faite par son débiteur des effets ou marchandises affectés à la garantie<sup>252</sup>.

**72.** De toute évidence, un système d'enregistrement étant organisé, les biens meubles appartenant aux commerçants pouvaient déjà à l'époque être mis en garantie et ce, sans dépossession. Le cas échéant, la banque créancière pouvait en prendre possession aux fins de vente. Avant cela, un avis d'intention de donner une garantie devait être adressé par la banque dans les trois ans précédant l'octroi de la garantie. Cet avis ne faisait pas mention des biens visés par la garantie éventuelle. Cette simple mise en garde quant à l'enregistrement possible d'une garantie en faveur de la banque obligeait tout intéressé à s'enquérir de la situation auprès du débiteur ou de la banque<sup>253</sup>. L'enregistrement de cet avis s'effectuait au bureau de la Banque du Canada dans la province où la personne pouvait justifier du lieu de son principal établissement ou de sa seule résidence<sup>254</sup>. Cette décentralisation de l'enregistrement exigeait du tiers des investigations poussées.

**73.** Ce nantissement ressemblait à une hypothèque mobilière à l'exception près qu'il conférait un droit de propriété à son créancier libre de pénétrer dans les entrepôts ou autres lieux pour reprendre les marchandises nanties. Ce nantissement qui n'en était pas un, en réalité, contournait allégrement l'interdiction de l'époque faite à l'endroit des gages sans dépossession, contenue dans le *Code civil du Bas Canada*, législation provinciale. Cette spécificité canadienne toujours en vigueur est difficilement rattachable à une institution de droit civil et était justifiée selon les économistes « par la nature même des produits primaires du pays, les longues distances qu'il y a lieu de leur faire franchir et les sommes

---

<sup>251</sup> *In re Economic Plywood inc. : Mercure c. Banque Canadienne Nationale*, [1969] C.S. 187.

<sup>252</sup> *Banque Canadienne Nationale c. Lefavre*, préc., note 222.

<sup>253</sup> Y. RENAUD, préc., note 236, p. 48.

<sup>254</sup> *Loi remaniant la Loi sur les banques, modifiant la Loi sur les banques d'épargne de Québec et la Loi sur la Banque du Canada, instituant l'Association canadienne des paiements et apportant à certaines autres lois des modifications corrélatives*, préc., note 197, art. 178 (4) b).



énormes que nécessite leur mise sur le marché<sup>255</sup> ». Utilisant un procédé comparable, le *Code civil du Bas Canada* a permis également le gage sans dépossession des inventaires des entreprises.

### 3) La cessions de biens en stock

74. Le financement des biens en stock a pendant longtemps suscité pour les créanciers et les chefs d'entreprise des inquiétudes. Le caractère rotatif de ces actifs tangibles les excluait du champ des sûretés traditionnelles telles que prévues dans le *Code civil du Bas Canada*<sup>256</sup>. Dans sa publication « Bâtir le Québec<sup>257</sup> », le gouvernement du Québec a, en 1979, pris conscience de cette nécessité de moderniser son arsenal juridique. Il a donc énoncé clairement une politique économique en faveur du financement à court terme, privilégiant ainsi le gage mobilier sans dépossession pour les institutions non bancaires.

Cette sûreté facilitait l'obtention de fonds issus d'un emprunt ou d'une ouverture de crédit au profit d'un entrepreneur<sup>258</sup>. Le chef d'entreprise pouvait utiliser à son gré cette avance, comme pour l'achat d'un véhicule et ce, contrairement à la *Loi sur les banques* qui exigeait que le prêt se réalise dans un but déterminé. Aucun connaissance, ni reçu d'entrepôt n'étaient émis. La cession des biens en stocks emportait transfert du bien ou du titre au cessionnaire.

La cession devenait opposable à compter de l'enregistrement de l'avis mentionnant le nom des parties et la date de la convention de cession. Cet avis valait en quelque sorte certification de l'existence actuelle d'une cession et non pas simple avertissement d'une

---

<sup>255</sup> Y. DESJARDINS, préc., note 197, 64.

<sup>256</sup> Y. RENAUD, préc., note 236, p. 11.

<sup>257</sup> QUÉBEC, COMITÉ MINISTÉRIEL PERMANENT DU DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, *Bâtir le Québec. Énoncé de politique économique. Synthèse, orientations et actions*, Québec, Éditeur officiel, 1979, p. 258-265.

<sup>258</sup> Y. RENAUD, préc., note 236, p. 31.

garantie éventuelle comme dans la *Loi sur les banques*. L'enregistrement se faisait sur présentation au registraire de n'importe quelle division d'enregistrement qui, à son tour, se chargeait de l'adresser au registre central de Montréal.

En conclusion, les législateurs québécois et français ont maintenu la dépossession comme une condition matérielle et essentielle du contrat de gage mais n'ont pas hésité à créer de multiples régimes d'exceptions. Les réformes récentes vont dans le même sens.

## **Section II – La fictivité résultant des réformes**

**75.** Les législateurs français et québécois ont adopté le même comportement que par le passé lors des récentes réformes. Même si l'hypothèque mobilière sans dépossession (au Québec) et le gage sans dépossession (en France) ont été consacrés officiellement dans le droit commun des sûretés mobilières, la dépossession matérielle a été maintenue comme une condition essentielle du gage (avec dépossession). Dans un même temps, des gages spéciaux ont été créés pour lesquels la dépossession a encore un rôle à jouer. Ainsi, certains gages ou nantissements spéciaux jouissent d'une dépossession fictive, en ce sens qu'ils ne permettent pas d'assurer une publicité suffisante à l'égard des tiers. Cette fictivité, source de confusion, ajoute une dose de complexité dans les régimes des sûretés mobilières français (§1) et québécois (§2) qui maintiennent, à tort, le gage classique comme prototype pour les sûretés portant sur des biens incorporels.

### **§ 1. La réforme du droit français du 23 mars 2006**

**76.** Rappelons brièvement le contenu de la récente réforme française du 23 mars 2006 (A) pour mesurer son impact sur le régime des sûretés mobilières, notamment sur les biens incorporels, et pour circonscrire la place de la dépossession au sein des différentes catégories de sûretés mobilières (B). Ainsi, la dépossession réapparaît transformée au gré des besoins économiques.

## A) Contenu de la réforme

77. Le rejet du caractère réel du contrat de gage<sup>259</sup> a été l'une des audaces<sup>260</sup> de la réforme de 2006. Le contrat de gage a cessé d'être réel, pour devenir solennel<sup>261</sup>. On aurait pu croire qu'un coup fatal était ainsi porté à la notion de dépossession. Il n'en a rien été. Le gage avec dépossession a été maintenu. Le gage confère à son créancier un droit de rétention paralysant les autres créanciers, notamment en période de faillite. Le gage sans dépossession a permis de mettre en place un registre nouveau, spécial, consultable sur un plan national. La France a fait un pas vers la modernisation<sup>262</sup> de ses institutions. Ainsi, coexistent deux sortes de gage, l'un avec dépossession et l'autre sans. Curieuse terminologie. Elle fait figure de miroir inversé avec celle utilisée au Québec, qui a consacré quinze ans plus tôt, l'hypothèque avec et sans dépossession. Les termes utilisés reflètent l'orientation choisie par chaque législateur et notamment par leurs communautés juridiques dominantes.

78. Beaucoup de commentateurs avaient pourtant souhaité que cette réforme suive l'inspiration soufflée par les législations étrangères, notamment nord-américaine. Manifestement, le législateur n'a pas voulu opérer de choix<sup>263</sup>. Si certains auteurs associent

---

<sup>259</sup> Le nouvel article 2333 du C. civ. donne une nouvelle définition du gage : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. »

<sup>260</sup> D'autres faits sont marquants tels que l'extension de l'assiette du gage (les choses futures peuvent désormais être gagées), le gage de choses fongibles (entérinant la position de la Cour de cassation), l'admission du pacte comissoire sauf pour le gage sur des stocks (art. 2348 C. civ.), la réglementation du nantissement du solde créditeur d'un compte bancaire (nouvel art. 2348 C. civ). Voir, notamment Jean-François RICHARD, « Le gage après l'ordonnance du 23 mars 2006 », L.P.A. 2008.63.45.

<sup>261</sup> C. civ., art. 2336.

<sup>262</sup> Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, « Le gage de meubles corporels », dans *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Colloque organisé par le laboratoire de droit privé de la faculté de droit de Montpellier et l'Association rencontres notariat-université, 1<sup>er</sup> janvier 2006, Paris, Litec, 2007, p. 31, à la page 32.

<sup>263</sup> Dominique LEGEAIS, « Présentation de la réforme du droit des sûretés. Une symphonie inachevée », *R.D. bancaire et fin.* 2005.3.67, n° 31 et 32; Dominique LEGEAIS, « Le gage de meubles corporels », J.C.P. 2006.I.4.

le mot « modernisation<sup>264</sup> » au besoin de réforme du droit français des sûretés, tous ne le conçoivent pas de la même manière et y voient même l'incursion d'un droit étranger dans le droit français<sup>265</sup>. L'ordonnance du 23 mars 2006, attendue avec impatience, a toutefois laissé les commentateurs partagés<sup>266</sup>. En effet, malgré des innovations majeures, le résultat n'a pas été à la mesure des ambitions souhaitées<sup>267</sup>. Cette réforme se caractérise par un rendez-vous manqué<sup>268</sup>.

**79.** Les régimes spéciaux subsistent à côté du gage classique avec dépossession et du gage nouvellement créé sans dépossession qui, au demeurant, confère à son titulaire un droit de rétention fictif neutralisé, certes mais dans une certaine mesure pendant la procédure collective<sup>269</sup>. Les modifications apportées aux sûretés sur les biens incorporels sont décevantes<sup>270</sup>, ne sont pas assez généreuses et demeurent incomplètes<sup>271</sup>. Sans vouloir dresser ici un tableau exhaustif des critiques que cette réforme a suscitées, on constate que les sûretés sur les meubles incorporels demeurent dispersées<sup>272</sup> principalement dans le Code

<sup>264</sup> Notamment J.-F. RIFFARD, préc., note 61, p. 1 et 107; Georges AFFAKI (dir.), *Faillite internationale et conflit de juridiction. Regards croisés transatlantiques*, Bruylant, Forum Européen de la Communication, 2007, p. 12 et 13; D. LEGAIS, préc., note 59; Jean-Baptiste SEUBE, « La genèse de la réforme », L.P.A. 2008.63.5.

<sup>265</sup> Voir l'intervention de Laurent Aynès dans la partie Discussions : M.-É. ANCEL, préc., note 15, p. 89.

<sup>266</sup> Olivier GOUT, « Le droit des sûretés mobilières après l'ordonnance du 23 mars 2006 », L.P.A. 2006.99.4; Laurent AYNÈS, « La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Présentation générale de la réforme », D. 2006.chr.1289; D. LEGAIS, « Présentation de la réforme du droit des sûretés. Une symphonie inachevée », préc., note 263; Jean STOUFFLET, « Le nantissement de biens incorporels », J.C.P. 2006.I.5; Stéphane PIEDELIÈVRE, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », Rép. Defrénois 2006.10.791; Éliane FRÉMAUX et Georges DAUBLON, « La réforme du droit des sûretés », Rép. Defrénois 2006.13.1085; J.-B. SEUBE, préc., note 264.

<sup>267</sup> S. PIEDELIÈVRE, préc., note 266, 791.

<sup>268</sup> Reinhard DAMMANN, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », D. 2006.chr.1298.

<sup>269</sup> Voir nos développements ultérieurs, *infra*, Partie I – Titre II - Chapitre II – Section II – Le maintien inadéquat du droit de rétention.

<sup>270</sup> S. PIEDELIÈVRE, préc., note 266, 796.

<sup>271</sup> C. ALBIGES et Y. PICOD, préc., note 179, n° 31.

<sup>272</sup> Certains diront éparpillées : L. AYNÈS et P. CROCCO, préc., note 62, n° 501, p. 223. Il serait fastidieux dans le cadre de cette présentation de passer en revue tous les régimes de nantissements prévus par le droit français. Pour une brève énumération non exhaustive (sans recenser par exemple les différentes sortes de fiducies-sûretés et les propriétés-sûretés) : le nantissement de créances (art. 2075 C. civ. et art. L. 132-2 C. com.); le nantissement de créances professionnelles et la cession de créances professionnelles à titre de garantie (*Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises*, J.O. 3 janv. 1981, p. 150, modifiée par la *Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, J.O. 25 janv. 1984, p. 390, devenue l'article L. 313-23 du C. monét. et fin.); le nantissement de titres, valeurs mobilières et comptes d'instruments financiers (art. L. 211-20 I-VI et D. 211-20 et suiv. C. monét. et fin.); le

civil, le Code de commerce, le Code monétaire et financier, le Code de la propriété intellectuelle ou le Code des assurances.

**80.** Cette diversité des sûretés mobilières sans dépossession ne suscite guère l'approbation de la doctrine<sup>273</sup> qui parvient difficilement à les classer selon un critère unique. Même la terminologie a changé. Le terme de nantissement est désormais réservé aux garanties portant sur des biens incorporels. Le terme de gage désigne une sûreté de nature corporelle. La nouvelle nomenclature<sup>274</sup> n'a pas simplifié le régime des sûretés portant sur les biens incorporels. De multiples régimes sont consacrés aux sûretés portant sur les biens incorporels. Le législateur a aussi prévu le renvoi au régime du gage de droit commun avec dépossession pour certains nantissements de biens incorporels (autres que les créances).

Selon le nouvel article 2355 du Code civil, « le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ». Une fois la définition du nantissement de bien incorporel

---

nantissement de parts sociales de sociétés civiles (art. 1866 du C. civ. et art. 53 à 57 du *Décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil*, J.O. 7 juill. 1978, p. 2701); le nantissement de parts de sociétés commerciales (*Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession*, J.O. 31 déc. 2006, p. 20368, et art. L. 221-14 et L. 223-15 C. com.); le nantissement de fonds de commerce, de fonds artisanal (*Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, préc., note 182, incorporée à l'art. 142-1 et suiv. du C. com., *Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat*, J.O. 6 juill. 1996, p. 10199, art. 22, *Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole*, J.O. 6 janv. 2006, p. 229, article L. 311-3 du C. rur.); le nantissement sur une police d'assurance-vie (art. L. 132-1 C. assur.); le nantissement des films cinématographiques (art. 123-1 et suiv. Code du cinéma et de l'image animée); le nantissement de logiciels (art. L. 132-34 Code de la propriété intellectuelle); le nantissement de brevets (art. L. 613-8 Code de la propriété intellectuelle).

<sup>273</sup> Voir, notamment L. AYNES et P. CROCQ, préc., note 62, n° 501, p. 223; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 118, n° 618, p. 513.

<sup>274</sup> Lionel ANDREU, « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles », L.P.A. 2009.112.5. Pour des exemples de reclassification maladroite : le nantissement, catégorie générique, devient une sûreté mobilière ayant un objet incorporel; la réserve de propriété et la fiducie-sûreté consacrées tant pour les sûretés mobilières que immobilières (découpage non pertinent). L'auteur propose une nouvelle classification des sûretés réelles selon d'une part, les sûretés dites monovalentes, ayant spécifiquement pour objet un bien meuble ou immeuble (sûreté sur les meubles; gage et nantissement et sûreté sur les immeubles : hypothèque et antichrèse) et d'autre part, les sûretés dites polyvalentes ayant indifféremment pour objet un bien meuble ou immeuble (privilèges, réserve de propriété, fiducie-sûreté).

posée, l'article 2355 renvoie les nantissements portant sur des meubles incorporels autres que des créances, et à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels. Cela signifie qu'un nantissement de bien incorporel peut redevenir un gage de bien incorporel soumis aux mêmes exigences de constitution et d'opposabilité qu'un gage de biens corporels. Lorsqu'il s'agira de rendre ce type de gage de bien incorporel opposable aux tiers, certaines hésitations pourraient naître. En effet, l'ordonnance du 23 mars 2006 offre le choix entre la dépossession du constituant<sup>275</sup> ou une publicité par inscription auprès d'un registre spécial en vertu de l'article 2338 du Code civil français<sup>276</sup>. En dehors du cas du bien incorporel constaté par un titre assimilé alors à un bien corporel, le choix est tout fait, seule l'inscription au registre sera alors possible.

**81.** Parallèlement à cette disposition, on peut rappeler que les nantissements dits spéciaux concernant les fonds de commerce, les films, les logiciels, les licences, les brevets, les marques de commerce et les polices d'assurance sur la vie ont été maintenus dans leurs états initiaux. En effet, les nouveaux articles 2356 à 2366 du Code civil français sont consacrés uniquement aux nantissements de créance. Le projet de la commission Grimaldi souhaitant voir émerger une théorie sur le nantissement des biens incorporels n'a pas abouti sur ce point<sup>277</sup>. Ainsi, les nantissements dits spéciaux concernant les biens ci-dessus énumérés, déjà existants avant la réforme, ne sont pas supprimés.

**82.** Quelques remarques concernant le régime de certains nantissements sont utiles pour comprendre la diversité des règles. Le nantissement de compte d'instruments

---

<sup>275</sup> C. civ. art. 2337.

<sup>276</sup> *Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession*, préc., note 272, complété par l'*Arrêté du 1er février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession*, J.O. 10 févr. 2007, p. 2565, texte n° 16.

<sup>277</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 640, p. 558; Cécile LISANTI, « Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D. 2006.2671. La commission Grimaldi est un groupe de travail constitué en juillet 2003 sous le sceau du Ministère de la justice présidée par M. Michel Grimaldi et composée des membres suivants : M. Laurent Aynès, Mme Annie Bac, M. Pierre Crocq, Mme Dominique Dos-Reis, Mme Éliane Frémeau, M. Alain Gourio, M. Alain Provansal, M. Philippe Simler, M. Hervé Synvet et M. Philippe Dupichot (secrétaire).

financiers inséré dans le Code monétaire et financier<sup>278</sup> demeure inchangé sous réserve, toutefois, de sa nouvelle appellation, nantissement de compte de titres et de la possibilité de conclure un pacte comissoire<sup>279</sup>. Quant aux nantissements de créances professionnelles effectués par bordereau dit Dailly, eux aussi n'ont pas été supprimés.

**83.** Concernant le nantissement de créance civiles et commerciales, le législateur a désormais établi de nouvelles règles de constitution et d'opposabilité, lesquelles prennent leur inspiration du nantissement par bordereau Dailly prévu à l'article L. 313-23 et suivants du Code financier et monétaire. Depuis la réforme de 2006, l'assiette du nantissement s'est élargie; la créance nantie peut être une créance de loyers, une créance de prix, le solde créditeur, provisoire ou définitif, d'un compte en banque (art. 2360)<sup>280</sup>. À peine de nullité, le nantissement de créance civile ou commerciale (art. L. 521-1, al. 4 du Code de commerce) doit être conclu par écrit<sup>281</sup> et prend effet entre les parties (art. 2356 du Code civil) dès la conclusion de l'acte. L'acte écrit doit comporter la désignation des créances garanties et des créances nanties (art. 2356 du Code civil). Le nantissement de créance devient opposable aux tiers à la date mentionnée dans l'acte (article 2361 du Code civil), sans qu'il soit besoin de procéder à un quelconque enregistrement de l'acte de nantissement. En revanche, s'agissant de l'opposabilité au débiteur dont la créance est

---

<sup>278</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20, modifié par l'*Ordonnance n° 2009-107 du 30 janvier 2009 relative aux sociétés d'investissement à capital fixe, aux fonds fermés étrangers et à certains instruments financiers*, J.O. 31 janv. 2009, p. 1843.

<sup>279</sup> Frédéric MARTIN et Béatrice GÉRARD-GODARD, « Le pacte comissoire », J.C.P. éd. N. 2011.21.1183; Françoise PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », D. 2009.651. Ce pacte comissoire suscite des interrogations quant à sa pratique du fait de la rédaction de l'article L. 622-7 (I) al. 3 du C. com. qui prévoit l'interdiction expresse de sa « réalisation » après le jugement d'ouverture. Un second acte pourrait être considéré comme nécessaire pour constater le transfert de propriété.

<sup>280</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 525 et 526, p. 250-252; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 567-569. Certaines créances ne peuvent être données en nantissement comme les plans d'épargne-logement et les comptes d'épargne-logement (art. R. 315-6 et 315-14 Code de la construction et de l'habitation). En revanche, ont été admis les nantissements portant sur des pensions de réversion : Paris, 18 juin 1998 : *Juris-Data* n° 022341; des plans d'épargne en actions : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, J.C.P. 2006.I.131, n° 16, obs. Delbecque. Plus cocasse, admission d'un nantissement portant sur les sommes versées en cas de transfert des joueurs de football (en réalité, nantissement portant sur la valeur des joueurs de football) : Rennes, 7 févr. 1996, J.C.P. 1997.I.3991, n° 19, obs. Delbecque.

<sup>281</sup> L'exigence de l'écrit maintenu par le nouvel article 2356 du C. civ. devient une condition de validité du nantissement de créance que ce soit par acte sous seing privé ou authentique.

cedée, le nantissement doit lui être simplement notifié<sup>282</sup> ou ce dernier doit intervenir à l'acte (article 2362 du Code civil.). A compter de la notification, seul le créancier nanti pourra recevoir valablement le paiement de la créance donnée en nantissement (art. 2363 du Code Civil). L'ordonnance du 23 mars 2006 a ainsi allégé le formalisme qui prévalait antérieurement. La formalité de la signification par acte d'huissier ou de l'acceptation par un acte authentique, exigée sous l'ancien article 2075 du Code civil français concernant notamment le nantissement de créance, a donc disparu. Toutefois, cette simple faculté de notification demeure une formalité importante pour la réalisation du nantissement. A défaut, le nantissement ne serait pas frappé de nullité, il restera valable entre les parties et à l'égard des tiers, mais il serait inopposable à l'égard du débiteur dont la créance est nantie donc inefficace.

**84.** Une incertitude existe désormais sur les modalités de constitution du nantissement de parts de SARL ou de SNC<sup>283</sup> puisque ce type de nantissement peut être qualifié de nantissement de créance et se retrouve à la fois dans le Code civil et le Code monétaire et financier.

**85.** Les auteurs, dans leur grande majorité, ont considéré cette réforme comme insuffisante ou peu audacieuse. Ils ont insisté sur le besoin d'unification des différents régimes dérogatoires qui pourrait se faire, selon nous, au moyen de l'instauration de l'hypothèque mobilière<sup>284</sup>. Il faut cependant reconnaître que le travail de réflexion entamé est une première tentative de codification en matière de sûretés mobilières. Cette première pierre à l'édifice ouvre la voie à un chantier de plus grande envergure qu'il reste, à l'évidence, à accomplir. Or, en dépit des efforts incontestables du législateur français, les difficultés liées à la multitude de catégories et de régimes de sûretés mobilières portant sur

---

<sup>282</sup> Simple notification, aucune forme n'est imposée par l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19. Il suffit que le créancier nanti puisse en faire la preuve.

<sup>283</sup> Avant la réforme, la jurisprudence, en raison de l'absence d'une disposition légale spéciale, assimilait les parts d'une société commerciale à des créances, le régime de gage de créances leur était donc applicable. Désormais, l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19, distingue les créances et les autres meubles incorporels.

<sup>284</sup> Comme l'a fait le législateur québécois, ce qui fera l'objet de développements ultérieurs.



des biens incorporels persistent et prennent encore plus de densité lorsque le législateur créé de toute pièce une dépossession fictive pour certaines catégories de sûretés mobilières.

## **B) La dépossession fictive créée par la réforme française**

**86.** La notion de dépossession a subi une double évolution. D'une part, d'une condition de validité matérielle, elle est devenue une condition d'opposabilité du gage de droit commun ; d'autre part, certains nantissements spéciaux persistent à lui rester fidèle en érigeant certaines formalités. Le premier exemple de gage spécial, même s'il concerne un bien corporel, le véhicule automobile (1), est intéressant pour comprendre la fictivité qui a surtout contaminé le nantissement de créance (2) et le nantissement de compte d'instruments financiers, appelé désormais compte de titres depuis la réforme du 23 mars 2006 (3).

### 1) Le gage automobile

**87.** Le gage automobile fait partie de ces gages créés spécialement par le législateur pour répondre à des besoins économiques précis<sup>285</sup>. Il avait été conçu pour mettre en garantie un bien, sans s'en déposséder, afin de permettre au constituant son utilisation. Le Code civil s'est fait donc le siège d'une multitude de gages spéciaux sans dépossession

---

<sup>285</sup> Le gage automobile fut institué pour prévenir les vendeurs à crédit d'automobiles contre le risque d'insolvabilité de leur débiteur. À l'époque, une clause de réserve de propriété ne pouvait atteindre à un tel résultat puisque la Cour de cassation décidait de la rendre inopposable à la masse des créanciers. La *Loi n° 80-335 du 12 mai 1980 dite Dubanchet relative aux effets des clauses de réserves de propriété dans les contrats de vente*, J.O. 13 mai 1980, p. 1202 (devenue l'article L. 624-16 C. com.), est finalement revenue sur cette règle; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 519 et 520, p. 244-246. Toutefois, depuis quelques années, le gage automobile est concurrencé par le crédit-bail automobile et la pratique des clauses de réserve de propriété; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 789, p. 546; Dominique LEGEAS, « Le nouveau droit du gage portant sur un véhicule automobile », J.C.P. éd. E. 2007.16.1482.

effective. La réforme a même consacré officiellement cette technique du gage sans dépossession, mais elle n'en a pas pour autant supprimé les gages spéciaux<sup>286</sup>.

**88.** Le gage automobile, considéré par le passé comme un gage spécial avec dépossession fictive<sup>287</sup>, est classifié désormais gage spécial sans dépossession. Or, il ne mérite toujours pas son appellation de gage. La dépossession continue à y jouer un rôle important puisqu'elle confère au créancier gagiste un droit de rétention. Le gage automobile est constitué par un écrit, acte authentique ou sous seing privé enregistré, constatant la vente ou le prêt consenti en vue de l'achat et précisant les caractéristiques du véhicule (décret n° 968 du 30 septembre 1953). Mais, c'est la publicité auprès du registre spécial, tenu par l'administration préfectorale, qui constitue la mesure essentielle de ce gage. Cette déclaration le rendra opposable aux tiers. Même si, selon la jurisprudence<sup>288</sup>, le gage reste valable entre les parties à défaut de publicité, cette inscription permet tout de même la délivrance d'un reçu. D'autant que, selon l'article 2352 du Code, le créancier gagiste est réputé avoir conservé la possession de l'automobile du fait de la délivrance du reçu<sup>289</sup>. La délivrance du reçu suite à la déclaration auprès de la préfecture crée donc une mise en possession fictive.

**89.** Rappelons que ce gage fut qualifié de légal en ce sens qu'il était attaché de plein droit à tout contrat de vente à crédit ou de financement d'un achat automobile<sup>290</sup>. La réforme l'a rendu plus accessible; désormais le gage automobile n'est plus seulement réservé au vendeur à crédit ou au prêteur de deniers. La loi confère une possession fictive

---

<sup>286</sup> L'ordonnance a même créé un gage spécial nouveau celui sur le stock réservé aux établissements de crédit, alors que le droit commun du gage sans dépossession aurait été suffisant : D. LEGEIS, préc., note 285, n° 5: « La réforme pourrait ainsi susciter des situations de concurrence ou de conflits nouveaux entre créanciers ayant des garanties portant sur un même bien. Il serait pourtant dommage que la réforme ait pour conséquence un développement de l'insécurité juridique. »

<sup>287</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 520, p. 245; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 709, 711 et 712, p. 619, 620, 622 et 623; M. CABRILLAC, préc., note 59, n° 26 et 27.

<sup>288</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1996, *Bull. civ.* I, n° 312, D. 1997.somm.252, n° 312, obs. Piedelièvre, L.P.A. 1996.23, obs. Pinon et Gérard, *RTD civ.* 1996.955, note CROCQ; D. LEGEIS, préc., note 285.

<sup>289</sup> Sur ce point, maintien, contestable, du droit antérieur à la réforme; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 519, p. 245.

<sup>290</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 789, p. 545.

(Décret 30 septembre 1953, art.2, al.3) lui permettant notamment d'exercer son droit de rétention, en cas de défaut de paiement à l'échéance du débiteur<sup>291</sup>. Ainsi, à défaut de déclaration à la préfecture, le créancier aura un gage inopposable aux tiers<sup>292</sup>, donc inefficace<sup>293</sup>. Comme le gage automobile, le nantissement de créances fait lui aussi jouer à la déposition un rôle fictif ou du moins imparfaite.

## 2) Le nantissement de créances

**90.** Le nantissement de créances a subi une réelle transformation du fait de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions prévues par l'ordonnance du 25 mars 2006<sup>294</sup>. Le législateur a simplifié ses règles de constitution en prenant pour modèle la cession et le nantissement de créances professionnelles par bordereau Dailly. A présent, le nantissement est parfait dès l'établissement d'un acte écrit et à condition de respecter la règle de la double spécialité (désignation des créances garanties et nanties), ce qui lui donne des allures d'hypothèque mobilière. Comme il a été mentionné ci-avant, le nantissement sera opposable aux tiers à compter de la date inscrite sur l'acte. La remise du titre représentant la créance et la signification de l'acte de nantissement ne sont plus des formalités exigées par le droit positif pour le rendre opposable aux tiers et au débiteur de la créance nantie. Sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2006, la validité du nantissement supposait

---

<sup>291</sup> C. civ., art. 2352 : le gagiste est réputé avoir conservé l'automobile en sa possession par la délivrance du reçu suite à la déclaration; Com., 15 janv. 1957, *Bull. civ.* III, n° 20, 21 et 22, D. 1957.267, note Hémar : « Dès lors qu'il a satisfait aux prescriptions de la loi, le créancier gagiste sur automobile jouit, jusqu'au complet règlement et malgré le caractère fictif de sa possession, d'un droit de rétention sur le véhicule dont il peut exciper à l'encontre de tous les créanciers »; Com., 16 mars 1960, *Bull. civ.* III, n° 100; Com., 13 janv. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 10. D. LEGEAI, préc., note 285. Voir nos développements ultérieurs, § 3. La déposition comme condition d'opposabilité et de formation, p. 150.

<sup>292</sup> L'article 2351 du C. civ. précise que le gage est opposable aux tiers par la déclaration faite à l'autorité administrative.

<sup>293</sup> L'inscription confère au créancier gagiste outre un droit de préférence, un droit de suite complet : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 794, p. 549; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* I, n° 298.

<sup>294</sup> C. civ., art. 2355 al. 1 et 4 :

Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.

[...]

Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.

une mise en possession du créancier nanti qui imposait l'accomplissement des formalités de la signification ou de l'acceptation du débiteur prévues par l'ancien article 2075 du code civil. La mise en possession empêchait le débiteur de payer valablement le débiteur constituant. Ces formalités étaient considérées comme une « condition substantielle de la naissance du droit du créancier gagiste »<sup>295</sup>. La signification était une formalité nécessaire pour réaliser la dépossession prescrite par le droit commun du gage<sup>296</sup>. En outre, de nombreuses décisions avaient exigé du débiteur la remise du titre constatant la créance entre les mains du créancier nanti<sup>297</sup>. Les tribunaux avaient cependant assoupli cette exigence en affirmant que : « la mise en possession était suffisamment réalisée, au cas où le gage porte sur une créance et où la tradition est matériellement impossible, par la signification au débiteur de la créance donnée en gage<sup>298</sup>. »

**91.** Il y a bien longtemps, une partie de la doctrine avait dénoncé le caractère imparfait de cette mise en possession par signification<sup>299</sup>. La publicité n'était pas correctement effectuée puisque seul le débiteur cédé en avait connaissance. Les ayants cause du débiteur constituant ou du créancier gagiste pouvaient facilement croire en l'apparence mensongère du crédit de leur cocontractant. En effet, le nantissement de

---

<sup>295</sup> Com., 28 janv. 1997, J.C.P. 1997.I.4033, n° 19; Com., 6 janv. 1994, J.C.P. 1994.I.3765, n° 18; Com., 9 mai 2007, *Bull. civ.* IV, n° 127, J.C.P. 2007.I.212, n° 22; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, pourvoi n° 97-17305, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007397899&fastReqId=2120951232&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012); Paris, 29 juin 1993, D. 1993.IR.219. En matière commerciale, l'exigence de l'écrit n'était pas évident puisque l'article L. 521-1 al. 1 du C. com. l'écartait pour le gage commercial. Parfois, la jurisprudence l'imposait (Civ., 25 nov. 1865, D.P. 1866.1.56, S. 1866.1.60; Req., 13 avr. 1879, S. 1881.1.157). C. ALBIGES et Y. PICOD, préc., note 179, n° 12.

<sup>296</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 560.

<sup>297</sup> Req., 19 juin 1848, S. 1848.1.465, note Devill : « [L]e contrat de nantissement, même lorsqu'il a pour objet une créance, n'est parfait que par la remise de la chose faite par le débiteur à une époque où il a capacité pour en disposer : la signification ne peut suppléer à la remise du titre »; Civ., 13 avr. 1859, D. 1859.1.167.

<sup>298</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 112.

<sup>299</sup> A. BLAISOT, préc., note 58, p. 146 ; M. MOREL, préc., note 58, p. 32 et 34 : « C'est un moyen de publicité imparfait, il vaudrait certainement mieux la généralisation du système hypothécaire », et citant un autre auteur, Laurent, à la note 2 :

Le mal tient en l'absence d'un système de publicité : le législateur devrait organiser la publicité du nantissement comme il l'a fait pour les hypothèques et les privilèges immobiliers; le nantissement de valeurs mobilières prend tous les jours une plus grande extension; il n'y a qu'un moyen de sauvegarder les droits des tiers, c'est de rendre public le privilège du créancier gagiste.

F. LAURENT, préc., note 108, n° 461; D. LEGEAIS, préc., note 59, p. 40-49.

créance est une sûreté complexe qui ajoute au rapport d'obligation principal une action en recouvrement à l'encontre du débiteur de la créance cédée. Non seulement le débiteur de la créance nantie doit être parfaitement informé de l'existence du nantissement pour valablement se libérer entre les mains du créancier nanti, mais les tiers doivent être aussi avertis que la valeur de la créance est désormais engagée. La signification, tout comme la remise du titre, ne permet pas une véritable mise en possession entre les mains du créancier nanti. Lors de la réforme de 2006 le législateur n'a pas vraiment entendu ces critiques doctrinales même s'il n'exige plus la signification comme une mesure de constitution du nantissement. L'écrit a remplacé la signification et, est devenu une condition de validité suffisante pour former le contrat de nantissement. La signification a fait place à la notification (en principe non obligatoire) qui permet de rendre opposable le nantissement au débiteur de la créance nantie. Ainsi qu'il l'a été mentionné, le nantissement de créance est opposable aux tiers à compter de la date de conclusion du contrat<sup>300</sup>. Dans ces conditions, le nantissement de créance, nouvelle formule, est une sûreté occulte ne permettant pas à la notification de jouer un rôle d'information légale vis à vis des tiers.

### 3) Le nantissement de compte de titres

**92.** La loi du 2 juillet 1996 a modifié la constitution et la réalisation du nantissement de valeurs mobilières qui est désormais étendu aux instruments financiers. L'ordonnance du 8 janvier 2009 est venue parfaire le système de transfert des titres financiers par voie d'inscription du fait de la dématérialisation<sup>301</sup>. La plupart des

---

<sup>300</sup> L'enregistrement de l'acte, lui conférant date certaine, évite les risques de conflits entre créanciers : Dominique LEGEAIS, « Le nantissement de créances », *Droit et patrimoine* 2007.161.54; Christophe ALBIGES et Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « HyperCours Dalloz », Paris, Dalloz, 2009, n° 494, p. 295.

<sup>301</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-1. L'*Ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière*, J.O. 25 févr. 2005, p. 3254, a reprécisé le régime du nantissement d'instruments financiers sur de nombreux points modifiée depuis par l'*Ordonnance n° 2009-107 du 30 janvier 2009 relative aux sociétés d'investissement à capital fixe, aux fonds fermés étrangers et à certains instruments financiers*, préc., note 278; Franck AUCKENTHALER, « Le gage de compte d'instruments financiers après l'ordonnance du 24 février 2005 », J.C.P. éd. E. 2005.1728; Hervé SYNDET, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », dans *Études offertes à Jacques Béguin. Droit et actualité*, Paris, Litec, 2005, p. 719; David ROBINE, « La réforme du transfert de propriété des valeurs

instruments financiers ne sont plus représentés par un titre et sont identifiés par une inscription sur un compte ouvert au nom du titulaire et tenu par des tiers : personne morale émettrice, intermédiaire habilité et dépositaire central. Le nantissement d'instruments financiers<sup>302</sup> permet notamment aux entreprises et aux particuliers d'obtenir des avances sur titres, facilitant ainsi leur crédit à court terme<sup>303</sup>.

**93.** La constitution du nantissement de compte de titres s'effectue, tant à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice qu'entre les parties, par déclaration signée du titulaire du compte<sup>304</sup> qui est adressée à l'établissement teneur du compte. Cette formalité est devenue lors de la réforme du 2 juillet 2006, la seule condition requise de validité du nantissement<sup>305</sup>. Cette déclaration étant adressée à un tiers, teneur de compte, le constituant n'en a plus la libre disposition<sup>306</sup>. Ces instruments financiers font donc l'objet d'une forme de dépossession par entiercement<sup>307</sup>. Toutefois, cette dépossession est aménagée par le créancier et le titulaire du compte qui définissent par convention les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers<sup>308</sup>. Par ailleurs, cette mise en

mobilières », L.P.A. 2005.49. David ROBINE, « La réforme du gage de compte d'instruments financiers par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 », *Bulletin Joly Bourse* 2005.4.399; Michel STORCK, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », dans *Le Droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 695.

<sup>302</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20.

<sup>303</sup> C. ALBIGES et Y. PICOD, préc., note 179, n° 49.

<sup>304</sup> Sur le contenu de cette déclaration : C. monét. et fin., art. D. 211-10.

<sup>305</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20-I.

<sup>306</sup> *Id.*, art. L. 211-20-II :

Le compte nanti prend la forme d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3, un dépositaire central ou, le cas échéant, l'émetteur.

[...]

A défaut d'un compte spécial, sont réputés constituer le compte nanti les titres financiers mentionnés au premier alinéa, ainsi que les sommes en toute monnaie ayant fait l'objet d'une identification à cet effet par un procédé informatique.

Le créancier nanti peut même solliciter une attestation du teneur de compte portant inventaire des instruments détenus : *Id.*, L. 211-20-III.

<sup>307</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 781, p. 540; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 537, p. 262.

<sup>308</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20-IV :

Le créancier nanti définit avec le titulaire du compte-titres les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti. Le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte nanti.

possession conférée par la déclaration signée par le titulaire du compte confère un droit de rétention au créancier nanti qui peut se voir attribuer les titres nantis à concurrence de sa créance<sup>309</sup>. Or, cette dépossession par déclaration au teneur de compte nous paraît fictive en ce sens qu'elle n'avertit pas suffisamment les tiers de l'existence d'un nantissement. Selon les professeurs Laurent Aynès et Pierre Crocq, ce « nantissement est organisé par imitation des gages avec dépossession entre les mains d'un tiers<sup>310</sup> », « les titres financiers sont insusceptibles de véritables possession, même fictives. Et, si l'on veut à tout prix les doter d'une "certaine corporalité", la possession est exercée par le teneur de compte, au nom du titulaire, ou du créancier gagiste<sup>311</sup> ». En toute déférence, nous ne partageons pas cette opinion puisque la possession de biens incorporels comme les instruments financiers est aisément concevable car « la possession n'a jamais pour objet des choses : on possède toujours des droits<sup>312</sup>. » La mise en possession de biens immatériels ne nous pose aucune difficulté d'ordre<sup>313</sup>. Toutefois et en l'occurrence, la déclaration au teneur de compte, même si elle transfère certaines prérogatives du débiteur au créancier nanti, ne garantit pas une publicité suffisante à l'égard des tiers. La finalité de la mise en possession, à savoir l'information pleine et suffisante aux yeux des tiers, n'est pas respectée dans le cas d'un nantissement de compte-titres.

---

<sup>309</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20-IV: « Le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte nanti »; Dominique LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 528, p. 404.

<sup>310</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 537, p. 262.

<sup>311</sup> *Id.*, n° 538, p. 263.

<sup>312</sup> P.-J. RAVAIL, préc., note 125, n° 71, p. 66, 67, 198 et 199 :

La vérité est qu'il n'existe aucune impossibilité rationnelle ni juridique à la possession des créances. Pour les créances, comme pour le droit de propriété, la possession consiste, non pas nécessairement dans un exercice plein et entier, mais simplement à en user comme le titulaire lui-même [...] le droit de créance se manifeste par des actes positifs, apparents et visibles. Il a une extériorité ; cette extériorité en constitue la possession.

<sup>313</sup> C. civ., art. 2255 : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

## § 2. Les réformes québécoises

94. La dépossession a été repensée au cours de l'histoire récente du droit positif québécois. La grande réforme de 1991 l'a maintenue dans une vision matérialiste l'obligeant à s'entourer de formalités de substitution (A) et les dernières modifications apportées au *Code civil du Québec* l'ont transformée en créant le concept de maîtrise (B). Elle est désormais bicéphale, à la fois matérielle et fictive.

### A) La dépossession « substituée »

95. Le *Code civil du Québec* a maintenu l'exigence de la dépossession matérielle, héritée du *Code civil du Bas Canada*, comme une condition de validité et d'opposabilité du gage de droit commun. L'article 2702 du *Code civil du Québec* prévoit la remise matérielle du bien ou du titre entre les mains du créancier gagiste. Visant le gage portant sur créances, la remise du titre doit être accompagnée par l'accomplissement des formalités de la cession de créances pour être opposable au débiteur dont la créance est gagée (art. 2710 C.c.Q.). Ces formalités de remise du titre et de signification étaient déjà en vigueur sous le *Code civil du Bas Canada* pour le gage portant sur des créances représentées par des titres négociables et le gage sur des effets de commerce<sup>314</sup>. Le *Code civil du Bas Canada* prévoyait même une dépossession encore plus fictive<sup>315</sup> pour le gage de créances commerciales en admettant la « remise en possession » par l'exécution d'un acte de

<sup>314</sup> Développements antérieurs, voir A) Le rôle de la dépossession dans le gage classique sous le *Code civil du Bas Canada*, p. 22.

<sup>315</sup> L. PAYETTE, préc., note 62, 402, 403, et plus particulièrement 404 :

On sait que la possession du créancier gagiste a pour but d'empêcher le débiteur de tirer à nouveau crédit de l'objet qui est déjà grevé, et d'aviser les tiers que le créancier y a des droits acquis; l'exigence de la dépossession du débiteur est une mesure de publicité, à laquelle l'existence même du contrat de gage est subordonnée. Lorsqu'il s'agit d'une chose corporelle, on conçoit fort bien que cette mesure de publicité suffise. En matière de créances, déjà la simple possession du titre établissant le droit de créance est une piètre mesure de publicité. Est-il possible de croire en plus que la simple signature d'un acte notarié, ou la délivrance d'un acte sous seing privé, soit une mesure de publicité suffisante à l'égard des tiers ?



nantissement conclu chez un notaire ou la remise de l'acte de nantissement sous seing privé au créancier gagiste auxquelles devaient s'ajouter les formalités de signification prévues pour la cession de créances ou éventuellement celles prévues pour l'enregistrement (article 1966 et 1571d) du *Code civil du Bas Canada*). La mise en possession des créances est donc actuellement possible par le jeu de la remise d'un support matériel constatant le droit de créance et de la signification de l'acte constitutif du gage ou de son acceptation par le débiteur de la créance gagée.

**96.** Ces substituts légaux - prévus aussi par le droit français sous l'empire du Code civil français avant la réforme de 2006 - n'offrent qu'une publicité imparfaite à l'égard des tiers<sup>316</sup>. Les commentaires critiques formulés par la doctrine française à propos de l'ancien article 2075 et de la position des tribunaux français peuvent être ici transposées. La remise du titre ne peut procurer la même sécurité que la remise du bien corporel au créancier gagiste, à moins de lui remettre l'original ou un exemplaire unique qui empêcherait le constituant de recouvrer lui-même la créance ou de l'offrir à nouveau au crédit. La remise de la chose corporelle revêt une fonction préventive que la remise du titre ou que la signification de l'acte constitutif ne possèdent pas<sup>317</sup>. Selon Boulanger : « Le droit ne s'incorpore pas dans le titre : ce n'est donc pas avoir une maîtrise utile sur la créance que d'en avoir le titre en mains. La détention matérielle du titre est en soi un fait neutre, sans conséquence<sup>318</sup> ». À l'instar du professeur Dominique Legeais, « il est bien évident, en effet, que la remise du titre de la créance au créancier nanti ne peut avoir une fonction de publicité. Pour les tiers cette remise n'a aucun caractère apparent<sup>319</sup> ». Quant à la signification, elle est un mode de publicité particulièrement rudimentaire et imparfait en comparaison avec la publicité foncière<sup>320</sup>. La signification, « vestige de l'ancien droit, apparaît en effet aujourd'hui comme une formalité archaïque parfaitement inconciliable

---

<sup>316</sup> *Id.*, 404.

<sup>317</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, p. 40, 41, 47, 49 et 61.

<sup>318</sup> J. BOULANGER, préc., note 167, 342.

<sup>319</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, p. 47, à la note 87.

<sup>320</sup> *Id.*, p. 59 et 60.

avec les exigences du commerce juridique<sup>321</sup> ». Le particularisme des sûretés portant sur des créances et même sur d'autres biens incorporels du fait de leur caractère immatériel impose « un degré de perfectionnement des règles de publicité » mobilière qui va au delà de la simple remise ou de la signification de l'acte constitutif de gage<sup>322</sup> afin d'informer les tiers « qui risquent d'être trompés par la clandestinité des actes qu'ils sont intéressés à connaître<sup>323</sup> ».

## **B) La dépossession « par maîtrise »**

97. La réforme de 1991 a permis de conserver le gage avec dépossession afin de répondre notamment aux besoins des particuliers désireux de mettre en garantie leurs créances. Le législateur de 1991 n'a pas ouvert librement l'hypothèque mobilière sans dépossession à toute personne. Le critère distinctif entre les personnes physiques exploitant ou non une entreprise sert à limiter l'accès à l'hypothèque mobilière sans dépossession aux particuliers. Seulement certains biens meubles listés par règlement pourront leur servir d'assiette<sup>324</sup>. Une cohabitation entre l'hypothèque avec ou sans dépossession a donc été mise en place au lendemain de la réforme. Un changement de terminologie s'est également opéré. L'hypothèque avec dépossession est aussi dénommée gage. Le régime juridique du gage de droit commun subsiste toujours, comme en droit français. La dépossession constitue encore et à la fois une condition matérielle de validité et une condition d'opposabilité du gage. Le *Code civil du Québec* présente en effet le gage de manière traditionnelle<sup>325</sup>. Or, dans une décision *Val-Brillant* concernant le gage portant sur des créances représentées par des titres non négociables, la Cour suprême du Canada a aussi

---

<sup>321</sup> *Id.*, n° 95, p. 60.

<sup>322</sup> *Id.*, n° 71 et 77, p. 47 et 49.

<sup>323</sup> F. LAURENT, préc., note 108, n° 488, p. 503.

<sup>324</sup> *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 8058, art. 15.02, modifié suite au *Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (2009) 141 G.O. II, 23A.

<sup>325</sup> Le nouvel article 2702 du C.c.Q. modifié par la L.T.V.M., préc., note 172, insiste sur la remise matérielle du bien ou du titre.

opéré une confusion<sup>326</sup> en remplaçant la remise du titre, en cas d'impossibilité matérielle, par les formalités de signification ou d'acceptation prévues par l'article 1690 du *Code civil du Québec*. De même, la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* (appelée ci-après « L.V.T.M. ») qui a modifié le *Code civil du Québec* sur certaines de ces dispositions entretient ce même amalgame.

**98.** Toutefois, cette récente loi marque une nouvelle étape. Le concept de maîtrise remplace le concept de dépossession. Pour les titres financiers détenus directement et ceux indirectement détenus, la dépossession, sous une conception « rénovée »<sup>327</sup>, est envisagée selon une lecture combinée de la L.V.T.M. et de certaines dispositions du *Code civil du Québec*, de plusieurs manières :

- 1) Par une remise matérielle<sup>328</sup> du certificat négociable ou non négociable<sup>329</sup> ;

<sup>326</sup> Le jugement de la Cour suprême du Canada, *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, rendu avant la modification du C.c.Q. et l'intervention de la L.T.V.M., préc., note 172, faisait de la dépossession une condition de validité et d'opposabilité du gage portant sur des créances représentées par des titres non négociables.

<sup>327</sup> Elle correspond à la définition du mot gage proposée par un auteur français : Marc BILLIAU, « Réflexions sur le gage », J.C.P. 1995.I.3897 : « Le contrat par lequel un tiers ou un débiteur abdique certains droits affectant l'utilité ou la maîtrise d'une chose juridiquement mobilière la soustrayant ainsi du gage commun de ses créanciers pour servir de sûreté à l'un d'eux. »

<sup>328</sup> L.T.V.M., préc., note 172, art. 55:

L'acquéreur de droits sur une valeur mobilière avec certificat en a la maîtrise, lorsque le certificat est au porteur, si la valeur mobilière lui est livrée ou, lorsque le certificat est nominatif, si la valeur mobilière lui est livrée et si le certificat est soit endossé à son nom ou en blanc au moyen d'un endossement valide, soit inscrit à son nom au moment de l'émission initiale ou de l'inscription du transfert par l'émetteur.

<sup>329</sup> La livraison équivaut à la prise de possession du certificat. C.c.Q., art. 2714.7 :

La dépossession opérée par la remise et la détention matérielles de certificats de valeurs mobilières ne requiert pas que ces certificats soient négociables lorsqu'ils représentent des valeurs mobilières visées par la Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés; la dépossession s'effectue par la livraison des certificats conformément à cette loi.

L'article 50 de la L.T.V.M., préc., note 172 : « Une valeur mobilière avec certificat est considérée livrée à l'acquéreur dès qu'il prend possession du certificat ou dès qu'une personne en prend possession pour son compte ou, ayant auparavant pris possession du certificat, reconnaît le détenir pour lui. » Remarque : L'article 50 alinéa 2 envisage des conditions particulières lorsque le certificat est entre les mains d'un intermédiaire.

L. PAYETTE, préc., note 98, n° 896, p. 441 :

Si les valeurs sont représentées par un certificat, sa remise au créancier crée le gage même si le certificat n'est pas négociable (art. 2714.7 C.c.); il est donc fait une exception à la règle de l'article 2702 C.c. suivant laquelle la seule remise matérielle doit conférer le contrôle du bien. La remise de ces valeurs s'effectue par la livraison du certificat (aux porteur ou nominatif même non endossé) au créancier ou à un tiers pour lui, ou encore au moyen de la

- 2) Par inscription dans les registres de la société émettrice pour les valeurs mobilières avec certificat nominatif<sup>330</sup> ;
- 3) ou par titularité ou accord de maîtrise pour les valeurs mobilières détenues directement sans certificat et celles indirectement détenues non représentées (appelés titres intermédiés).

**99.** En dépit de ces récentes modifications, la dépossession demeure imparfaite pour remplir son rôle initial, à savoir celui d'assurer une pleine information légale aux yeux des tiers. Les tiers n'auront pas connaissance de l'accord de maîtrise intervenu entre le débiteur, le créancier gagiste, la société émettrice ou l'intermédiaire sauf si la divulgation est volontairement consentie par le débiteur<sup>331</sup>. Même si les certificats sont remis entre les mains du créancier gagiste, cette mise en possession reste imparfaite à l'égard des tiers susceptibles d'être trompés par l'apparence de crédit du débiteur souhaitant mobiliser à nouveau ses créances gagées.

**100.** Ainsi, la dépossession « substituée » ou « dématérialisée » qui est opérante dans le gage de droit commun québécois ou dans les nantissements ou les gages spéciaux (français et québécois) portant sur des créances, des contrats d'assurance vie ou des valeurs mobilières est insuffisante pour remplir une fonction de publicité vis à vis des tiers, en droit d'être informés de la diminution de la valeur du patrimoine du débiteur. Cette dépossession aux contours singuliers entraîne des incohérences et des incertitudes juridiques affectant les droits régissant les sûretés mobilières en France et au Québec.

---

reconnaissance par un tiers déjà en possession du certificat qu'il détient la valeur pour le compte du créancier gagiste. La disposition du Code (art. 2709 C.c.) exigeant l'endossement en plus de la délivrance est écartée.

<sup>330</sup> L.T.V.M., préc., note 172, art. 55.

<sup>331</sup> *Id.*, art. 57, par. 3 et 114, par. 1.

## **Titre II – Les conséquences liées à la dépossession fictive : entre incohérences et effets juridiques contestables**

**101.** La dépossession est présentement considérée par les législateurs français et québécois comme une condition d’opposabilité et de formation du gage malgré les difficultés multiples et multiformes exposées plus haut. Nous avons vu également que cette “condition-fusion” a subi ces dernières années des transformations lorsqu’il s’agit de l’appliquer aux sûretés relatives à des biens incorporels, comme les créances, les valeurs mobilières, les fonds de commerce ou les biens résultant de la propriété intellectuelle. Cette conception fictive de la notion de dépossession a provoqué des incohérences et des incertitudes juridiques (Chapitre I) ainsi que des effets contestables sur le droit des sûretés mobilières français et québécois (Chapitre II), que nous allons maintenant exposer.

### **Chapitre I - Les incohérences actuelles de la dépossession sur les sûretés portant sur des biens incorporels en France et au Québec**

**102.** L’analyse des différentes catégories de sûretés sur les biens incorporels, tant en France qu’au Québec, révèle que la notion de dépossession a parfois été instrumentalisée et souvent déconceptualisée, si bien qu’elle tend à perdre ses caractéristiques essentielles. Au Québec, l’étude du gage sur des créances non représentées par des titres négociables et du gage sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés permet d’illustrer notre propos (Section I). En France, l’éparpillement des différents régimes de nantissements sur les biens incorporels est le signe à la fois d’une absence de rationalité conceptuelle de la notion de dépossession et d’un manque de cohérence au sein des divers régimes de nantissements portant notamment sur les créances, les biens incorporels et les comptes-titres. Les mêmes

conclusions sont également applicables aux sûretés portant sur des biens dits intellectuels (Section II).

## **Section I- Les incohérences actuelles liées à la dépossession dans le droit positif québécois**

**103.** Si le législateur québécois persiste à concevoir la notion de dépossession comme une double condition de validité et d'opposabilité du gage, ses interventions ont cependant montré des incohérences de sa part sur cette notion qui peuvent s'expliquer soit par des maladresses liées à la technique législative utilisée, soit encore par un refus implicite d'admettre l'hypothèque sans dépossession sur les créances non représentées par des titres négociables (§1). Les complications actuelles concernant le gage sur les créances non représentées par des titres négociables et le gage sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés en sont les témoins (§2). Le concept de dépossession apparaît tout aussi inadapté pour la prise de garantie sur des propriétés dites intellectuelles (§3).

### **§ 1. La dépossession en matière de gage sur créances vue par le législateur québécois**

**104.** Les dispositions concernant la dépossession ont été le fruit de discussions menées à la suite des avant-projets et projets de loi datant des années 1986, 1991 et 1998 - portant sur la réforme du Code civil en matière de sûretés réelles et de publicité des droits - qui ont été repris dans le *Code civil du Québec*. Ces projets de lois seront successivement étudiés sous l'angle du concept de dépossession utilisé en matière de sûretés mobilières incorporelles. Ces analyses permettront de mettre en lumière les ambiguïtés et les incertitudes actuelles du droit positif québécois.

**A) L'avant-projet de 1986 intitulé « Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits<sup>332</sup> »**

**105.** L'exigence de la remise du bien ou du titre a été posée comme une condition essentielle de validité du gage pour la première fois<sup>333</sup> par l'avant-projet de loi de 1986. À la différence de l'hypothèque mobilière sans dépossession qui devait être créée par écrit et publiée par enregistrement, selon l'article 2861 de l'avant-projet, le gage nécessitait autant pour sa constitution que pour sa publicité, « la remise du bien ou du titre au créancier<sup>334</sup> ». Cette approche s'est démarquée du projet de l'Office de révision du Code civil (dénommée ci-après « O.R.C.C. »), datant de 1977, dans lequel la mise en possession n'était pas envisagée sous l'angle de la constitution du gage. Elle équivalait plutôt à une mesure de publicité<sup>335</sup>. Quant au gage sur une créance, l'O.R.C.C. prévoyait la remise d'une copie ou d'un extrait de l'acte constitutif au débiteur de la créance ou son acceptation, mais elle n'envisageait aucunement la remise matérielle du titre même. L'avant-projet de 1986 dépassait donc dans sa rédaction et dans sa conception le mécanisme de « mise en possession » d'un bien hypothéqué tel qu'il avait été envisagé par l'O.R.C.C.<sup>336</sup>. Or, la confusion régnante entre mesure de formation et mesure de publicité autour de la « mise en possession » n'a fait que rendre plus complexe le mécanisme d'hypothèque mobilière sans dépossession nouvellement envisagé. En effet, il était déjà inscrit dans l'avant-projet de 1986 que les particuliers ne pouvaient constituer une hypothèque mobilière sans

<sup>332</sup> Avant-projet de loi de 1986, préc., note 95.

<sup>333</sup> D. PRATTE, préc., note 62, à la page 427.

<sup>334</sup> Avant-projet de loi de 1986, préc., note 95, art. 2666 et 2667.

<sup>335</sup> Jacques AUGER, *Comité d'étude sur les sûretés et la publication des droits réels. Analyse des propositions de l'Office de Révision du Code civil en matière de sûretés*, 15 février 1985, p. 34, soulignait que le gage, dans sa version du C.c.B.C., était « un contrat réel, c'est-à-dire un contrat qui ne se forme que par la remise du bien au créancier. La dépossession était conçue non seulement comme une mesure d'opposabilité, mais aussi comme une condition de formation du contrat ». Dans le projet de l'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2 « Commentaires », t. 1, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 474 et suiv., sous art. 384 et suiv., « la mise en possession du créancier semble n'être qu'une mesure de publicité ».

<sup>336</sup> Les articles 317 et 391 al. 2 dudit projet concernaient la mise en possession lors d'une hypothèque créances : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, préc., note 335, p. 446, 478 et 479, sous art. 317 et 391; ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, *Commentaires concernant l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Montréal, juin 1987, p. 34 et 35 : cette association souhaitait plutôt voir consacrer la mise en possession telle envisagée par l'O.R.C.C. qui retenait des règles cohérentes, simples, claires et bénéfiques.

dépossession que pour assurer le financement d'un meuble qu'ils avaient acquis (article 2841 de l'avant-projet). Dans ces conditions, en dehors de ce cas précis<sup>337</sup>, il était prévu que seule la voie du gage, avec l'exigence de la mise en possession du bien ou du titre<sup>338</sup>, leur était librement ouverte. C'est précisément cette formalité de la remise du titre qui a suscité de nombreux commentaires lorsque les tribunaux ont interprété les textes issus de la réforme de 1991.

## **B) Les projets de loi 125 et 181 portant sur les sûretés réelles et la publicité des droits.**

**106.** Ces deux projets de loi, 125<sup>339</sup> et 181<sup>340</sup>, ont eu pour ambition de réformer l'ensemble des dispositions du *Code civil du Bas Canada* et notamment le droit des sûretés réelles et la publicité des droits. Actuellement, à la lecture des articles 2702 et 2703 du *Code civil du Québec*, la dépossession est présentée comme une double condition d'opposabilité et de formation du gage portant sur les biens corporels (art. 2702 et 2703 C.c.Q.). L'examen comparé et croisé des dispositions du projet de loi initial 125 et du projet de loi final, amendé et puis adopté en 1991, ainsi que du projet de loi 181, démontre que cette condition a été étendue au gage sur des créances représentées par des titres non négociables.

---

<sup>337</sup> Disposition prise dans un souci de protection du consommateur contre les excès du surendettement. Pourtant, la Confédération s'est opposée à cette limitation faisant valoir les avantages qu'un consommateur tirerait d'une hypothèque sans dépossession sur un bien qu'il possède déjà (par exemple, refinancer une dette en vue de réduire le taux d'intérêt qu'il a convenu de payer) : CONFÉDÉRATION DES CAISSES POPULAIRES ET D'ÉCONOMIE DESJARDINS DU QUÉBEC, *Mémoire concernant l'avant-projet de loi intitulé « Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits »*, juin 1987, p. 13 et 15.

<sup>338</sup> France FRADETTE, « Les sûretés réelles : Aperçu des principales nouveautés proposées par la réforme du Code civil », (1986-1987) 89 *R. du N.* 732, 740.

<sup>339</sup> *Code civil du Québec*, projet de loi n° 125 (présentation – 18 décembre 1990), 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis. (Qc) (ci-après « Projet de loi 125 »); *Code civil du Québec*, projet de loi n° 125 (sanction – 18 décembre 1991), 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis. (Qc).

<sup>340</sup> *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*, projet de loi n° 181 (adopté - 31 mars 1998), 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> législ. (Qc) (ci après « Projet de loi 181 »).



107. L'exigence de la mise en possession par la « remise du bien ou du titre », héritée de l'avant-projet de loi 1986<sup>341</sup>, a été reprise dans les articles 2685 et 2686 du projet de loi 125. Ces articles n'ont pas fait l'objet d'amendements et ont été repris tels quels par le *Code civil du Québec* aux articles 2702 et 2703. Ainsi, la mise en possession du créancier gagiste est annoncée, à la fois, comme une formalité constitutive du gage et comme un mode de publication<sup>342</sup>. Le recours à la dépossession résulte également d'autres dispositions du projet de loi 125 de 1991. L'article 2691<sup>343</sup> dudit projet 125 envisageait aussi l'hypothèque mobilière avec dépossession des droits incorporels représentés par des titres. Quant à l'article 2694 du même projet 125, il prévoyait explicitement la possibilité de constituer une hypothèque sur une universalité de créances par la remise du titre au créancier. En revanche, une telle hypothèque devait absolument faire l'objet d'une publicité par inscription au registre mobilier<sup>344</sup>. Enfin, l'article 2693<sup>345</sup> du projet 125 déclarait que

---

<sup>341</sup> QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Projet de loi 125. Code civil du Québec. Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Québec, 1991, Livre VI « Des priorités et des hypothèques », p. 70, sous art. 2685 : Non revendiqué comme tel par le ministre de la Justice dans ses commentaires qui cite comme sources « C.c.B.C. : article 1966 (1) et O.R.C.C. : L. IV, article 317(2) ».

<sup>342</sup> Clairement en ce sens, QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1691. Dans une note additionnelle rédigée en 1991 (présente uniquement dans la première version des *Commentaires détaillés*), le ministre de la Justice reconnaît que l'O.R.C.C. envisageait la mise en possession « plutôt comme un mode de publication de l'hypothèque, mode formel, que comme un mode de constitution, plus substantiel ». Le Ministre poursuit immédiatement :

Cependant, par une interprétation a contrario du second alinéa de l'article 317 O.R.C.C., on comprend qu'un écrit n'est pas nécessaire pour créer cette hypothèque, lorsque celle-ci est publiée par la mise en possession du créancier : c'est dire que la mise en possession du créancier est constitutive de l'hypothèque.

QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, préc., note 341, p. 70 et 71, sous art. 2685 et 2686.

<sup>343</sup> Du Projet de loi 125, préc., note 339, (devenu l'art. 2699 du C.c.Q. avec modifications). QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, préc., note 341, p. 76, sous art. 2691.

<sup>344</sup> Projet de loi 125, préc., note 339, art. 2694 (devenu art. 2711 du C.c.Q. avec modifications) : « L'hypothèque qui grève une universalité de droits incorporels doit, même lorsqu'elle est constituée par la remise du titre au créancier, être inscrite au registre approprié. Sources citées "C.c.B.C. : article 1571 d) et O.R.C.C. : L. IV, article 393 (1)." »; Commentaire : « Cet article reprend, à l'instar du premier alinéa de l'article 393 O.R.C.C., la règle de l'article 1571 d) C.c.B.C. »; QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, préc., note 341, p. 80, sous art. 2694.

<sup>345</sup> Marc BOUDREAU et Pierre CIOTOLA, « Présentation et critique des dispositions du Projet de loi 125 portant sur les sûretés réelles », (1991) 22 *R.G.D.* 697, 740, en appelaient au retranchement de cette disposition puisque selon ces auteurs « cette dépossession se révèle tout à fait inappropriée lorsqu'il s'agit de créances dont le droit n'est pas incorporé dans le titre ». En l'espèce, l'intention du législateur est louable, il semble dissocier en matière d'hypothèque avec dépossession grevant des droits incorporels les formalités de constitution, par remise (idée sous-jacente de la mise en possession) et celles de publicité, par inscription (mesure d'opposabilité aux tiers). Toutefois, la rédaction est malheureuse et prête à confusion.

l'hypothèque qui grève un droit incorporel pouvait se faire avec ou sans dépossession. À la suite de discussions parlementaires<sup>346</sup>, tous ces articles ont fait l'objet d'amendements et ont été adoptés dans le nouveau Code civil sous les numéros 2699, 2710 et 2711.

Le projet de loi 125 tel qu'amendé et en particulier ses articles 2691<sup>347</sup>, 2693<sup>348</sup>, 2694<sup>349</sup> modifiés ont écarté la possibilité de prendre une hypothèque mobilière avec dépossession sur des créances ou des droits incorporels non représentés par un titre négociable.

**108.** À l'évidence, la comparaison entre le projet initial 125 et le projet final permet de faire la lumière sur l'intention du législateur. Il est manifeste que le législateur a voulu limiter l'hypothèque avec dépossession aux seules créances représentées par un titre négociable. Dans son esprit, une hypothèque grevant des droits incorporels devrait toujours faire l'objet d'une inscription, même dans l'hypothèse où ces droits sont représentés par des titres négociables. Sa constitution ne saurait être valable par la simple remise du titre négociable. L'inscription demeurerait pour le législateur une formalité de constitution et d'opposabilité, la remise ne valant jamais dépossession. La volonté du ministre de la Justice

---

<sup>346</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis, 13 novembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi n° 125 – *Code civil du Québec* (18) », p. 792-794, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-34leg1se/fra/Publications/debats/journal/sci/911113.pdf> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>347</sup> L'article 2691 du Projet de loi 125, préc., note 339, devenue l'article 2699 du C.c.Q. : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 346, p. 792 et 793 :

Ces amendements visent à clarifier la règle. L'article 2691 étant situé à la sous-section concernant l'hypothèque mobilière avec dépossession, il ne doit envisager que la publicité par la remise du titre. L'article 2683.1 proposé reprend une règle similaire, mais en envisageant la publicité de l'hypothèque par l'inscription. Enfin, la règle de l'article vise les créances plutôt que les droits incorporels, lesquels ne sont pas constatés dans un titre dont la remise peut permettre de constituer une hypothèque. Quant aux biens représentés par un connaissance, ils sont nécessairement corporels.

<sup>348</sup> Projet de loi 125, préc., note 339, art. 2693, devenu l'article 2710 du C.c.Q. : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 346, p. 794 :

Ces amendements visent à rendre la règle applicable aux créances seulement. En effet, les meubles incorporels ne sont pas constatés dans un titre dont la dépossession permettrait de constituer une hypothèque. De même, il n'y a pas de « débiteurs » des meubles incorporels hypothéqués.

<sup>349</sup> L'article 2694 du Projet de loi 125, préc., note 339, devenue l'article 2711 du C.c.Q. : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 346, p. 795 : « Cet amendement vise à restreindre la portée de la règle à l'hypothèque de créances. L'hypothèque sur des meubles incorporels ne peut être constituée par la remise du titre au créancier. Conséquemment, cette dernière hypothèque sera toujours inscrite. »

de l'époque était pourtant de consacrer de manière « universelle<sup>350</sup> » une hypothèque sans dépossession portant sur tout bien corporel et incorporel dont la publicité s'effectuerait par enregistrement auprès du registre des droits personnels et réels mobiliers<sup>351</sup>. Le législateur en a décidé autrement.

Ainsi, pour les droits incorporels ou les créances représentées par un titre non négociable, l'hypothèque avec dépossession était exclue puisque les amendements ont effacé toute trace d'une telle possibilité dans le projet de loi 125. L'hypothèque avec dépossession sur des créances non représentées par des titres négociables a donc bel et bien été « évacuée<sup>352</sup> » au profit de la création de l'hypothèque mobilière sans dépossession.

Ainsi, la « mise en possession » des créances ou des droits incorporels représentés par des titres non négociables n'a pas été prévue à l'origine. À cet effet, une multitude d'amendements ont été déposés la veille du vote final aux fins de contrecarrer la volonté initiale du législateur. Plus précisément, ce n'est pas moins de mille amendements au projet de Code civil<sup>353</sup> qui ont été déposés et ont donné lieu à des débats âprement nourris<sup>354</sup>. Aussi, le désir du ministre de la Justice de rationaliser le droit des sûretés s'est heurté à une forte opposition qui a eu pour effet d'empêcher la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise<sup>355</sup>. Le changement d'objectif entre la présentation du projet de loi et son adoption est

---

<sup>350</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 3 septembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi n<sup>o</sup> 125 – *Code civil du Québec* (4) », p. 179-241, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-34leg1se/fra/Publications/debats/journal/sci/910903.pdf> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>351</sup> Gil RÉMILLARD, *Mémoire au Conseil de ministres*, Québec, 15 octobre 1990, aussi disponible dans Gil RÉMILLARD, « Présentation du projet de *Code civil du Québec* », (1991) 22 *R.G.D.* 8 et interprétation déductive de l'article 2667 du Projet de loi 125, préc., note 339.

<sup>352</sup> Opinion de D. PRATTE, préc., note 62, à la page 428.

<sup>353</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 12 décembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi n<sup>o</sup> 125 – *Code civil du Québec* (33) », p. 1433 et 1437, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-34leg1se/fra/Publications/debats/journal/sci/911212.pdf> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>354</sup> Gil RÉMILLARD, « Le nouveau Code civil : un véritable contrat social », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 283, aux pages 310 et 311.

<sup>355</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 353, p. 1403-1417.

symptomatique. L'intention du ministre de la Justice de départ était d'unifier les différentes sûretés de l'ancien droit sous un seul et même concept fédérateur et efficace, à savoir la présomption d'hypothèque. Cette intention initiale s'est vue opposer l'argument de l'atteinte à la liberté contractuelle<sup>356</sup>. En effet, les partisans de cette opposition ont rejeté l'idée de requalification en hypothèque de toutes les opérations contractuelles ayant pour effet de garantir l'exécution d'une obligation. Toutefois, dans le cadre d'un compromis<sup>357</sup>, le législateur a consacré l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les personnes physiques exploitant une entreprise et pour les personnes morales. En revanche, les particuliers n'y ont pas eu accès à l'exception toutefois des cas où l'hypothèque porte sur certains biens mobiliers listés par règlement. Il faut dire que l'opposition fut virulente, les discussions parlementaires autour de la possibilité d'ouvrir l'hypothèque sans dépossession aux consommateurs ont été nombreuses, un sous-amendement fut même déposé<sup>358</sup>. Finalement, un compromis a été conclu en ajoutant un membre de phrase finale à l'article 2666.1 du projet<sup>359</sup> comme suit :

À moins qu'elle n'exploite une entreprise et que l'hypothèque ne grève les biens de l'entreprise, une personne physique ne peut consentir une hypothèque mobilière sans dépossession que dans les conditions et dans les formes autorisées par la loi<sup>360</sup>.

Cette disposition permettait de reporter sa mise en œuvre dans une prochaine loi à adopter<sup>361</sup> et laissait entrevoir la possibilité de créer l'hypothèque sans dépossession aux

---

<sup>356</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 4 juin 1991, « Affaires du jour. Projet de loi n<sup>o</sup> 125 – Code civil du Québec », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/Archives-34leg1se/fra/publications/debats/journal/CH/910604.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012) : le ministre de la Justice annonce la poursuite d'une meilleure justice contractuelle en matière d'hypothèque.

<sup>357</sup> Jean-François NIORT, « Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau *Code civil du Québec* de 1994 », (1994) 39 *R.D. McGill* 845, 872.

<sup>358</sup> L'opposition souhaitait exclure l'hypothèque sans dépossession pour les particuliers, ce qui fut rejeté. Ceci montre à quel point le débat parlementaire fut animé, QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 353, p. 1403-1417, notamment p. 1411 et 1412.

<sup>359</sup> Devenu dans le C.c.Q. le fameux article 2683.

<sup>360</sup> Amendement adopté sur division : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 353, p. 1416 et 1417.

<sup>361</sup> Amendement adopté sur division : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 17 décembre 1991, « Affaires du jour. Projet de loi n<sup>o</sup> 125 - Code civil du

personnes physiques. Toutefois, cette intention naïve de l'époque n'avait pas prévu le changement de gouvernement qui allait s'opérer quelques années plus tard. En effet, c'est une nouvelle volonté politique incarnée par un nouveau gouvernement qui fut en charge de débattre autour de cette possibilité visée à l'article 2666.1 précité.

En dépit de l'opinion favorable des organismes professionnels consultés sur la question<sup>362</sup>, cette possibilité d'ouvrir largement l'hypothèque mobilière sans dépossession à des particuliers a rencontré des résistances<sup>363</sup> ou des préjugés tenaces, comme le démontrent les discussions parlementaires de 1991 et de 1998<sup>364</sup> et ce, malgré la ferme volonté de l'ancien ministre de la Justice Gil Rémillard<sup>365</sup>.

---

Québec », p. 11790, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/Archives-34leg1se/fra/publications/debats/journal/CH/911217.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012); L'institut québécois de réforme du droit a été créé à cette fin; Amendement adopté sur division : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 361, p. 11783.

<sup>362</sup> La Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec, La Chambre des notaires et le Barreau du Québec : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 12 février 1998, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 181 - *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* », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-35leg2se/fra/Publications/debats/journal/ci/980212.htm>> (site consulté le 4 mai 2012); QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 11 février 1998, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 181 - *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* », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-35leg2se/fra/Publications/debats/journal/ci/980211.htm>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>363</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 12 février 1998, préc., note 362, intervention du ministre de la Justice M. Serge Ménard en réponse à M. Yves Morency, représentant de la CCPEDQ :

O.K. Alors je peux en conclusion, vous garantir que nous allons prendre en considération vos remarques. Évidemment, le projet de loi qui a été présenté cette fois-ci a une portée très limitée. C'est une première expérience. Vous avez bien fait, comme d'autres groupes, de nous signaler que nous devrions aller plus loin. Je vais mesurer pendant un certain temps les résistances à cela parce qu'il y en a eu. C'est la raison pour laquelle au Québec, on a pris tant de temps à faire cette première étape. Mais c'est certain que les représentations d'un groupe comme le vôtre sont particulièrement éclairantes, parce que vous êtes une coopérative, parce que vous appartenez à vos membres, et à cause de la réputation aussi qu'à le Mouvement Desjardins. S'il n'y paraîtra peut-être pas tellement, quoique les suggestions sont prises en bonne part pour améliorer ce projet de loi n 181, vous pouvez être certain que, pour la suite des choses, votre opinion sera prise en considération.

<sup>364</sup> À la différence du Projet de loi 125, préc., note 339, il n'y a pas eu de joutes politiques lors de la discussion de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, projet de loi n° 181 (sanctionné - 16 avril 1998), 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> législ. (Qc), puisque dès la présentation du projet,

**109.** Les débats parlementaires relatifs au projet 181 datant de 1998 laissent en effet transparaître que le nouveau Ministre de la Justice, Serge Ménard, ne souhaitait pas entamer une réflexion portant sur la publicité de l'hypothèque sur des créances<sup>366</sup>. Le ministre voulait éviter le débat sur l'accessibilité pour les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise à l'hypothèque mobilière sans dépossession et notamment à l'hypothèque mobilière sans dépossession sur leurs créances<sup>367</sup>. Or, cette disposition 2666.1 qui est devenu le fameux article 2683 lors de l'adoption du projet loi 125 dont est issu le *Code civil du Québec* a produit « un effet domino » sur les autres dispositions du projet de loi.

---

l'opposition « collabora positivement » avec le ministre de la Justice, Serge Ménard : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 10 décembre 1997, « Affaires du jour. Projet de loi n° 181 – *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* », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/Archives-35leg2se/fra/Publications/Debats/JOURNAL/CH/971210.htm>> (site consulté le 4 mai 2012). Une légère critique peu appuyée de l'opposition peut transparaître des débats sur le mode législatif envisagé par le gouvernement, soit d'ouvrir par voie de règlement l'hypothèque à d'autres biens meubles. Le spectre du dirigisme étatique une fois dénoncé fut immédiatement présenté sous son meilleur jour : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 364.

<sup>365</sup> Le ministre de la Justice souhaitait admettre largement dans le Code civil le principe de l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les personnes physiques et prévoir les modalités d'application dans une loi spécifique comme la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 353, p. 1403, et QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 361, p. 11783.

<sup>366</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 12 février 1998, préc., note 362, échanges entre Ménard et Dionne; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 19 mars 1998, « Étude détaillée du projet de loi n° 181 – *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* », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-35leg2se/fra/Publications/debats/journal/ci/980319.htm>> (site consulté le 4 mai 2012), échanges entre le ministre de la Justice, Serge Ménard et M. Paquin.

<sup>367</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 25 mars 1998, « Affaires du jour. Projet de loi n° 181 – *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* », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/Archives-35leg2se/fra/Publications/Debats/JOURNAL/CH/980325.htm>> (site consulté le 4 mai 2012), et également QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 19 mars 1998, préc., note 366:

Il serait prématuré de donner suite aux demandes de certains intervenants qui souhaitent que l'hypothèque mobilière puisse porter sur des biens incorporels, telles les créances et même les universalités de créances. J'estime qu'il serait dangereux de permettre maintenant une telle ouverture. En effet, il est important de se donner le temps d'évaluer l'utilisation et le succès que connaîtra l'hypothèque mobilière avant de voir si sa portée pourrait être élargie.

Le projet de loi 181 n'a pas voulu régler cette question laissée en suspens. Les personnes physiques ne pouvaient alors se rabattre que sur l'hypothèque mobilière avec dépossession. C'est dans ces conditions que des difficultés ont surgi à propos de la faculté octroyée aux particuliers de consentir une hypothèque mobilière avec dépossession sur une créance ou sur un droit incorporel représenté par un titre non négociable. Du fait de l'amendement tardif (article 2666.1 du projet 125 devenu article 2683 du *Code civil du Québec*), les parlementaires n'ont pas su combler, faute de s'en apercevoir, l'éventuel vide législatif ainsi créé. En effet, une telle hypothèque mobilière sans dépossession sur ce type de biens n'avait pas été envisagée par le projet de loi 125 visant, initialement, à généraliser l'hypothèque mobilière sans dépossession à toute personne sans discrimination.

**110.** Cette réalité qui ne constitue pas un silence du code<sup>368</sup>, est probablement un oubli involontaire du fait de la discussion parlementaire animée. La volonté du ministre de l'époque cherchant à canaliser toutes les énergies sur l'hypothèque mobilière sans dépossession a vraisemblablement joué sur la conjoncture<sup>369</sup>. En tout état de cause, ces dispositions litigieuses sont ambiguës<sup>370</sup> et pour le moins inadéquates. La seule garantie possible pour les créances représentées par des titres non négociables est l'hypothèque sans dépossession, comme semble d'ailleurs l'affirmer certains auteurs<sup>371</sup> et le laisse penser les commentaires du ministre de la Justice<sup>372</sup>. Le gage sur des droits incorporels ne semblait

---

<sup>368</sup> Maurice TANCELIN, « Les silences du *Code civil du Québec* », (1994) 39 *R.D. McGill* 747, 749, 750 et 756, cet auteur prend deux exemples issus de la nouvelle rédaction du Code civil, l'une concernant la responsabilité civile et légale et l'autre, le statut juridique du corps humain pour stigmatiser les ambiguïtés et les silences tant rédactionnels que substantiels. Il décrit notamment l'ampleur insoupçonnable de tels défauts pour le droit civil.

<sup>369</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 346, p. 781, 782, 790 et 791.

<sup>370</sup> C.c.Q., art. 2699, 2710 et 2711; M. BOUDREAULT et P. CIOTOLA, préc., note 345, 711 et 712.

<sup>371</sup> D. PRATTE, préc., note 62, aux pages 428 et 429; BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire de la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des sûretés concernant l'avant-projet de loi sur la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Montréal, Service de la recherche et de la législation du Barreau, juillet 1987, p. 69; Louis PAYETTE, « Le nouveau Code civil et les sûretés mobilières », dans « Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1991)*, Montréal, 1991, p. 53, à la page 58.

<sup>372</sup> QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, préc., note 341, p. 77-79, sous art. 2692 et 2693. Sous l'article 2693 :

On remarquera que l'hypothèque sur des droits incorporels n'est pas obligatoirement publiée par la mise en possession du créancier, puisqu'elle peut être constituée sans dépossession. Les propositions de l'O.R.C.C. conduisaient à recourir à des équivalences

pas possible dans l'esprit du législateur. Pourtant, la Cour suprême du Canada<sup>373</sup> a retenu une solution inverse et le législateur l'a encore récemment admis pour le gage sur des valeurs mobilières qui peuvent être représentées par des titres non négociables (nouvel article 2714.7 C.c.Q. issu de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*).

## § 2. Les difficultés actuelles en matière de gage sur les créances et de gage sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés

111. La dépossession persiste à jouer un rôle d'importance dans le mécanisme du gage sur des créances pris par les particuliers et du gage sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés. Ces gages, objet de préoccupation des tribunaux et récemment du législateur, sont d'une nature particulière puisqu'ils concernent soit des créances représentées par un titre non négociable, soit des valeurs mobilières dématérialisées et/ou représentées par des titres négociables ou non négociables. La question de la dépossession de ces biens s'est donc posée avec beaucoup d'acuité depuis la célèbre affaire rendue par la Cour suprême du Canada, connue sous le nom de *Val-Brillant*<sup>374</sup>. La position des juges majoritaires opérant une large interprétation des mots « bien » et « titre » visés aux articles 2702 et 2709 du *Code civil du Québec* afin d'admettre le gage sur des créances représentées par des titres non négociables pour des particuliers sera d'abord analysée (A). Les critiques envers cette décision judiciaire émises tant par les juges dissidents que par la communauté juridique<sup>375</sup> seront examinées, ainsi que les impacts de cette décision qui a vraisemblablement conduit le législateur à adopter la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* (B). Toutefois, de ce texte législatif une

---

artificielles et ambiguës, en énonçant, par exemple, que la mise en possession se fait par la remise d'une copie de l'acte au débiteur.

<sup>373</sup> Les juges majoritaires dans la décision *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, en fournissant une interprétation des travaux préparatoires du C.c.Q., ont admis la possibilité d'un gage sur ce type de biens.

<sup>374</sup> *Id.*

<sup>375</sup> D. PRATTE, préc., note 62, à la page 443; P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 72-74.



multitude de difficultés ont jailli notamment au sujet des sûretés portant sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés (C) ainsi que sur les produits d'assurance-vie (D).

### **A) La position des juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Val-Brillant***

**112.** Les juges de la Cour suprême du Canada se sont interrogés sur la validité et l'opposabilité d'un gage consenti par des particuliers sur des créances représentées par des titres non négociables. Cette question n'est pas étonnante. La réforme du *Code civil du Québec*, résultant de l'adoption des projets de loi 125 et 181, n'a pas été pleinement satisfaisante sur plusieurs points, notamment en ce qui concerne le droit pour une personne qui n'exploite pas une entreprise de consentir une hypothèque sans dépossession sur ses créances ou sur les droits incorporels qu'elle détient. La question de savoir si un individu pouvait hypothéquer son épargne personnelle représentée par un certificat de placement a été posée par les praticiens<sup>376</sup>. Ce certificat de placement devait-il être remis au créancier gagiste pour constituer un gage ? En tout état de cause, on pouvait dès lors s'interroger sur le sort des titres n'ayant valeur que de reçu et ne matérialisant en rien la créance de l'épargnant<sup>377</sup> ? Il était donc prévisible que les juges de la Cour suprême du Canada soient appelés à statuer sur cette question restée en suspens en raison du jeu des amendements parlementaires<sup>378</sup> et de l'expression politique du moment<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> Alain ROBERGE, « Les sûretés réelles en pratique, au premier anniversaire du *Code civil du Québec* » dans *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, Gil RÉMILLARD (dir.), coll. « Études critiques », Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 131, à la page 135.

<sup>377</sup> *Id.*, aux pages 137 et 139.

<sup>378</sup> Voir nos développements précédents, p. 86.

<sup>379</sup> Aline GRENON, « La protection du consommateur et les sûretés mobilières au Québec et en Ontario: "solutions" distinctes? », (2001) 80 *R. du B. can.* 917, 933 et 934 : le mémoire de l'Office de la protection du consommateur a clairement eu une incidence directe sur les dispositions adoptées par la Projet de loi 181, préc., note 340.

**113.** Les faits concernaient un couple de rentiers qui avait cotisé à un régime enregistré d'épargne retraite (REER). Ces sommes avaient été déposées à la Caisse populaire qui avait émis au nom de Fiducie Desjardins, des certificats de dépôt non négociables, ni transférables et ni remboursables avant échéance, prévue en 1998. En 1997, les époux ont contracté un prêt auprès de la Caisse Desjardins. À cette occasion, ils ont offert en garantie les sommes accumulées sur leur compte épargne REER. Ensuite, les époux ont fait cession de leurs biens. Sur demande, la Caisse a encaissé le paiement des certificats de dépôt auprès de Fiducie Desjardins. Le syndic a contesté le statut de créancière garantie à la Caisse et lui a donc réclamé le plein montant des sommes qu'elle avait reçues de Fiducie Desjardins.

**114.** Selon les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, notamment l'honorable juge Gonthier, les termes « biens ou titres » utilisés aux articles 2702 et 2703 du *Code civil du Québec* sont suffisamment larges pour inclure les créances représentées par un titre non négociable : le législateur ne fait pas de distinction entre les titres (par.5). L'honorable juge Gonthier a procédé au raisonnement suivant : la simple tradition matérielle du titre non négociable qui constate une créance n'est pas suffisante pour conférer au créancier une véritable détention du titre au sens de l'article 2703 (C.c.Q.) (par. 14) car elle n'emporte pas la maîtrise effective de la créance. Elle ne saurait donc à elle seule constituer la remise exigée à l'article 2702 (C.c.Q.). Ce serait donc la raison pour laquelle le législateur aurait prévu un tel mécanisme à l'article 2710 (C.c.Q.) permettant ainsi au créancier hypothécaire d'obtenir la maîtrise effective de la créance hypothéquée en rendant son droit opposable au débiteur de la créance, de la même manière qu'une cession de créances. Ainsi, selon les juges majoritaires :

[U]ne 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'article 1641 du *Code civil du Québec*. (par. 28)

En l'espèce, toujours selon le banc majoritaire, la Caisse avait obtenu la maîtrise effective des créances données en garantie puisque l'acte d'hypothèque prévoyait les clauses suivantes :

Advenant un cas de défaut prévu au contrat de crédit, la caisse est autorisée, de façon irrévocable, à demander à Fiducie Desjardins inc. le paiement de la totalité ou d'une partie des sommes hypothéquées de façon à remédier à tel défaut, jusqu'à concurrence du montant de la présente hypothèque. [...] seule la caisse est autorisée à percevoir la créance auprès de Fiducie Desjardins inc.

En conclusion, la Cour suprême du Canada a considéré que la Caisse disposait d'une hypothèque mobilière avec dépossession valide et opposable au syndic.

## **B) Les critiques et les impacts d'une telle décision**

**115.** Il ne s'agit pas, ici, de reprendre tous les arguments formulés tant par les juges majoritaires que dissidents, ou encore par la doctrine<sup>380</sup> ayant analysé cette décision. Nous nous limiterons à certains commentaires comportant un lien direct avec le contenu de nos travaux. Les critiques majeures ont été formulées par la juge dissidente dans cette affaire, dont nous reprendrons les points forts de son opinion (a). Nous tenterons ensuite de cerner les retentissements d'une telle décision (b).

---

<sup>380</sup> Notamment P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62; D. PRATTE, préc., note 62; Michel DESCHAMPS, *Les sûretés sur les valeurs mobilières*, Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, Hôtel Inter-continental, 23 septembre 2003 [non publié]; Pierre D'ETCHEVERRY, *L'affaire Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant : la Cour suprême rend possible la prise en garantie des placements des particuliers*, Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, Hotel Inter-continental, 23 septembre 2003 [non publié]; Jacques DESLAURIERS, « Commentaire sur la décision *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin* – L'hypothèque des sommes déposées dans un REER : Dans le *Code civil du Québec*, le législateur a-t-il trop voulu protéger le consommateur en lui limitant l'accès aux sûretés mobilières? », dans *Repères*, juin 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003REP9.

a) Le refus de la dissidence d'admettre le gage de biens incorporels pour les personnes physiques

**116.** Selon l'honorable juge Marie Deschamps (dissidente), seuls les titres négociables peuvent faire l'objet d'un gage :

Seul un effet de cette nature permet la constitution, la publicité, l'opposabilité et l'exercice des droits inhérents à la sûreté par la simple remise du titre. Cette analyse ne dépend pas du choix entre une interprétation large ou une interprétation restrictive. Elle est fondée sur le concept même du gage et sur une analyse globale des textes adoptés par le législateur lors de la réforme du Code civil. (par. 80)

Elle a rappelé le contexte politique particulier lors du processus législatif. L'amendement de l'article 2683 du *Code civil du Québec* limitant l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les particuliers fut déposé six jours avant l'adoption finale par l'Assemblée Nationale, sous la pression des groupes de consommateurs<sup>381</sup>.

Les analyses détaillées<sup>382</sup> des travaux parlementaires tant du projet de loi 125, initial et final, que du projet de loi 181 confirment les conclusions de la juge dissidente :

[L]a règle de l'article 2683 C.c.Q. traduit un choix de politique législative clair. Ni les commentaires des auteurs, émis avant la réforme, ni les dispositions finalement adoptées ne semblent soutenir l'affirmation voulant que la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession doivent être élargie.

Poursuivant, elle a souligné les commentaires du ministre de la Justice, Serge Ménard, qui, en 1998, a continué sur cette voie en refusant d'englober les REER dans les biens susceptibles d'hypothèques<sup>383</sup>. Dans la même veine, elle a fini par déclarer :

---

<sup>381</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, par. 94 et 95.

<sup>382</sup> Voir nos développements précédents, § 1. La dépossession en matière de gage sur créances vue par le législateur québécois, p.86.

<sup>383</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, par. 98.

Dans ce contexte, je ne puis en conclure que le législateur ait voulu rendre plus facile pour les consommateurs l'accès à l'hypothèque, avec ou sans dépossession. Il est clair que l'accès au crédit est facilité indirectement par la modernisation des institutions, mais il ne l'est pas, de façon directe, par l'élargissement du concept du gage<sup>384</sup>.

Mais au delà de l'esprit des textes, l'honorable juge Deschamps a considéré que l'approche retenue par les juges majoritaires était également critiquable en ce qu'elle exigeait un écrit comme mode de constitution du gage d'un titre non négociable alors que l'article 2696 du Code civil ne le prescrivait que pour l'hypothèque mobilière sans dépossession qui est, de surcroît, assujettie à l'inscription au Registre des droits personnels et réels mobiliers. La solution des juges majoritaires lui est donc apparue contraire à la logique découlant de l'instauration d'un tel registre<sup>385</sup>.

En tout état de cause, selon l'honorable juge Deschamps, l'exigence de l'écrit est incompatible avec la notion de gage<sup>386</sup> et, ce même si les régimes juridiques français ou suisse en ont fait une condition de constitution du gage. Le Québec a fait un choix de politique législative distinct<sup>387</sup>. Avant de conclure, l'honorable juge n'a pas hésité à affirmer que, sur un plan théorique, l'approche des juges majoritaires consistait à confondre les règles relatives à la constitution du gage (art. 2702 C.c.Q.) avec celles concernant son opposabilité au débiteur de la créance (art. 2710 C.c.Q.), ce qui est contraire à l'article 2702 dudit code selon lequel le gage est constitué par la seule remise du titre<sup>388</sup>. Nous partageons sur ce point son opinion. Nous émettons toutefois quelques réserves sur les termes même de sa conclusion. La brillante démonstration juridique de la juge Deschamps essentiellement fondée sur la lecture combinée des articles du Code civil et des travaux préparatoires aurait simplement suffi à refuser la validité et l'opposabilité d'un gage sur des titres non négociables. Elle a, vraisemblablement dans un excès de précaution, motivé avec trop de précision les termes de sa conclusion laissant en ce sens deux échappatoires possibles.

---

<sup>384</sup> *Id.*, par. 99.

<sup>385</sup> *Id.*, par. 104 et 106.

<sup>386</sup> *Id.*, par. 107.

<sup>387</sup> *Id.*, par. 111 et 112.

<sup>388</sup> *Id.*, par. 108.

117. Premièrement, selon l'honorable juge Deschamps, la Caisse Desjardins ne maîtrisait pas véritablement la sûreté par la seule détention des certificats de dépôt. Cette détention ne conférait à la Caisse aucun droit qui lui permettait de percevoir sans formalité le capital à échéance<sup>389</sup>. Selon notre opinion, cette affirmation fait fi des clauses du contrat dument acceptées par les parties qui prévoyaient clairement la perception directe et sans autorisation du capital, en cas de défaillance du débiteur. Par ailleurs, cette brèche ouverte est très facile à colmater pour les praticiens comme pour les légistes. Pour preuve et nous nous en expliquerons en détails plus tard, la loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés a prévu un accord de maîtrise pour permettre le gage de créances représentées par des titres non négociables et le gage de valeurs mobilières.

Deuxièmement, l'honorable juge a déclaré que le *Code civil* ne définit pas ce qu'est un titre négociable. Il n'est donc pas interdit aux parties de convenir expressément de la négociabilité d'un titre<sup>390</sup>. En l'espèce, les parties ne l'avaient pas fait. Elle en a conclu que la Caisse Desjardins n'était donc pas en mesure d'opposer au syndic une sûreté valablement constituée<sup>391</sup>. Cette interprétation des textes laisse entrevoir une autre échappatoire possible pour les parties. Elles pourraient convenir du caractère négociable du titre et valablement opposer un tel gage sur un titre « conventionnellement » négociable. Une telle ouverture laisse perplexe compte tenu du raisonnement précédemment tenu par la juge Deschamps privilégiant plutôt une lecture conciliant à la fois l'exégèse des textes et la philosophie qui sous-tend le gage. Il va sans dire que la décision Val-Brillant n'a pas laissé les juristes

---

<sup>389</sup> *Id.*, par. 118.

<sup>390</sup> *Id.*, par. 119 et 120, pour les propos de l'Honorable juge Marie Deschamps :

[119] Le mot « titre », à l'art. 2702 C.c.Q., ne peut être interprété hors contexte. Le concept de gage ne peut s'appliquer à un document dont la possession ne confère en soi aucun droit. De plus, l'historique législatif démontre que le gage d'une créance doit conférer au gagiste une possession lui permettant de percevoir la créance. La Caisse ne détient donc pas une hypothèque valide étant donné qu'elle ne détient pas un titre lui conférant ce droit.

[120] Le *Code civil du Québec* ne définit pas ce qu'est un titre négociable, comme le fait la *Loi sur les lettres de change*. Il n'interdit pas aux parties de convenir expressément qu'un titre sera négociable. Dans le présent cas, elles ne l'ont pas fait. La Caisse n'est donc pas en mesure d'opposer au syndic une sûreté valablement constituée.

<sup>391</sup> *Id.*, par. 120.

indifférents tant son impact aura eu des conséquences certaines sur le droit québécois des sûretés mobilières.

#### b) Les retentissements de l'affaire Val-Brillant

**118.** Cette décision *Val-Brillant* a suscité quelques remous. La dissidence des juges de la Cour suprême fut le premier signe avant-coureur d'un débat possible autour de la question du gage de créances représentées par des titres non négociables. Néanmoins, certains praticiens l'ont bien accueillie<sup>392</sup>. Faisant écho à leurs propositions, elle répondrait aux besoins des institutions financières souhaitant prendre en garantie les placements financiers de leurs clients, personnes physiques n'exploitant pas d'entreprise<sup>393</sup>. En fait, les critiques proviennent surtout de la communauté universitaire. Dans un premier temps, les conséquences de cette décision jurisprudentielle sur le mécanisme juridique du gage seront examinées (*i*). Dans un second temps, nous nous attarderons sur la réaction de la pratique et plus particulièrement celle du monde des affaires concernant la prise des sûretés sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés. Se pose la question de savoir si le gage constitue un outil adapté à des biens dématérialisés (*ii*).

#### *i*) Les conséquences de l'affaire *Val-Brillant*

**119.** De manière unanime, la communauté juridique s'est émue de voir dans cette décision une déformation du concept traditionnel du gage. À juste titre, certains auteurs ont analysé la solution rendue dans l'affaire *Val-Brillant* comme une régression du gage<sup>394</sup> ou un retour à la cession de créances de l'ancien droit<sup>395</sup>. Ils l'ont qualifiée même d'hypothèque mobilière sans dépossession déguisée<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, p. 380-391, notamment p. 390 et 391; M. DESCHAMPS, préc., note 380.

<sup>393</sup> P. D'ETCHEVERRY, préc., note 380, p. 8.

<sup>394</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 12; D. PRATTE, préc., note 62, à la page 443.

<sup>395</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 50 et 51; M. DESCHAMPS, préc., note 380, n° 2.1.5, p. 6.

<sup>396</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 12.

**120.** Il faut dire que la création prétorienne de la notion intellectuelle de la « maîtrise effective » est sujet à la critique compte tenu du dogme tenace de la matérialité du gage. La remise matérielle est intrinsèquement attachée au concept juridique du gage. Ainsi, l'intellectualisation du gage est une voie difficile d'accès pour certains juristes. La juge dissidente dans cette décision avait, elle aussi, rappelé que la remise du titre constitue un « geste concret et non une opération virtuelle<sup>397</sup> ». Les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont fait œuvre législative en permettant un tel gage non envisagé par les textes législatifs<sup>398</sup>. Ils ont repris inconsciemment la notion de possession, élaborée par Jhering et caractérisée par les concepts d'extériorité et de visibilité, appliqués au droit de gage de créances non représentées par un titre. Les termes de la décision de la Cour suprême du Canada sont frappants; les juges majoritaires retiennent la notion de maîtrise effective des créances remises en gage.

Cette interprétation a entraîné certaines conséquences fâcheuses : en plus de créer une confusion totale entre les mesures de constitution et d'opposabilité du gage, ce nouveau type de gage instaure un régime de publicité occulte et parallèle au registre des droits personnels et réels mobiliers (dénommé le plus souvent sous l'acronyme "RDPRM") mis en place pour l'hypothèque mobilière sans dépossession. Loin d'uniformiser les mécanismes de publicité, cette décision jurisprudentielle ajoute des nouvelles conditions de garantie. Il s'ensuit des risques possibles de conflits de collocation avec d'autres créanciers<sup>399</sup>. Ces constatations ont d'ailleurs motivé, à raison, les auteurs à solliciter l'intervention du législateur<sup>400</sup>.

<sup>397</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, par. 105.

<sup>398</sup> L'analyse de la dissidence, *id.*, par. 116 :

Malgré l'attrait que l'approche proposée par la juge Gonthier présente, je ne puis me résoudre à l'accepter. Ce serait pour moi, ajouter au texte et y substituer une vision de ce que le texte devrait être alors qu'un choix clair a été fait par le législateur en 1991. Ce serait, pour moi, récrire le Code.

De cet avis, P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 72-74; D. PRATTE, préc., note 62, à la page 443.

<sup>399</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 34 et 64.

<sup>400</sup> *Id.*, 72-74; D. PRATTE, préc., note 62, à la page 443.



ii) Le gage des valeurs mobilières dématérialisées :  
une hérésie ?

**121.** Il faut reconnaître que la décision *Val-Brillant* n'a pas réglé non plus la question du gage sur des placements financiers non représentés par des titres négociables qui ne constituent pas des créances<sup>401</sup>. Par exemple, un courtier ou une banque *via*, par exemple, sa filiale de courtage, peut détenir pour le compte d'un particulier des valeurs mobilières représentant ou non des créances. Dans quelles conditions pourra-t-il les offrir en gage ?

La réponse nécessite quelques explications sur la réalité des transactions portant précisément sur les valeurs mobilières ou sur les titres dits intermédiés. Rappelons que s'il s'agit d'une action au porteur ou nominative, le gage ne pose aucune difficulté pratique et reste possible selon l'article 2709 du *Code civil du Québec*. Dans ce cas, les particuliers qui sont des investisseurs sont alors, soit détenteurs de certificats matérialisant les titres au porteur, soit inscrits dans les registres de la société émettrice<sup>402</sup>. Toutefois, cette forme de détention dite directe engendrant des coûts en temps et en moyens lors des transactions financières s'est raréfiée, voire n'a quasiment plus cours dans le monde financier actuel.

**122.** Depuis la célèbre « crise de l'engorgement du papier » de Wall Street survenue à la fin des années 60, la majorité des valeurs mobilières sont désormais indirectement détenues par les investisseurs. De plus, elles sont le plus souvent dématérialisées et échangées sur des marchés boursiers. Ainsi, les investisseurs n'apparaissent plus dans les registres tenus par l'émetteur et n'ont pas davantage la possession effective des

---

<sup>401</sup> P. D'ETCHEVERRY, préc., note 380, p. 9.

<sup>402</sup> Christophe BERNASCONI, *La loi applicable aux actes de disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte*, Document préliminaire n° 1, Conférence de La Haye de droit international privé, novembre 2000, p. 19, en ligne : <[http://www.hcch.net/upload/sec\\_pd01f.pdf](http://www.hcch.net/upload/sec_pd01f.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012); Philippe PEACH, « 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 », *Rev. dr. unif.* 2005.10.36.

certificats<sup>403</sup>. Dans ces conditions, il s'agit de valeurs mobilières dématérialisées ou indirectement détenues. Aujourd'hui, la majorité des valeurs mobilières échangées sur les marchés boursiers sont centralisées et détenues par un nombre limité de dépositaires centraux de titres nationaux et internationaux<sup>404</sup>.

Ce système de détention indirecte adopte une structure dite pyramidale. Le niveau supérieur est constitué par les dépositaires centraux. Pour exemple, la majorité des titres émis par les Etats et ceux d'un grand nombre de grandes sociétés sont détenus par ces institutions. En présence de certificats représentant les titres, ils sont conservés dans les coffres-forts des dépositaires centraux et les titres nominatifs sont inscrits dans les registres des émetteurs au nom du dépositaire central. Dans cette organisation, le niveau inférieur est constitué d'institutions financières, de courtiers, d'investisseurs professionnels qui ont des liens contractuels directs avec les dépositaires centraux et dont les droits sur les titres font l'objet d'inscription de compte. Ces participants détiennent les droits sur des titres, soit pour leur compte propre, soit pour celui de leurs clients. Quoi qu'il en soit, l'émetteur ne traitera qu'avec le dépositaire central qui, lui, traitera, à son tour, avec les intermédiaires. Au bas de la pyramide, se trouve l'investisseur qui n'apparaît ni dans les registres de l'émetteur, ni dans ceux du dépositaire central qui détient les titres de ces seuls participants. Ainsi, entre l'investisseur et le dépositaire central, une chaîne d'intermédiaires financiers s'égrene. Dans leurs registres figurent les titres détenus par leurs clients. Le compte est devenu la source première du droit de l'investisseur et a supplanté le certificat<sup>405</sup>.

---

<sup>403</sup> Christophe BERNASCONI, préc., note 402, p. 12-14; Hubert DE VAUPLANE, « De la détention nationale à la détention internationale de titres : où sont les titres? », dans *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Conseil national du crédit et du titre, Paris, mai 1997, p. 147, à la page 157; P. PEACH, préc., note 402, 43; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1<sup>ère</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis., 8 mai 2008, « Affaires courantes. Projet de loi n° 47 — Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/fra/38legislature1/Debats/journal/ch/080508.htm>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>404</sup> Christophe BERNASCONI, préc., note 402, p. 12, par exemple, DTCC (Depository Trust & Clearing Corporation) aux Etats Unis, CDS (Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée) au Canada; Euroclear et Clearstream en Europe; Eric T. SPINK et Maxime A. PARÉ, « The uniform Securities Transfert Act : Globalized Commercial Law for Canada », (2004) 19 *Banking & Finance Law Review* 321, 324-330.

<sup>405</sup> H. DE VAUPLANE, préc., note 403, à la page 157.

Ainsi, dans ce nouveau système de détention indirecte, l'investisseur n'a plus de lien direct avec l'émetteur. Au Canada<sup>406</sup>, les droits se rapportant aux titres font l'objet d'inscription en compte auprès d'une Chambre de compensation agréée par l'Autorité des marchés financiers, (remplaçant l'ancienne Commission des valeurs mobilières). À l'heure actuelle, il existe deux chambres de compensation au Québec : la Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée appelée « CDS » et la Corporation canadienne de compensation des produits dérivés ( CDCC ). Elles ont été agréées par l'Autorité des marchés financiers.

**123.** Jusqu'à l'adoption de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*, sanctionnée le 20 juin 2008, seules les valeurs mobilières et les titres inscrits auprès d'un membre de CDS pouvaient constituer un gage par inscription en compte conformément aux dispositions 10.2, 10.3 et 10.5 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Dans cet ancien état du droit, la décision *Val-Brillant* avait conduit, à juste titre, certains auteurs à s'interroger sur le bien-fondé de cette différence de traitement entre le gage de créance négociable ou non négociable ou le gage de valeurs mobilières dématérialisées et intermédiées<sup>407</sup>. Quels étaient les critères de distinction pour appliquer le gage du Code civil ou celui issu des dispositions spéciales ? Est-ce l'existence d'un rapport débiteur-créancier ? Autant de questions laissées en suspens.

L'instauration de plusieurs régimes de gage différents pour prendre en garantie, en fait, le droit de percevoir la valeur d'un actif financier n'a pas fait l'unanimité parmi les juristes. Ces incohérences ainsi dénoncées devaient plutôt inciter le législateur à promouvoir l'instauration de règles précises et uniformes de constitution et de réalisation d'hypothèque mobilière sur ce type de biens incorporels. L'état du droit des sûretés mobilières aurait pu s'en trouver enrichi<sup>408</sup>. Le législateur ne l'a malheureusement qu'à moitié compris en

---

<sup>406</sup> Martin JANNELLE, *Les enjeux du droit des sûretés grevant des valeurs mobilières indirectement détenues en Amérique du Nord*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, octobre 2005, notamment p. 2-59.

<sup>407</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 56; M. DESCHAMPS, préc., note 170, 203 et 204.

<sup>408</sup> Entre l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, et l'adoption de la *L.T.V.M.*, préc., note 172, deux affaires publiées et rendues par des cours supérieures ont appliqué le même raisonnement tenu dans l'affaire *Val-Brillant : Fercal Inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004]

adoptant récemment la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*<sup>409</sup>.

Rappelons qu'avant l'adoption de cette loi un praticien, M. Pierre d'Echeverry<sup>410</sup>, avait tenté d'appliquer la solution de l'arrêt *Val-Brillant* pour rendre possible le gage de valeurs mobilières détenues indirectement par les particuliers *via* leur courtier qui lui détenait un compte auprès de la CDS. Pour cet auteur, le raisonnement tenu par les juges majoritaires dans *Val-Brillant* était transposable dans une telle hypothèse dans la mesure où le créancier avait la maîtrise effective des valeurs mobilières. Sur ce point, nous partageons plus volontiers, mais avec quelques réserves<sup>411</sup>, l'avis d'un autre auteur, Maître Michel

---

R.D.F.Q. 65 (C.S.), le juge a retenu la validité et l'opposabilité d'une hypothèque avec dépossession sur un contrat de rente viagère en relevant que le créancier possédait la maîtrise effective de sa créance (par. 44), qu'il était le seul à avoir le droit de percevoir les versements provenant du contrat de rente (par. 49) et compte tenu de l'acquiescement par le débiteur cédé, l'hypothèque mobilière était opposable au ministre (par. 43 et 48). En appel, la juge a considéré que le ministre détenait une créance prioritaire. Le créancier hypothécaire n'ayant pas exercé ses recours et n'est donc pas devenu propriétaire de la rente, le droit de percevoir la rente revenait en priorité au sous-ministre (*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Fercal inc.*, 2006 QCCA 68, par. 42 et 47). Dans le même sens, *L.B. c. Caisse populaire de Frampton*, [2004] n° AZ-50254137 (C.S.), le juge a repris les motivations du juge Gonthier dans l'arrêt *Val-Brillant* en considérant que le créancier détenait le contrôle effectif des sommes accumulées sur le Registre Enregistré d'Épargne Retraite (par. 45). Par ailleurs, le débiteur de la créance avait consigné l'acte d'hypothèque et avait, de surcroît, reçu un avis d'opposabilité. L'hypothèque était donc opposable conformément aux articles 2710 et 1641 du C.c.Q. (par. 51). Point intéressant dans cette affaire, le juge a assimilé le gage portant sur un Registre Enregistré d'Épargne Retraite à une hypothèque sur créances en ce sens « qu'il n'est pas visé par le livre portant sur les recours hypothécaires » (par. 58). Le préavis n'était donc pas nécessaire pour valider la perception des sommes provenant du Registre Enregistré d'Épargne Retraite (par. 59). Faudrait-il comprendre que l'article 2743 s'appliquerait alors pour le gage sur créances? Pour étayer sa démonstration sur ce point, le juge a renvoyé de manière générale à l'arrêt *Val-Brillant* et a cité un extrait de l'ouvrage de Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, sans référence précise :

Le créancier garanti par une hypothèque sur des créances ne tombe pas sur le coup des règles prévues au chapitre cinquième pour l'exercice un droit de perception. Il n'a pas l'obligation de donner un préavis d'exercice en vertu de ces dispositions aux fins de percevoir les comptes-clients, les loyers, ou les autres créances qu'on lui a hypothéquées. (par. 58)

Dans une autre affaire rendue en appel, l'arrêt *Val-Brillant* fut mentionné, mais pas appliqué pour une clause contenue dans un contrat de Registre Enregistré d'Épargne Retraite qui ne constituait, selon le juge, ni une cession de créances conforme à l'article 1641 du C.c.Q., ni une hypothèque : *Bélanger (Syndic)*, [2003] n° AZ-50210712, par. 23, 24 et 26 (C.A.).

<sup>409</sup> L.T.V.M., préc., note 172.

<sup>410</sup> P. D'ETCHEVERRY, préc., note 380, p. 10-12.

<sup>411</sup> Nous émettrons nos commentaires à l'occasion de l'examen critique de la L.T.V.M, voir nos développements ci-après.

Deschamps<sup>412</sup>. Ce dernier a considéré que les dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières* pouvaient tout simplement s'appliquer lors d'un gage au profit d'un membre de la CDS, sans avoir recours à la solution donnée dans l'affaire *Val-Brillant*. Le créancier gagiste détiendrait alors indirectement des valeurs mobilières, virées ou non sur un compte au nom d'un membre de la CDS en vertu d'une entente conclue<sup>413</sup> avec le courtier de l'investisseur privé. Dans cette hypothèse, l'application combinée des dispositions du Code civil, notamment son article 2705 qui prévoit le gage par entiercement<sup>414</sup>, et celles de la *Loi sur les valeurs mobilières* seraient, selon Maître Deschamps, suffisantes. Il ne serait donc pas nécessaire de recourir à la solution rendue dans l'arrêt *Val-Brillant*.

**124.** Depuis l'entrée en vigueur, le 10 janvier 2009, de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*, les valeurs mobilières et tout titre négociable ou non négociable détenus directement ou indirectement par un investisseur peuvent désormais faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession à condition de conférer la maîtrise des valeurs ou des titres au créancier gagiste. Cette loi distingue le gage sur des valeurs mobilières directement détenues et indirectement détenues. Le nouveau dispositif prévoit quatre modes possibles<sup>415</sup> : par livraison, par inscription, par titularité ou par accord de maîtrise. L'accord de maîtrise intervient dans deux situations possibles; le gage sur des valeurs mobilières détenues directement et non représentées par un certificat et le gage des valeurs mobilières détenues indirectement que l'on nomme alors des titres intermédiés. Cet accord de maîtrise pourrait être conclu entre l'émetteur, l'investisseur et le créancier ou encore entre l'intermédiaire, le créancier gagiste et le titulaire pour constituer et rendre opposable le gage sur des valeurs mobilières ou sur des titres intermédiés<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> M. DESCHAMPS, préc., note 380, n° 3.1.3 et 3.1.4, p. 9 et 10.

<sup>413</sup> *Id.*, n° 3.1.4, p. 10.

<sup>414</sup> Ou tout simplement par le jeu des articles 2702 et 2705 du C.c.Q., par interversion de titre, le courtier pourrait détenir valablement des valeurs mobilières dématérialisées pour le compte de son client, personne physique, dans ce sens L. PAYETTE, préc., note 408, p. 371.

<sup>415</sup> L.T.V.M., préc., note 172, art. 50, 51, 55-57, 67 et suiv.

<sup>416</sup> *Id.*, art. 113 et 114.

Force est donc de constater que cette nouvelle *loi*<sup>417</sup> apporte un certain nombre de modifications au *Code civil du Québec* et vient bousculer des notions civilistes traditionnelles comme le droit de propriété et le gage. La réaction récente du législateur qui a pris acte de la solution des juges majoritaires dans l'affaire *Val-Brillant* en votant cette loi<sup>418</sup> ne clôt définitivement pas le débat et apporte son lot d'incertitudes compte tenu de sa rédaction et de son contenu fort complexes.

### **C) La Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés**

**125.** Cette nouvelle loi s'inscrit dans un projet global d'harmonisation des lois du Canada sur le transfert des valeurs mobilières. Le but affiché est d'adapter les lois québécoises pour les mettre en adéquation avec le monde financier qui fait face au phénomène de dématérialisation des valeurs mobilières et au système de détention indirecte<sup>419</sup>. Le Québec a donc été contraint de modifier ses dispositions législatives tout comme les autres provinces et territoires canadiens<sup>420</sup>. Des règles concernant le transfert des valeurs mobilières et des titres intermédiés sont au cœur du nouveau texte législatif<sup>421</sup>. Selon son article 1, cette nouvelle loi régit « certains aspects de droit privé relatifs au transfert de valeurs mobilières et à l'obtention de titres intermédiés sur des actifs financiers ».

Cette loi emporte des modifications importantes de certaines dispositions du *Code civil du Québec* qui entraînent un bouleversement des règles traditionnelles de constitution et d'opposabilité du gage et des règles de rang admises pour le gage et l'hypothèque sans

---

<sup>417</sup> *Id.*

<sup>418</sup> *Id.*

<sup>419</sup> Des experts ont prévu la fin du système traditionnel de détention directe des valeurs mobilières en 2014 : seul le mode indirect de détention des titres existerait dans un avenir proche : À ce sujet, Jacques DESLAURIERS, *La nouvelle loi sur le transfert de valeurs mobilières (L.Q. 2008, c. 20) : son impact sur le droit des sûretés et le transfert de valeurs mobilières*, texte distribué dans le cadre des soirées du CÉDÉ, 5 novembre 2009 [non publié].

<sup>420</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 403.

<sup>421</sup> Des règles de conflits de lois, notamment la règle PRIMA, sont aussi prévues dans cette nouvelle loi qui s'inspire directement de la loi modèle proposée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada au mois d'août 2004.

dépossession. La mécanique de ce nouveau dispositif réside dans le concept de maîtrise qui peut remplacer celui de la dépossession entendu traditionnellement par le Code civil depuis plus de deux siècles. Pour comprendre cette volonté persistante du législateur, d'une part, d'adapter le gage sur des valeurs mobilières dématérialisées et, d'autre part, de maintenir l'exigence de la dépossession en la transformant sous le concept de la maîtrise, il convient d'étudier le contexte du vote de la loi (a), le contenu explicite de la loi (b) afin d'en dégager les effets possibles sur le droit des sûretés mobilières (c).

#### a) Contexte du vote de la loi

**126.** L'adoption du projet de loi a été rapidement menée par une ministre des Finances<sup>422</sup>, Mme Jérôme-Forget, désireuse de voir naître une législation québécoise harmonisée avec les autres provinces canadiennes<sup>423</sup>. Il ressort de la lecture des débats parlementaires que l'étude détaillée des cent soixante et onze (171) articles s'est faite en deux jours devant la Commission des finances publiques. A priori, les parlementaires présents le jour du vote n'avaient pas de formation juridique<sup>424</sup>. Le vote s'est déroulé dans l'urgence<sup>425</sup>. Lors de la présentation du projet de loi, les échanges ont été vifs, voire

---

<sup>422</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1<sup>ère</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis., 11 juin 2008, « Étude détaillée du projet de loi n° 47 — *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers* (1) », 16h00, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/fra/38legislature1/Debats/journal/cfp/080611.htm>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>423</sup> *Id.*, 15h10 (Mme Jérôme-Forget), intervention explicite :

Suite au dépôt du projet, quelques groupes ont formulé des commentaires fort pertinents qui se traduiront par différents amendements que je proposerai. L'effort d'harmonisation entre le droit anglo-saxon et notre droit civiliste est tellement important que certains de ces papillons permettront d'adapter encore davantage notre droit aux normes nord-américaines. Vous comprendrez, M. le Président, qu'on ne peut pas se permettre d'avoir au Québec une législation qui ne serait pas harmonisée avec celle du reste de l'Amérique. Je crois qu'il existe un solide consensus parmi les milieux d'affaires et la communauté juridique quant à la pertinence d'adopter le projet de loi 47 le plus rapidement possible. Plusieurs provinces canadiennes, dont l'Ontario, ont déjà adopté leur législation à cet effet. Tout retard additionnel que le Québec prendrait ne pourrait que nuire à son développement économique.

<sup>424</sup> *Id.*, 15h10 (M. Lévesque), intervention très éclairante. Reproduite *infra*.

<sup>425</sup> *Id.*, 15h10 (Mme Jérôme-Forget) :

Finalement, je voudrais insister sur l'importance stratégique de ce projet de loi face à la volonté du gouvernement canadien de procéder à la création d'une commission unique des valeurs mobilières. Plus nous serons harmonisés avec les autres provinces, moins il y aura place au discours démagogique sur l'inefficience du marché des valeurs mobilières au

tendus<sup>426</sup>. Toutefois, aucune discussion sur le fond et notamment sur les articles modifiant le *Code civil du Québec* n'a eu lieu<sup>427</sup>. Cette loi, au contenu fort complexe, risque très certainement d'avoir un effet majeur sur les dispositions du *Code civil du Québec* concernant les hypothèques. Les corporations professionnelles n'ont pas participé publiquement, dans l'hémicyclique, aux discussions sur le contenu des dispositions modifiant le *Code civil du Québec*. Les échanges se résument à quelques commentaires avec le Barreau, au demeurant forts pertinents, contenus dans une lettre<sup>428</sup> ainsi que de simples échanges avec la Chambre des notaires du Québec<sup>429</sup>. Toutefois, il ressort de manière incidente des propos de la Ministre lors des débats, que le Barreau aurait été, au départ, très hésitant à donner son appui sur le projet de loi 47<sup>430</sup>. Un certain nombre d'auteurs<sup>431</sup> ont commenté les dispositions de cette loi en dressant les grandes lignes

---

Canada. Mais, pour contrer ce genre de discours, il faut montrer que nous sommes capables à tout le moins de suivre la parade quand nous ne réussissons pas à être les premiers, comme dans le cas de cet autre projet que nous devons bientôt étudier sur les produits dérivés. Comme vous le savez, nous avons à Ottawa quelqu'un qui surveille nos moindres gestes et qui aimerait bien pouvoir dire que les provinces ont besoin d'un grand frère fédéral pour leur montrer le chemin. Nos efforts des dernières années ont démontré clairement que les provinces et territoires sont parfaitement en mesure de coordonner leur législation sans que le gouvernement fédéral y mette son nez. Je ne voudrais surtout pas que l'ensemble des provinces échouent dans sa lutte contre le fédéral pour le maintien de ses compétences tout simplement parce que nous n'avons pas pu trouver le moyen, au Québec, de nous entendre sur l'importance d'un tel projet. Je crois que nous sommes tous d'accord là-dessus. (notre soulignement)

<sup>426</sup> *Id.*, 15h00 (M. Lévesque); *Id.*, 15h30 (Madame la Ministre et M. Lelièvre); Échanges difficiles entre Madame la Ministre des finances et M. Lelièvre : *Id.*, 15h30, 16h00, 16h30 et 17h00.

<sup>427</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1<sup>ère</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis., 12 juin 2008, « Étude détaillée du projet de loi n° 47 — Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers (2) », 11h30, sous art. 2479.1, 2714.2-2714.7, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/fra/38legislature1/Debats/journal/cfp/080612.htm>> (site consulté le 4 mai 2012); QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 17h50, sous art. 113, 114 et 116; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 16h50, sous art. 51, 55-57; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 17h20, sous art. 85.

<sup>428</sup> BARREAU DU QUÉBEC, « Projet de loi 47 – Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers », Lettre adressée au ministre de la Justice et de la Sécurité publique Jacques P. Dupuis, 4 décembre 2007, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/export/sites/newsite/pdf/medias/positions/2007/20071204-projet-loi-47.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>429</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 15h00.

<sup>430</sup> *Id.*, 15 h 30.

<sup>431</sup> À l'époque, des textes avaient été distribués dans le cadre de conférences : M. DESCHAMPS, préc., note 98; J. DESLAURIERS, préc., note 419. Commentaires parus sur le Projet de loi 47, préc., note 172, avant qu'elle soit amendée et promulguée : Élisabeth C. LAMARRE, « Commentaire sur le projet de loi 47 intitulé Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers – Les modifications au *Code civil du Québec* en



directrices et les changements apportés par rapport à l'ancien droit, et peu se sont risqués à une analyse critique<sup>432</sup>.

b) Le contenu de la loi : la dépossession renouvelée sous le concept de maîtrise

127. La loi contient un certain nombre de nouveautés qu'il convient d'exposer. La plus innovante est celle qui permet aux personnes physiques n'exploitant pas une entreprise de consentir une hypothèque avec dépossession sur une universalité de valeurs mobilières ou de titres détenus indirectement<sup>433</sup> et une hypothèque sans dépossession sur ces mêmes valeurs ou titres. Le législateur a étendu la liste des biens pouvant être grevés d'une hypothèque sans dépossession consentie par des particuliers<sup>434</sup>. La loi prévoit aussi une

---

matière d'hypothèque mobilière et de droit international privé », dans *Repères*, février 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008REP678; Sterling H. DIETZE, « Le gouvernement québécois adopte une loi régissant le transfert des valeurs mobilières », Stikeman Elliot, 28 novembre 2007, en ligne : <<http://www.stikeman.com/cps/rde/xchg/se-fr/hs.xml/10425.htm>> (site consulté le 4 mai 2012). Depuis son adoption, Michel DESCHAMPS, « Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières », (2009) 68 *R. du B.* 541; J. DESLAURIERS, préc., note 419; Édith LAMBERT, *Les sûretés. Extraits du Droit civil en ligne*, vol. 3 « Hypothèque mobilière et hypothèque ouverte (Art. 2696 à 2723 C.c.Q.) », coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 316-361; L. PAYETTE, préc., note 98, p. 423-454; Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011, notamment p. 280-283; Sterling H. DIETZE, « Le Québec adopte une loi sur le transfert de valeurs mobilières », 28 août 2008, en ligne : <[http://www.stikeman.com/fr/pdf/SfAug08\\_FR.pdf](http://www.stikeman.com/fr/pdf/SfAug08_FR.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012); Jean TURGEON, « Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés », *Bulletin CCH juriste*, volume 11, n<sup>o</sup> 3, mars 2009, en ligne : <[http://www.cch.ca/bulletins/juriste/articles/bucj0309\\_dc1.html](http://www.cch.ca/bulletins/juriste/articles/bucj0309_dc1.html)> (site consulté le 4 mai 2012). Marc-Antoine LA ROCHELLE, Sébastien VILDER et Viorelia GUZUN, « La nouvelle loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés : votre sûreté devrait-elle être revue? », 27 mars 2009, en ligne : <[http://www.blakes.ca/french/view\\_printer.asp?ID=3016](http://www.blakes.ca/french/view_printer.asp?ID=3016)> (site consulté le 4 mai 2012); Aurore BENADIBA, « Hypothèque grevant des créances, des valeurs mobilières et des titres intermédiés », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Sûretés*, fasc. 10, Montréal, LexisNexis Canada, 2012, feuilles mobiles.

<sup>432</sup> 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 de droit, Université de Montréal, 2009, p. 115-165 : pour l'analyse critique notamment p. 153-165; Marc BOUDREAULT, « L'hypothèque portant sur des valeurs mobilières sur des titres intermédiés : une garantie efficace ou aux risques et périls du créancier ? », (2010) 2 *C.P. du N.* 313, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2010CPN73.

<sup>433</sup> Projet de loi 47, préc., note 172, art. 132, prévoyant l'article nouveau 2684.1 du C.c.Q.

<sup>434</sup> Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, préc., note 324 et article 15.02, par. 3 du Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, préc., note 324.

présomption de publication de l'hypothèque mobilière sans dépossession sur les valeurs mobilières ou les titres intermédiés par le seul effet de sa constitution, « sans la nécessité d'une inscription<sup>435</sup> ». Toutefois, l'apport majeur de cette loi concerne les nouveaux régimes du gage sur les valeurs mobilières représentées avec ou sans certificat<sup>436</sup> et celles directement ou indirectement détenues appelés titres intermédiés<sup>437</sup>. Le point le plus saillant reste le concept de maîtrise et l'une des ses applications possibles : la conclusion d'un accord de maîtrise qui équivaudrait à la dépossession. En effet, pour constituer valablement et rendre opposable un gage pris sur des valeurs mobilières détenues directement non représentées par un certificat ou un gage sur des valeurs mobilières détenues indirectement appelées aussi titres intermédiés, une maîtrise doit être justifiée par inscription dans les registres de l'émetteur, par titularité ou encore par la conclusion d'un accord de maîtrise.

Pour mieux comprendre les contours du nouveau concept de maîtrise, il est important de décrire le fonctionnement du gage pris sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés.

En présence de certificat, la valeur mobilière détenue directement devra être livrée<sup>438</sup> c'est-à-dire remise par tradition entre les mains du créancier gagiste. Ce certificat devra faire l'objet, dans certains cas, d'un endossement pour des titres nominatifs par exemple<sup>439</sup>.

En l'absence de certificat, deux modes possibles de gage sont prévus par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*; la valeur mobilière détenue directement devra être inscrite sur les registres de l'émetteur<sup>440</sup> ou faire l'objet d'un accord de maîtrise<sup>441</sup>. L'accord de maîtrise sera conclu entre « l'acquéreur des droits » c'est-à-dire le créancier hypothécaire, l'émetteur et le détenteur inscrit de la valeur

---

<sup>435</sup> L.T.V.M., préc., note 172, art. 133, prévoyant l'article nouveau 2701.1 du C.c.Q.

<sup>436</sup> *Id.*, art. 55-57, 85 et 135, prévoyant les articles nouveaux 2714.4, 2714.5 et 2714.7 du C.c.Q.

<sup>437</sup> *Id.*, art. 113 et 114.

<sup>438</sup> *Id.*, art. 50.

<sup>439</sup> *Id.*, art. 55.

<sup>440</sup> *Id.*, art. 51 et 56 al. 1.

<sup>441</sup> *Id.*, art. 56 al. 1 et 57.

mobilière<sup>442</sup> c'est-à-dire l'investisseur, aux termes duquel l'émetteur s'engage à se conformer aux instructions de l'acquéreur, sans le consentement additionnel du détenteur inscrit de la valeur mobilière<sup>443</sup>.

En présence de valeurs mobilières indirectement détenues, deux modes possibles de gage sont prévus : soit par titularité, le créancier devient titulaire du compte titres, soit par la conclusion d'un accord de maîtrise. Cet accord de maîtrise est une opération tripartite, l'intermédiaire, le créancier gagiste nommé « acquéreur de droit » et le débiteur désigné comme le « titulaire des droits<sup>444</sup> ». Aux termes de cet accord, l'intermédiaire convient de se conformer aux ordres de l'acquéreur de droit sur le titre intermédié et ce, sans le consentement additionnel du titulaire du titre<sup>445</sup>

Ainsi, la maîtrise a remplacé la dépossession. Cette maîtrise opère création du gage et vaut publicité en vertu de l'article 2714.1 du *Code civil du Québec*. La nouvelle loi financière précitée n'oblige ni l'émetteur, ni l'intermédiaire à révéler à un tiers l'existence d'un accord de maîtrise sauf si le détenteur inscrit<sup>446</sup> ou le titulaire<sup>447</sup> lui demande.

**128.** La *loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* bouleverse l'ordre temporel des rangs. Ses dispositions sont contraires au régime général qui prescrit un ordre de collocation des créanciers munis d'un gage ou d'une hypothèque sans dépossession selon l'ordre du temps. En principe, le gage est opposable aux tiers à compter de la date de la détention du créancier gagiste (art. 2702 C.c.Q.). En principe, l'hypothèque sans dépossession est opposable aux tiers selon la date de l'inscription au RDPRM (art. 2663 et 2941 C.c.Q.). La date, l'heure et la minute apposées sur le bordereau de présentation de la réquisition d'inscription déposé au bureau de la publicité des droits fixe le rang du créancier hypothécaire (art. 2945 C.c.Q.). Or, la nouvelle

---

<sup>442</sup> *Id.*, art. 57 par. 1.

<sup>443</sup> *Id.*, art. 56 al. 1.

<sup>444</sup> *Id.*, art. 113 et 114.

<sup>445</sup> *Id.*, art. 113 par. 2.

<sup>446</sup> *Id.*, art. 57 par. 3.

<sup>447</sup> *Id.*, art. 114 par. 2.

loi financière octroie un premier rang prioritaire au gage de valeurs mobilières ou de titres intermédiés obtenu par maîtrise au détriment d'un gage obtenu par dépossession matérielle. La maîtrise prime la dépossession matérielle. Ce premier rang sera déterminé en fonction du moment de la maîtrise (entendue selon la loi par inscription auprès du registre de l'émetteur, par titularité ou par accord de maîtrise)<sup>448</sup>. Le second rang revient au gage sur des valeurs mobilières représentées par un certificat nominatif (art.2714.4 C.c.Q.). Ce gage par dépossession matérielle prime aussi l'hypothèque mobilière sans dépossession inscrite au RDPRM qui porterait sur ces mêmes biens<sup>449</sup>. La dépossession matérielle prime donc l'inscription au RDPRM. En dernier lieu, viendrait alors le rang de l'hypothèque mobilière sans dépossession obtenue par inscription au RDPRM. Une exception aux règles précitées est prévue dans le *Code civil du Québec* au bénéfice du gage pris en faveur d'un intermédiaire en valeurs mobilières, il jouit d'un super rang selon l'article 2714.3 nouveau du Code civil. Il vient donc en premier rang avant toutes les hypothèques grevant les mêmes titres (art. 129 al. 2 L.T.V.M.).

c) Ambiguïtés et incertitudes juridiques résultant de  
l'utilisation persistante du concept de dépossession

**129.** Cette loi étudiée en deux jours, adoptée en un mois, sans l'intervention de juriste, nous laisse pour le moins perplexe. La lecture de ses dispositions est complexe<sup>450</sup>,

<sup>448</sup> *Id.*, art. 135, prévoyant l'article nouveau 2714.2 du C.c.Q. Toutefois, selon l'alinéa 2 *in fine* de cet article, le créancier gagiste par titularité aura priorité de rang sur les autres créanciers gagistes par maîtrise.

<sup>449</sup> *Id.*, art. 135, prévoyant les articles nouveaux 2714.1 à 2714.4 du C.c.Q.

<sup>450</sup> À deux reprises, les parlementaires ont jugé complexes les dispositions du projet de loi 47 et ont reconnu que leur absence de formation juridique leur rendait encore plus difficile la tâche : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 15h00 (M. Lévesque) :

Au sujet de la mise en application du principe du projet de loi n° 47, nous avons quelques réserves. Je n'ai pas la prétention d'être un légiste, M. le président, mais nous avons eu l'occasion de discuter avec des experts au sujet des dispositions au sujet des dispositions contenues dans ce projet de loi, et je crois important de faire part de nos préoccupations aux membres de la commission afin d'apporter un éclairage différent à ce projet de loi. Premièrement, d'entrée de jeu, le projet de loi est très complexe. Même pour un juriste, la lecture s'avère un exercice d'une grande difficulté. Deuxièmement, les modifications apportées au Code civil présentées pratiquement comme des dispositions transitoires par le gouvernement ont un effet majeur sur le domaine des hypothèques. Les implications sont importantes, car elles mettent en cause une décision de la Cour suprême du Canada, dans le

même pour l’œil averti d’un juriste. La technicité du sujet abordé par cette loi a peut être fait écran et rendu en quelque sorte moins visible les effets d’une intervention législative majeure sur les concepts civilistes de base comme le gage ou la notion de propriété incorporelle. La loi a fait l’objet de commentaires souvent descriptifs<sup>451</sup> et sa portée n’a pas encore été précisée par les tribunaux. Toutefois, les modifications intervenues dans le *Code civil du Québec* créent certaines distorsions et incertitudes juridiques qu’il convient d’examiner.

**130.** Premièrement, le législateur de 2009 a opéré un double mouvement qui emprunte des sens opposés. D’une part, la loi a ajouté le qualificatif « matérielle » après les vocables « remise » et « détention » prévus à l’article 2702 du *Code civil*<sup>452</sup>, sans doute pour accentuer la force de la matérialité du gage. Cet ajout relève du paradoxe<sup>453</sup>. D’autre part, le législateur a créé le concept de maîtrise pour permettre le gage sur des biens dématérialisés tels les valeurs mobilières détenues directement, sans certificat ou avec un certificat négociable ou non négociable ou les valeurs mobilières détenues indirectement appelées titres intermédiés. La loi reprend une notion majeure dégagée par l’arrêt *Val-Brillant*, celle de la « maîtrise » des valeurs ou des titres par le créancier gagiste. Là aussi,

---

jargon, c’est une décision très sensible qui est loin de faire l’unanimité. [...] nous nous interrogeons à savoir si ce projet de loi respecte l’esprit du *Code civil du Québec*. Nous comprenons l’importance d’harmoniser ne doit pas se faire au détriment de l’autonomie québécoise et de l’esprit de son Code civil. Comme je l’ai dit précédemment, nous ne sommes pas juristes, mais nous souhaitons être rassurés en ce sens.

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 15h30 (M. Lelièvre).

<sup>451</sup> Voir les notes 431 et 432.

<sup>452</sup> C.c.Q., art. 2479.1; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 427, 11h30.

<sup>453</sup> Ce paradoxe a été clairement dénoncé par le Barreau de Québec le 4 décembre 2007 dans une lettre adressée au ministre de la Justice Jacques P. Dupuis. Le Barreau se montrait soucieux d’intervenir afin « bonifier le projet de loi » selon ses propres termes de l’époque. Il faut préciser qu’un des membres non nommés du Comité du Barreau ne partageait pas cet avis. Malheureusement, le Barreau n’a pas pris part à la discussion détaillée du projet. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 428, p. 2 et 3. Une lettre fut par la suite adressée à la ministre des Finances chargée de mener à terme le projet de loi 47. Cette lettre au contenu laconique visait à rassurer la ministre du soutien du Barreau sur le bon déroulement du Projet de loi 47 : BARREAU DU QUÉBEC, « Projet de loi 47 intitulé : *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d’autres actifs financiers* », Lettre adressée à la ministre des Finances, madame Monique Jérôme-Forget, 5 juin 2008, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2008/20080605-projet-loi-47.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012).

le législateur en accentue sa portée en la plaçant au cœur du dispositif législatif. Il en fait un concept clé : la maîtrise permet, à la fois, la constitution et la publicité du gage<sup>454</sup>.

À l'évidence, le législateur a donc remplacé le concept de dépossession<sup>455</sup> ou de mise en possession<sup>456</sup> par celui de maîtrise. Cette dématérialisation du gage pourrait s'expliquer vraisemblablement pour plusieurs raisons. Le *Code civil du Québec* a été remanié pour le rendre plus harmonieux avec les législations canadiennes-anglaises compte tenu des impératifs économiques inhérents au monde financier<sup>457</sup>. Toutefois, la cohérence interne du droit québécois des sûretés mobilières s'en trouve amoindrie, les concepts juridiques traditionnels comme le gage ou la dépossession sont mis à l'épreuve. Or, la principale difficulté juridique - de l'aveu même du légiste<sup>458</sup> - vient de l'énoncé de l'article 2683 du *Code civil du Québec* limitant l'hypothèque mobilière sans dépossession aux particuliers. Le gage se présentait comme l'alternative. Le législateur s'en est accommodé. Au lieu de modifier l'article 2683 dudit Code en permettant purement et simplement l'hypothèque mobilière sans dépossession à tous, le législateur a préféré encadrer le gage sur des valeurs mobilières ou titres intermédiés. En fait, les rédacteurs de cette loi ont contourné l'article 2683 en introduisant un régime particulier d'hypothèque avec dépossession sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés.

**131.** Deuxièmement, les différents modes législatifs prévoyant le gage sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés aboutissent soit à une publicité imparfaite (dans les livres de l'émetteur ou dans un accord de maîtrise divulgué à un tiers avec accord du détenteur ou du titulaire), soit à une absence de publicité (non divulgation de l'accord de

---

<sup>454</sup> Projet de loi 47, préc., note 172, art. 135, créant les articles 2714.1 et 2714.2 C.c.Q.

<sup>455</sup> Paradoxalement, le Projet de loi 47, préc., note 172, n'a pas prévu de modifier le Code civil, en tous ses articles, pour lui ôter toute référence à la dépossession.

<sup>456</sup> Concept utilisé par la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1 (ci-après « L.V.M. »).

<sup>457</sup> Afin d'obtenir son fameux « passeport », terme souvent utilisé par la ministre des Finances pour convaincre l'opposition : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 403, 15h30; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 403, 16h00.

<sup>458</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 403.

maîtrise). L'absence de divulgation<sup>459</sup> de l'accord de maîtrise favorise la clandestinité des contrats de gage sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés. Les tiers n'auront quasiment aucun moyen d'être avertis d'un tel gage. Aucun registre rendu public ne le permet. Ils pourront difficilement savoir si telles valeurs mobilières se trouvent sous le contrôle d'un créancier gagiste. Ils devront faire des vérifications auprès de l'émetteur ou demander la levée du secret d'un éventuel accord de maîtrise auprès de leur débiteur. Habituellement, la dépossession qui consiste à remettre le bien ou le titre entre les mains du créancier gagiste - accompagnée, s'il s'agit d'une créance, de la signification du contrat de gage au débiteur cédé - permet aux tiers d'être informés de l'existence de ce contrat. Or, ce nouveau concept de gage par maîtrise porte directement atteinte au rôle dévolu traditionnellement à la dépossession.

**132.** Troisièmement, comme il a été expliqué, la loi financière bouleverse l'ordre des rangs établi depuis la réforme de 1991 rentrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994<sup>460</sup>. Le Code civil du Québec fait en principe application de la règle temporelle en fonction de la date de remise du bien ou du titre ou en matière d'hypothèque sans dépossession en fonction de la date de l'inscription sur le RDPRM. Ce nouvel état législatif risque d'entraîner des conflits juridiques entre les créanciers.

En premier lieu, le gage consenti en faveur d'un intermédiaire en valeurs mobilières qui est créé automatiquement sans que les conditions habituellement de maîtrise aient été respectées<sup>461</sup> est une source de conflit avec d'autres créanciers. Pour se prémunir contre ce super-rang, un prêteur souhaitant prendre une autre hypothèque sur les titres déjà grevés, devra négocier une cession de rang avec l'intermédiaire. À défaut, son hypothèque sera inefficace. Au demeurant, il n'aura aucun moyen d'être certain si un gage a été pris sur les actifs concernés.

---

<sup>459</sup> L.T.V.M., préc., note 172, art. 57 par. 2 et 114 par. 3.

<sup>460</sup> Ouvre une brèche, selon la professeure Denise PRATTE, « Sûretés réelles et publicité des droits : entre difficultés et réussites », (2010) 88 *R. du B. can.* 384, 394.

<sup>461</sup> L.T.V.M., préc., note 172, art. 115 al. 3; M. BOUDREAULT, préc., note 432, p. 19.

En second lieu, la loi prévoit aussi une autre règle particulière concernant l'hypothèque sans dépossession consentie par un intermédiaire sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés. Une présomption de publication de l'hypothèque mobilière sans dépossession sur les valeurs mobilières ou les titres intermédiés est prévue par le seul effet de sa constitution, « sans la nécessité d'une inscription<sup>462</sup> ». Toutefois, si le courtier consent une autre hypothèque à un tiers et cette fois avec maîtrise, ce créancier gagiste par maîtrise aura préséance sur le premier créancier hypothécaire sans dépossession. Ainsi, le second créancier aura tout intérêt à privilégier le gage par accord de maîtrise. Cette disposition ne favorise pas la prise d'hypothèque sans dépossession et la transparence des sûretés. Le RDPRM n'est encore une fois d'un aucun secours pour connaître l'existence d'hypothèque sur les titres concernés<sup>463</sup>.

En troisième lieu, ainsi qu'il a déjà été expliqué précédemment, le gage par maîtrise peut s'obtenir par titularité. Cette forme de gage entraîne des risques juridiques pour les tiers souhaitant prendre une hypothèque sur des titres en réalité déjà gagés. Le titulaire du compte de titres qui fait l'objet d'un gage n'a pas l'obligation légale d'identifier ces titres spécifiquement sur un compte spécial. Les tiers pourraient croire en sa qualité de propriétaire des titres intermédiés. En plus, le nouvel article 2714.6 du Code civil permet au créancier gagiste de ré-hypothéquer des titres déjà grevés, sauf convention contraire avec le constituant.

Dans ces conditions, les tiers devront procéder à toutes sortes de vérifications<sup>464</sup> concernant la propriété ou la détention des titres avant toute prise de sûreté. Ils devront demander à voir les titres s'ils sont représentés par un certificat. En l'absence de certificat, les tiers devront demander des informations à la société émettrice, à savoir si le nom d'un créancier

---

<sup>462</sup> M. DESCHAMPS, préc., note 431, 556 et 557.

<sup>463</sup> *Id.*

<sup>464</sup> M. BOUDREAULT, préc., note note 432, p. 18.



gagiste apparaît comme détenteur des titres concernés dans les registres de l'émettrice. Ils demanderont aussi à l'intermédiaire de leur divulguer l'existence d'un éventuel accord de maîtrise. Toutefois, ces informations ne seront divulguées qu'avec le consentement du titulaire initial. En tout état de cause, ils devront envisager l'existence possible d'un gage consenti par le titulaire d'un titre intermédié en faveur d'un intermédiaire, bénéficiant d'un super rang, et qui ne peut être connu.

**133.** Quatrièmement, il n'est pas question dans la loi de qualifier « le titulaire » ou « l'acquéreur de titres ou de valeurs mobilières » de propriétaire. En effet, la question juridique de la propriété des valeurs mobilières ou des titres dits intermédiés est volontairement évincée par la loi<sup>465</sup>. D'ailleurs, on comprend entre les lignes que « l'acquéreur de droits » pourrait être un créancier gagiste<sup>466</sup>. La *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* ne décrit pas les droits de l'investisseur comme des droits de créance<sup>467</sup> ou des droits réels<sup>468</sup>; simplement elle égrène

---

<sup>465</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 15h00 (M. Lévesque) :

Nous avons une préoccupation au niveau de la notion de propriété. Globalement, on peut poser la question suivante : Qui est le propriétaire des titres intermédiés? Est-ce le courtier? Est-ce l'investisseur? Est-ce le créancier du courtier? La définition fondamentale en droit civil de propriété ne nous semble pas claire et c'est inquiétant. Nous parlons de l'épargne de milliers de Québécois investisseurs, qui se trouve sur un terrain législatif glissant. La ministre des Finances qui dit vouloir protéger sans réserve les épargnants du Québec ferait mieux d'être très prudente avec les modifications qu'elle entend apporter au droit des valeurs mobilières.

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 17h30 (M. Charbonneau), intervention claire en ce sens :

D'abord, je dois vous dire au départ que la question de propriété, vous ne la retrouverez pas dans le projet de loi, là, il n'y a personne qui est propriétaire des titres. L'intermédiaire, c'est indiqué expressément, je pense à l'article 104, il n'est pas propriétaire des titres de l'actif. Par ailleurs, la question de la nature juridique des droits de ceux qui acquièrent des titres, le projet ne se prononce pas là-dessus. Est-ce que ce sont des droits réels ou des droits de créances? L'important. C'est que ce sont des droits qu'il peut exercer à l'encontre de l'intermédiaire. Ça fait que la question du droit de propriété ne se pose pas dans ce projet-là et c'est volontaire. Ça a été volontaire aussi dans les autres provinces. On n'avait pas à se prononcer sur la nature juridique des titres en question.

Dans ces conditions, aucun amendement n'a été déposé en vue de modifier l'article 107 du Projet de loi 47, préc., note 172.

<sup>466</sup> L.T.V.M., préc., note 172, art. 6.

<sup>467</sup> Le projet de directive européenne « SLD » d'harmonisation des titres aurait pour effet de revenir sur cette notion de propriété des titres en qualifiant le droit de l'investisseur final de droit de créance appliquant ainsi le modèle américain du UCC. La place parisienne semble réticente face à un tel projet d'harmonisation qui risquerait de créer des difficultés lors de la revendication des investisseurs dans un contexte de procédure

ici et là des éléments de réponse contradictoires qui laissent croire qu'il s'agit de droits mixtes. Certains auteurs les classent dans la catégorie accommodante de droits *sui generis*<sup>469</sup>. L'article 107 de la Loi indique que pour que « l'intermédiaire en valeurs mobilières puisse honorer tous les titres intermédiés sur un actif financier donné, les droits qu'il détient sur cet actif le sont pour les titulaires de ces titres, ne sont pas sa propriété et ne peuvent, sous réserve de l'article 130, faire l'objet d'une réclamation de la part de ses créanciers ». À l'alinéa suivant du même article 107, le législateur déclare que chacun des titulaires des titres portant sur un actif financier dispose d'un « droit proportionnel dans l'actif ». On pourrait penser alors que les titulaires ont un droit de copropriété dans le compte de titres considéré comme un compte indivis.

**134.** Cinquièmement, les récentes modifications apportées au *Code civil du Québec* par la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* - notamment l'ajout du vocable « matérielle » après le mot « remise » entendu comme la remise du bien ou du titre prévue à l'article 2702 du Code civil<sup>470</sup> - ont aussi provoqué des incertitudes juridiques quant à la possibilité de mettre en gage des créances représentées par des titres non négociables. Les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, le 14 juin

---

collective ouvert à l'encontre du dépositaire des comptes-titres : Stéphanie SAINT PE, « L'harmonisation européenne du droit des titres détenus auprès d'un intermédiaire », *Bulletin Joly Bourse* 2011.4.280.

<sup>468</sup> La France a connu les mêmes errements de qualification. Mais, depuis l'*ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers*, J.O. 9 janv. 2009, p. 570, modifiant l'article L. 211-4 du C. monét. et fin., les titres contenus dans le compte-titres sont présumés appartenir au titulaire du compte. Le législateur français a précisé que le titulaire du compte en était propriétaire, il n'est pas un simple créancier de l'établissement teneur de compte. Le titulaire du compte-titres est protégé par le droit de propriété qui est reliée à l'inscription en compte (art. L. 211-16 C. monét. et fin.). Le transfert de propriété résulte de l'inscription au compte-titres de l'acquéreur (art. L. 211-17 al. 1 C. monét. et fin.); Voir, discussion autour de la qualification des titres intermédiés : F. DRUMMOND, préc., note 6.

<sup>469</sup> UNIDROIT, « Rapport explicatif du projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés », février 2008, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/conference/conferencedocuments2008/conf11-004-f.pdf> (site consulté le 4 mai 2012) : les qualifient de droits d'utilisation; S. LANTHIER, préc., note 432, p. 140.

<sup>470</sup> Les modifications apportées ont été nombreuses (notamment art. 2684.1, 2701.1, 2702, 2714.1 à 2717.7, 2759 C.c.Q.). Il est aussi désormais possible de prendre en gage des valeurs mobilières représentées par des titres non négociables selon l'article 2714.7 (nouveau) du C.c.Q.

2009, dans la décision *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*<sup>471</sup>, ont repris les motivations de l'affaire *Val-Brillant* pour des faits antérieurs aux modifications apportées au *Code civil du Québec* et pour admettre le gage sur des créances déposées sur un compte en vertu d'une convention d'épargne à court terme. Dans cette affaire, les juges - en appliquant les trois conditions retenues dans l'affaire *Val-Brillant* - ont considéré que les conventions d'ouverture de crédit et d'épargne liant la caisse populaire et la débitrice constituaient une hypothèque mobilière avec dépossession sur une

---

<sup>471</sup> *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97. Cette affaire concerne des faits antérieurs à la L.T.V.M. et au nouvel article 2702 du C.c.Q. Les juges majoritaires, en *obiter dictum*, ont considéré que les trois conditions dégagées dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, étaient réunies (par. 46-48) :

[46] En l'espèce, la question n'est pas de savoir si le droit de la Caisse sur le bien de Camvrac satisfait ou non aux exigences des lois provinciales sur les sûretés mobilières. Il en est ainsi parce que la fiducie réputée établie aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, qui incorporent par renvoi la définition de « garantie » figurant au par. 224(1.3) *LIR*, s'applique « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif [. . .] provincial » (voir également l'arrêt *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41, par. 31). Signalons cependant que les conventions signées par la Caisse et Camvrac satisfaisaient aux conditions auxquelles une hypothèque mobilière avec dépossession peut, selon la Cour, constituer un droit réel au regard du *Code civil du Québec* (*Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666).

[...]

[48] Dans la présente affaire, les conventions intervenues entre les parties satisfaisaient à ces conditions. Premièrement, la Caisse avait la maîtrise effective de la créance de Camvrac. Le terme de cinq ans et les conditions de la convention de mise en garantie d'épargne lui assuraient la maîtrise effective du dépôt de Camvrac et lui permettait, en cas de défaut, d'opérer compensation entre l'ouverture de crédit et le dépôt sans autorisation supplémentaire de Camvrac. Deuxièmement, le dossier n'indique pas clairement si un certificat de dépôt a été délivré ou non en l'espèce. La deuxième clause de la convention de mise en garantie d'épargne et l'inscription par la Caisse sur son exemplaire de la convention d'épargne à terme de la mention « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie » donnent à penser que si un certificat de dépôt a été délivré, la Caisse l'a conservé. Or, la question de savoir si le dépôt à terme est constaté ou non par un certificat n'a pas d'importance en l'espèce. Le deuxième critère énoncé par le juge Gonthier pour qu'une hypothèque mobilière avec dépossession puisse grever une créance non négociable ne vaut que lorsque le titre non négociable existe, sinon il est inapplicable. Troisièmement, une hypothèque mobilière avec dépossession est rendue opposable au débiteur du compte et aux autres créanciers conformément à l'art. 1641 *C.c.Q.*, lequel prévoit que la cession est opposable au débiteur du compte et aux autres créanciers dès que le premier y a acquiescé. En ce qui concerne le dépôt de Camvrac, la Caisse est à la fois débiteur du compte et cessionnaire. À titre de débiteur du compte, la Caisse a manifestement acquiescé à la cession de sa dette à elle-même à titre de cessionnaire. À mon avis, puisque les conventions liant la Caisse et Camvrac respectaient les critères applicables à l'hypothèque mobilière avec dépossession grevant une créance non négociable et que l'hypothèque est considérée comme un droit réel dans le *Code civil du Québec*, la Caisse doit avoir été titulaire d'un droit réel sur le bien de Camvrac.

créance non négociable. Ils en ont conclu que la caisse était titulaire d'un droit réel sur le bien de la débitrice (par.48 *in fine*). Il est vrai que les juges majoritaires ont aussi reconnu de pas avoir besoin d'interpréter le nouvel article 2702 du *Code civil du Québec*<sup>472</sup> (paragraphe 49 de la décision précitée). Cela signifie-t-il que la solution rendue par les juges majoritaires est inopérante sous l'empire des nouvelles dispositions du Code civil du Québec ? Les juges majoritaires n'ont pas expressément mis à l'écart le gage sur des créances constatées par des titres non négociables compte tenu de la nouvelle législation<sup>473</sup>.

La question actuelle est de savoir si le gage sur des créances représentées par des titres non négociables est encore possible. Le législateur n'a semble-t-il pas été aussi explicite sur cette question. Il aurait dû ajouter une précision après le mot titre visé à l'article 2702 s'il avait voulu exclure expressément le gage traditionnel sur des titres non négociables. Les créances constatées sur des titres non négociables peuvent faire l'objet aussi d'un support papier. L'argument de la matérialité du titre n'est pas suffisant. Cela revient à admettre la possession sur des créances constatées par des titres négociables et à la refuser dans les autres cas lorsqu'il s'agit de titres non négociables. Aucune distinction ne doit être faite. Plus récemment, les juges de la Cour supérieure<sup>474</sup> et de la Cour d'appel<sup>475</sup> (certes certains

---

<sup>472</sup> *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97, par. 49, propos des juges majoritaires :

[49] Comme le relève ma collègue au par. 129 de ses motifs, l'art. 2702 *C.c.Q.* a été modifié, et son nouveau libellé est entré en vigueur après l'audience. Point n'est besoin d'interpréter cette modification. Toutefois, elle me permet de rappeler que si la portée de la « garantie » définie au par. 224(1.3) *LIR* devait être déterminée en fonction du droit provincial, l'étendue de la fiducie réputée établie aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* varierait au gré des modifications apportées à la législation provinciale sur les sûretés. À mon sens, telle n'est pas l'intention qui ressort du texte des par. 224(1.3) et 227(4.1) *LIR* et du par. 86(2.1) *LAE*.

<sup>473</sup> En revanche, l'Honorable Marie Deschamps, dans sa dissidence, l'a affirmé, en *obiter dictum*. Selon elle, l'affaire *Val-Brillant* ne peut plus s'appliquer compte tenu des nouvelles dispositions de la L.T.V.M. (*id.*, par. 129). Dans le même sens, M. DESCHAMPS, préc., note 431, p. 556-557.. Cet auteur a considéré par l'effet combiné des articles 2702 et 2714.7 (nouveau) du C.c.Q. qu'un gage sur créances représentées par des titres non négociables ne peut être créé que s'il porte sur des valeurs mobilières au sens de la L.T.V.M. Ainsi, le gage de droit commun ne pourrait plus être utilisé pour des créances représentées par des titres non négociables; L. PAYETTE, préc., 98, p. 397, 398 et 402-404.

<sup>474</sup> *9052-5494 Québec inc. (Proposition)*, préc., note 100, par. 25, 26, 30, 31 et 35 (*obiter*) :

[35] [À] titre d'*obiter*, le tribunal mentionne que si les parties ne s'étaient pas entendues, il aurait ordonné, à titre de sûreté, la création d'un gage d'un certificat de dépôt avec détention

par *obiter dictum*), pour des faits postérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* issues de la nouvelle législation sur les valeurs mobilières, ont retenu la validité d'un gage portant sur des sommes d'argent déposées au greffe d'un tribunal ou sur un compte en fiducie appartenant à un avocat. A ce jour, aucune décision jurisprudentielle ne permet d'affirmer que la solution rendue dans la cause *Val-Brillant* est obsolète. Le champ d'application résiduelle de l'article 2702 du *Code civil du Québec* reste, selon nous, ouvert au gage portant sur des créances représentées par des titres non négociables qui ne tombent pas sous le coup du gage spécial issu de la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*.

#### **D) Le gage sur la valeur de rachat d'une police d'assurance sur la vie : un faux gage**

**135.** Les conséquences de la décision *Val-Brillant* et l'intervention récente du législateur ont aussi suscité des controverses sur les conditions requises pour le gage de biens incorporels autres que celui des créances, comme sur le gage portant sur les produits d'assurance-vie. À l'instar de l'honorable juge Marie Deschamps, faut-il penser que

---

matérielle par les procureurs de Marobi, comme le suggère Payette dans son ouvrage (paragr. 890.3)

Dans cette affaire, les juges reprennent, en *obiter*, la solution rendue dans l'affaire *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, préc., note 100, et mentionne l'affaire *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97, et les nouvelles dispositions de l'article 2702 du C.c.Q.

<sup>475</sup> *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, préc., note 100, par. 28 et 31 :

[28] [L]'offre judiciaire de céder en garantie le titre de créance portant sur la somme consignée en substitution d'une hypothèque légale comporte en réalité la constitution d'une hypothèque mobilière avec dépossession en faveur du détenteur de l'hypothèque légale. Je rejoins en cela l'opinion de l'auteur Payette :

La remise d'une somme d'argent effectuée auprès d'un tiers pour garantir l'exécution d'une obligation, parfois qualifiée par les parties de « dépôt en fidéicommiss » ou même « cautionnement », a pour effet de constituer un gage.

[...]

[31] Pareille mise en possession permet de répondre aux conditions fixées par les articles 2702 et 2703 C.c.Q.

l'hypothèque mobilière sans dépossession est le moyen le plus adéquat<sup>476</sup> pour prendre en garantie la valeur de rachat d'une police d'assurance-vie ?

**136.** La décision *Caisse populaire St Raymond de Hull c. Dériger*<sup>477</sup> de la Cour supérieure du Québec nous fournit quelques indices sur le gage sur la valeur de rachat d'une police d'assurance. Le juge a retenu sa validité à condition que l'assuré remette l'original de la police d'assurance et adresse un avis à son assureur. Force est de constater que la dépossession est fictive puisque le contrat d'assurance n'est pas un titre négociable. Dans cette affaire, le juge a insisté sur l'importance de l'avis de notification à l'assureur; il a érigé à tort, selon nous, cette condition légale d'opposabilité prévue à l'article 2461 du *Code civil du Québec* comme une condition de constitution du gage<sup>478</sup>. Autre enseignement de ce jugement : le créancier qui détient un gage sur la valeur de rachat d'une police d'assurance sur la vie de son débiteur n'est pas tenu de donner un préavis d'exercice pour percevoir la créance que constitue cette valeur. Selon le juge, les articles 2748 du *Code civil du Québec* relatifs à l'exercice des droits hypothécaires ne s'appliquent pas à l'exercice des droits découlant de l'hypothèque de créances.

**137.** Cette décision antérieure à l'arrêt *Val-Brillant* conforte la thèse de la matérialité du gage. Elle met en évidence, d'une part, la dépossession fictive au moyen d'un *instrumentum* qui n'est pas un *negotium* et, d'autre part, l'importance du droit de percevoir directement la valeur du bien gagé. Dans ces conditions, les critiques faites à l'égard de la décision *Val-Brillant* pourront être transposées. Par ailleurs, il semble que le mécanisme de l'hypothèque sans dépossession soit plus approprié pour ce type de biens incorporels que représente la valeur de rachat d'une police d'assurance sur la vie. C'est tout le système du

---

<sup>476</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97, par. 95, citant à l'appui QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, préc., note 342, sous l'art. 2461.

<sup>477</sup> *Caisse populaire St-Raymond de Hull c. Dériger*, [2001] n° AZ-01021313 (C.S.).

<sup>478</sup> *Id.*, p. 4, selon la juge Trudel, « l'avis à l'assureur importe plus que la publication et la dépossession afin de lui donner rang ».

droit des sûretés mobilières<sup>479</sup> qui se trouve affaibli par ce manque de cohérence et d'uniformité des régimes.

**138.** Toutefois, le législateur a modifié récemment la liste des biens meubles pouvant être grevés d'une hypothèque mobilière sans dépossession consentie par un particulier. Avant, seule la voie du gage leur était possible. Désormais, les articles 15.01 et 15.02 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers* prévoient que les biens incorporels comme les droits découlant d'un contrat d'assurance peuvent faire l'objet d'une hypothèque sans dépossession. L'avis du contrat d'hypothèque devra vraisemblablement être adressé à l'assureur pour lui rendre opposable l'hypothèque conformément à l'article 2461 qui n'a pas été retouché. Le recours au gage des contrats d'assurance vie semble être *a priori* difficile<sup>480</sup> compte tenu de la modification de l'article 2702 du *Code civil du Québec* qui exige une remise matérielle du titre. Reste à savoir si le législateur de 2008 a considéré cette remise matérielle du contrat d'assurance - qui n'est pas un titre négociable au sens des dispositions 2708 et 2709 du *Code civil du Québec* - comme une condition suffisante pour rendre valide et opposable un gage alors que l'hypothèque mobilière sans dépossession des contrats d'assurance aux particuliers est désormais possible.

### **§ 3. Les obstacles en matière de sûretés portant sur des propriétés intellectuelles**

**139.** Depuis de nombreuses années, les biens dits incorporels autres que les créances font partie du paysage juridique. Une multitude de biens incorporels compose ainsi le

---

<sup>479</sup> Le législateur a favorisé très nettement la prise d'un gage par maîtrise par rapport à l'hypothèque sans dépossession qui devient, de facto, moins attrayante puisque elle bénéficie d'un rang nettement inférieur tout comme l'hypothèque légale. L'hypothèque légale de l'Etat des personnes morales de droit public (art. 2724 par. 1 et 2724 par. 5 C.c.Q), ou celles résultant d'un jugement (art. 2724 par. 4 C.c.Q) pourraient grever des valeurs mobilières ou des titres intermédiés. Leur rang dépendra de leur date d'inscription et de signification (art. 2725 et 2730 C.c.Q). Toutefois, ces hypothèques seront supplantées par un gage par maîtrise au sens de la L.T.V.M. Pour une opinion dans ce sens, voir M. BOUDREAULT, préc., note 432, p. 18.

<sup>480</sup> Exclu selon L. PAYETTE, préc., note 98, p. 582.

patrimoine d'une personne physique ou morale<sup>481</sup>. Il est reconnu notamment depuis l'avènement du *Code civil du Québec*, que certains de ces biens incorporels peuvent faire l'objet d'une appropriation<sup>482</sup> et d'une prise en garantie<sup>483</sup>. Il ne s'agit pas ici de traiter de manière exhaustive toutes les possibilités de garantie sur tous les types de biens incorporels. Il suffira d'en examiner certaines, les plus courantes et typiques, telles que les hypothèques sur les droits se rapportant à la propriété intellectuelle et industrielle ou encore celles portant sur la clientèle ou l'achalandage.

**140.** L'intérêt d'une telle analyse est de rendre compte que la dépossession est inadaptée comme condition de formation (A) et comme condition d'opposabilité (B) pour la prise de garantie des propriétés intellectuelles. Le gage est une garantie inadaptée pour ce type de biens. L'hypothèque mobilière sans dépossession nous semble être le seul cadre juridique permettant de garantir les biens incorporels de manière optimale. La prise de garantie sur les biens dits intellectuels comme les droits d'auteurs, les brevets, les marques de commerce, les secrets de fabriques, les connaissances techniques, les secrets commerciaux, le savoir-faire, l'information confidentielle ou la clientèle, le démontre de manière éclatante.

#### **A) La dépossession inopérante comme condition de formation du gage sur des biens dits intellectuels**

---

<sup>481</sup> A titre d'exemples, en droit québécois, les plus courants sont les biens dits intellectuels : les droits d'auteur, les brevets, les marques, les dessins industriels, les noms de domaine, les secrets de fabriques, les secrets commerciaux, les connaissances techniques, l'information confidentielle, le savoir-faire ou la clientèle. D'autres sont moins connus, comme le droit de coupe, le droit de chasse, le droit de pêche, le droit sur les quotas laitiers (sur ce sujet notamment : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 356, p. 8780 (Mme Harel); Avant-projet de loi de 1986, préc., note 95).

<sup>482</sup> C.c.Q., art. 899 et 909.

<sup>483</sup> C.c.Q., art. 2666.



**141.** Le droit positif québécois actuel révèle l'impossibilité d'un gage sur des droits résultant de la propriété intellectuelle. Les auteurs<sup>484</sup> n'ont pas un seul instant envisagé le gage. Compte tenu du caractère immatériel du bien, la dépossession physique ne pouvait, selon eux, se réaliser. Par ailleurs, la remise d'un support matériel constatant l'œuvre de l'esprit ne suffirait pas, *a priori*, à caractériser la détention d'un titre<sup>485</sup>. L'hypothèque mobilière sans dépossession est donc étudiée, sous la plume des auteurs<sup>486</sup>, comme la seule forme possible de garantie.

**142.** Du côté des textes de loi, seule l'hypothèque mobilière sans dépossession est prévue pour les brevets et les marques de commerce par l'article 2684 du *Code civil*<sup>487</sup>. L'hypothèque sur les brevets et les marques de commerce peut être valablement constituée par une personne ou un fiduciaire exploitant une entreprise. Cet article vise à restreindre - tout comme le fait l'article 2683 du *Code civil du Québec* pour certains biens meubles - la capacité du constituant à prendre une hypothèque sans dépossession. Il faut néanmoins souligner que l'emploi de la conjonction « ainsi » à l'alinéa 2 de l'article 2684, laisse supposer que l'énumération proposée n'est pas limitative<sup>488</sup>. L'hypothèque sans dépossession pourrait alors grever d'autres types de biens intellectuels, autres que des marques ou des brevets. L'article 2683 du *Code civil du Québec* qui vise, de manière générale, l'hypothèque mobilière sans dépossession consentie par une personne qui exploite une entreprise sur ses biens meubles, peut aussi être utilisé pour étendre l'hypothèque à

---

<sup>484</sup> Philippe BÉLANGER et Charles-Maxime PANACCIO, « Incidences de la faillite sur la propriété intellectuelle », [2003] 15 *C.P.I.* 475, 479; Serge J. PICHETTE, « La prise en garantie des droits de propriété intellectuelle », dans Stéphanie ROUSSEAU (dir.), *Droit et nouvelle économie du savoir. Journées Maximilien-Caron 2000*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 127, à la page 136; Louis PAYETTE, *Les droits de la propriété intellectuelle et les sûretés*, Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, Hôtel Inter-continental, 22 et 23 septembre 2003 [non publié], p. 14, à la note 36.

<sup>485</sup> Conditions essentielles au gage prévues par les articles 2702 et 2703 C.c.Q.

<sup>486</sup> Se sont prononcés sur cette question spécifique : L. PAYETTE, préc., note 484; S. J. PICHETTE, préc., note 484; P. BÉLANGER et C.-M. PANACCIO, préc., note 484.

<sup>487</sup> C.c.Q., art. 2684.

<sup>488</sup> De cet avis, Louis PAYETTE, « Hypothèque sur propriété intellectuelle », dans L. PAYETTE, préc., note 84, n° 1240, p. 595, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006SUR19; confirmée par *Collège d'enseignement général et professionnel de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance Inc.*, préc., note 47, par. 15, 20, 21 et 22; Pierre CIOTOLA, « Jurisprudence en droit des sûretés : Épisootique ou épisodique? Réactions contaminées ou réfléchies? », (2002) 104 *R. du N.* 85, 85-107.

d'autres biens intellectuels, pris isolément<sup>489</sup> ou au sein d'une universalité de biens. L'article 2666 du *Code civil du Québec* permet aussi de penser que le Code civil du Québec ne se limite à aucun objet incorporel en particulier lorsqu'il prévoit, de manière générale, l'hypothèque sur tout bien meuble corporel ou incorporel<sup>490</sup>. Quant à l'article 35 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*<sup>491</sup>, il envisage l'hypothèque sur le droit d'auteur<sup>492</sup>. Toutefois, ces indices épars nous indiquent que les dispositions du *Code civil du Québec* sont peu loquaces<sup>493</sup>, tout comme la littérature juridique sur la question de l'hypothèque mobilière sur les biens intellectuels<sup>494</sup>. Cette situation pourrait s'expliquer par la compétence du Parlement fédéral reconnue en matière de « propriété intellectuelle<sup>495</sup> ». Toutefois, le domaine du droit des sûretés relève sans aucun doute du droit civil provincial<sup>496</sup>. En tout état de cause, les décisions rendues actuellement par les tribunaux québécois admettent l'hypothèque mobilière sans dépossession prise sur des droits d'auteur<sup>497</sup>, sur un brevet<sup>498</sup> ou sur la clientèle<sup>499</sup>.

<sup>489</sup> Le juge a utilisé ce raisonnement dans *Collège d'enseignement général et professionnel de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance Inc.*, préc., préc., note 47, par. 12 et 22.

<sup>490</sup> Cité par le juge dans *id.*, par. 13 et 14; Marc BOUDREAULT, « Le dixième anniversaire du *Code civil du Québec* : L'évolution dans le domaine des sûretés réelles », (2003) 105 *R. du N.* 675, 693.

<sup>491</sup> *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., c. S-32.01.

<sup>492</sup> Cette disposition interdit aux diffuseurs d'hypothéquer sans le consentement de l'artiste les droits obtenus de ce dernier par contrat ou d'hypothéquer l'œuvre dont l'artiste demeure le propriétaire.

<sup>493</sup> Soulignée par L. PAYETTE, préc., note 488, n° 1243.

<sup>494</sup> L. PAYETTE, préc., note 484; S. J. PICHETTE, préc., note 484; P. BÉLANGER et C.-M. PANACCIO, préc., note 484.

<sup>495</sup> Le Parlement a adopté notamment dans ce domaine: la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4, la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13 et la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. 1985, c. I-9.

<sup>496</sup> Unanimité constatée par L. PAYETTE, préc., note 98, n° 1254, p.626, voire les références citées par l'auteur à la note 2318.

<sup>497</sup> *Télé-Métropole international Inc. c. Banque mercantile du Canada*, [1995] n° AZ-95011573 (C.A.).

<sup>498</sup> Pour la validité d'une hypothèque sans dépossession d'une invention non brevetée: *Collège d'enseignement général et professionnel de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance Inc.*, préc., note 47. Pour une admission de principe d'une hypothèque même future sur un brevet dans *obiter Bear Bay Holding Canada Inc. c. De Lanauze*, préc., note 47, par. 24: « [L]e fait qu'un brevet ne soit pas encore délivré ne constituerait pas en soi un obstacle insurmontable à la constitution d'une hypothèque mobilière, vu les articles 2670 et 2954 C.c.Q. »

<sup>499</sup> *Valiquette c. Valiquette*, préc., note 47.

**143.** Ainsi, les juges ont reconnu la validité d'une hypothèque sans dépossession prise sur une invention non brevetée<sup>500</sup> sur le fondement de l'article 2683 du *Code civil du Québec*. Sous l'ancien *Code civil du Bas Canada*, une cession de droits d'auteur portant sur une œuvre cinématographique effectuée à titre de garantie avait été aussi jugée valable<sup>501</sup>. Dans une cause récente, il a été admis qu'une hypothèque mobilière sans dépossession pouvait être consentie sur « une universalité de dossiers-clients<sup>502</sup> » en garantie du solde de prix de vente d'une entreprise et devait être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers<sup>503</sup>.

**144.** La question du gage sur des biens intellectuels aurait-elle pu se poser devant les tribunaux ? Aurions-nous eu un débat similaire à celui ouvert lors de l'affaire *Val-Brillant* autour cette fois-ci de l'article 2684 du *Code civil*, dans le cas où une personne physique avait envisagé de mettre en garantie, par exemple, son droit d'auteur résultant d'une œuvre littéraire ou d'un logiciel ? Puisque les affaires judiciaires concernent des entreprises, l'article 2684 du *Code civil du Québec* n'a donc pas connu les mêmes difficultés d'application que l'article 2683 dudit Code. Le phénomène de la matérialisation ou la dématérialisation du gage des œuvres de l'esprit n'a donc pas eu lieu<sup>504</sup> et à plus forte raison puisque le législateur est récemment intervenu. Il a permis pour les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise le recours à l'hypothèque mobilière sans dépossession sur les droits découlant de la propriété intellectuelle<sup>505</sup>.

---

<sup>500</sup> Le tribunal a considéré dans cette affaire (*id.*) l'invention non brevetée (technologie et procédé en voie de développement) comme un bien particulier et non une universalité de biens incorporels (par. 12). En rejetant l'application de l'article 2684 (par. 12, 15, 21 et 22), il a retenu l'article 2683 C.c.Q. (par. 22).

<sup>501</sup> *Télé-Métropole internationale Inc. c. Banque mercantile du Canada*, préc., note 497, p. 7.

<sup>502</sup> *Valiquette c. Valiquette*, préc., note 47, par. 21 : « [S]urtout depuis la promulgation du *Code civil du Québec* le 1<sup>er</sup> janvier 1994. »

<sup>503</sup> *Id.*, par. 13, 14 et 35.

<sup>504</sup> Toutefois, au sujet du phénomène de la matérialisation dans le domaine de l'appropriation des matériels biologiques et génétiques (dit domaine des biotechnologies) : voir l'article passionnant de Christophe GALLOUX, « La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine », (1992) 23 *R.D.U.S.* 117, 131.

<sup>505</sup> Article 15.02 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 324, issu du *Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 324.

La dépossession n'agit pas plus comme condition d'opposabilité lors de la prise de garantie d'un bien intellectuel.

## **B) La dépossession inopérante comme condition d'opposabilité de l'hypothèque sur des biens dits intellectuels**

**145.** L'hypothèque mobilière sans dépossession prise sur un droit intellectuel devra faire l'objet d'un enregistrement auprès d'un registre mobilier spécialement prévu à cet effet, le RDPRM, afin de la rendre opposable aux tiers<sup>506</sup>, notamment à l'égard d'un syndic (dans un contexte de faillite). Toutefois, plusieurs dispositions de lois fédérales<sup>507</sup> prescrivent l'enregistrement auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (O.P.I.C.) en cas de « cession » de la propriété intellectuelle. Bien que la cession à titre de garantie ne soit plus reconnue par le droit québécois, il est toutefois difficile de déterminer avec certitude si le créancier qui détient une hypothèque sur un droit de propriété intellectuelle est tenu de l'inscrire, à la fois à l'O.P.I.C. et au registre des droits personnels et réels mobiliers, pour rendre opposable sa sûreté aux tiers et également au syndic de faillite. Les seules certitudes en matière de droits intellectuels sont les suivantes.

D'une part, l'inscription au registre de l'O.P.I.C.<sup>508</sup> crée une présomption d'existence et de titularité du droit intellectuel. L'Office n'a pas pour objectif de rendre opérationnel un régime de sûretés réelles, mais plutôt de mettre en place un régime de présomption

---

<sup>506</sup> C.c.Q., art. 2663 et sous réserve que l'entreprise titulaire du droit intellectuel soit domiciliée au Québec. Nous n'étudierons pas ici les règles de conflits de lois sur les sûretés et notamment lorsqu'elles portent sur des droits intellectuels : voir notamment L. PAYETTE, préc., note 484, p. 17-39; Serge J. PICHETTE, *Les derniers développements en matière de financement et de sûretés. Équipement et l'outillage, créances, propriété intellectuelle*, Conférence de l'Institut canadien des 26 et 27 avril 1999, Toronto, Publications l'Institut canadien, 1999 [non publié], p. 25-29.

<sup>507</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 495, art. 57 (3); *Loi sur les brevets*, préc., note 495, art. 51 et *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, c. 20, art. 31 (3).

<sup>508</sup> L'Office de la propriété intellectuelle du Canada regroupe les Bureaux du droit d'auteur, des brevets, des marques de commerce, des dessins industriels, des topographies.

simple<sup>509</sup> d'existence de droits de propriété intellectuelle, ce qui a d'ailleurs été confirmée par les juges<sup>510</sup>.

D'autre part, le droit d'auteur existe sans enregistrement à l'Office contrairement au brevet qui n'existe pas de plein droit<sup>511</sup>. Que l'auteur ait enregistré ou non son droit, la loi lui permet aussi d'enregistrer la cession afin de la rendre opposable à un cessionnaire subséquent<sup>512</sup>.

**146.** Pour l'instant, les tribunaux ne se sont penchés qu'une fois sur cette question et ce, sous l'empire de l'ancien droit. Dans un cas de cession de droits d'auteur effectuée à titre de garantie, la Cour d'appel du Québec avait considéré que l'enregistrement à l'O.P.I.C. « ne conférait aucune valeur juridique comme telle, de sorte que la priorité d'enregistrement ne donnait aucun droit supérieur » au second cessionnaire<sup>513</sup>. Selon cette décision, le syndic pourrait soulever l'inopposabilité d'une hypothèque prise sur un droit d'auteur simplement enregistrée à l'O.P.I.C.

**147.** Le mot « cession » peut être interprété ou entendu par une loi fédérale comme la constitution d'une sûreté. L'existence d'une sûreté sur un droit de propriété intellectuelle est constatée sur un registre provincial alors que l'existence même du droit de propriété est établie au moyen d'un enregistrement fédéral<sup>514</sup>. Celui qui se voit céder ce même droit dit vérifier auprès des deux registres. Cette situation représente un facteur de risques certain; l'éparpillement des registres favorise en effet l'opacité et met l'accent sur le défaut d'uniformité et de cohérence du système de publicité mis en place par le registre des droits personnels et réels mobiliers

---

<sup>509</sup> *Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1959] S.C.R. 602; L. PAYETTE, préc., note 488, n° 1246.

<sup>510</sup> *Poolman c. Eiffel Productions S.A.*, [1991] 35 C.P.R. (3d) 384 (C.F.P.I.). De manière incidente, le juge a considéré que l'enregistrement d'un droit d'auteur « creates nothing more than a presumption of ownership of such interest which is rebuttable »; P. BÉLANGER et C.-M. PANACCIO, préc., note 484, 480.

<sup>511</sup> Un dépôt à l'O.P.I.C. permettra à l'inventeur de faire valoir ses droits.

<sup>512</sup> *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 495, art. 57 (3).

<sup>513</sup> *Télé-Métropole internationale Inc. c. Banque mercantile du Canada*, préc., note 497.

<sup>514</sup> P. BÉLANGER et C.-M. PANACCIO, préc., note 484, 481.

En pratique, pour atténuer ce risque, il est recommandé d'enregistrer l'hypothèque auprès des deux registres<sup>515</sup> et de joindre à la demande d'enregistrement auprès de l'Office de la propriété intellectuelle un exemplaire de l'acte d'hypothèque. Toutefois, il serait préférable qu'un registre central et fédéral soit mis en place, comme le recommandait la Commission du Droit du Canada, pour réduire l'incertitude juridique ainsi créée, notamment en cas de conflits entre créanciers hypothécaires de différentes provinces du Canada<sup>516</sup>. À moyen terme, le législateur québécois pourrait prévoir un enregistrement de l'hypothèque automatique et simultané dans les deux registres, provincial et fédéral, que l'inscription se fasse auprès de l'office de la propriété intellectuelle ou auprès du registre des droits personnels et réels mobiliers. Les moyens informatiques le permettent aisément. En conclusion, la dépossession a donc été délaissée au profit de l'enregistrement pour rendre opposable la prise de garantie des propriétés intellectuelles.

**148.** En conclusion, les errements de la technique législative québécoise de 1991 et de 1998 ont repoussé le système dans ces derniers retranchements. Les juges ont dû admettre le gage sur des créances non représentées par des titres négociables pour permettre aux particuliers d'hypothéquer valablement ce type de biens comme cela leur était possible sous l'ancien droit. Les juges ont remplacé le législateur et ont extrapolé les dispositions sur le gage. La dépossession physique côtoie la dépossession dématérialisée. Elle comporte un double sens, elle forme le contrat de gage et le rend opposable aux tiers. La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et des titres intermédiés* a suivi ce phénomène au risque de rendre le système encore plus complexe. En effet, les règles concernant le gage de biens incorporels sont loin d'être uniformes et rationnelles. Les valeurs mobilières et les titres intermédiés bénéficiant de règles de constitution dérogatoires au droit commun du gage provoquent aussi un déséquilibre majeur entre les sûretés mobilières avec et sans

---

<sup>515</sup> L. PAYETTE, préc., note 488, n° 1309 et 1314; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 1258, p. 629; S. J. PICHETTE, préc., note 506, p. 24.

<sup>516</sup> L. PAYETTE, préc., note 484, Annexe 1 « Commission du droit du Canada, Capitaliser le savoir »; Chantal DESJARDINS, « Licence de marques de commerce – survol des décisions administratives et judiciaires », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2004)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2004, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2004DEV553.

dépossession L'inscription au RDPRM est supplantée par la maîtrise. L'hypothèque sans dépossession perd dès lors de son attractivité. L'ordre de rang et les règles d'opposabilité sont bouleversés au détriment de la sécurité juridique des tiers. Les ayants cause ne pourront plus se fier à l'apparence des transactions. Pour les sûretés grevant des biens dits intellectuels, des prescriptions particulières sont nécessaires pour rendre leur hypothèque opposable aux tiers. La dépossession ne joue plus son rôle habituel d'information légale vis-à-vis des tiers, preuve supplémentaire de son caractère inopérant et imparfait. L'hypothèque mobilière sans dépossession offre, selon nous, une garantie plus appropriée pour les biens dits intellectuels.

## **Section II - Les incohérences actuelles liées au rôle joué par la dépossession en droit positif français**

**149.** Les rédacteurs de l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>517</sup> ont souhaité faire du gage avec dépossession une exception. La distinction entre le gage avec dépossession et sans dépossession n'est ni simple, ni limpide. Ainsi qu'il a été expliqué ci-avant, le législateur a mélangé les genres en affublant d'une dépossession fictive certains gages (appelés désormais nantissements lorsqu'ils portent sur des biens incorporels) dits sans dépossession<sup>518</sup> (par exemple, les nantissements de compte-titres, de créance, ou de logiciel). En outre, il a maintenu cette multitude de nantissements spéciaux sans dépossession à côté du gage sans dépossession de droit commun. Ce foisonnement chaotique<sup>519</sup> des différents régimes de sûretés mobilières, qui existait déjà et avait été dénoncé avant la réforme de 2006, persiste malgré les nombreuses innovations survenues. Cette constatation fera l'objet d'une analyse détaillée (§ 1.).

---

<sup>517</sup> Commentaires sur la réforme : voir notamment les auteurs précités aux notes 266 et 268.

<sup>518</sup> Voir nos développements précédents.

<sup>519</sup> D. LEGAIS, préc., note 59, p. 9-29.

**150.** La dépossession agit, sous une forme nouvelle, comme une condition d'opposabilité dans le régime du nantissement de créances ou dans celui du nantissement de biens incorporels (autres que les créances), grâce à une application « incidente » des règles du gage de droit commun (§ 2). Ce nouveau rôle marque toutefois une des incohérences notables du droit des sûretés mobilières français. La dépossession a aussi été maintenue par la loi, de manière fictive, dans le gage automobile<sup>520</sup> et dans le nantissement de compte de titres comme une condition d'opposabilité ou même de formation. Cette attribution demeure fictive ou du moins insuffisante pour remplir sa fonction de publicité à l'égard des tiers. Par conséquent, il existe dans certains cas des risques de conflits entre les créanciers. Nous terminerons enfin par examiner le rôle joué par la dépossession lors de la prise d'une sûreté portant sur des biens issus de la propriété intellectuelle ou industrielle. Nous verrons qu'elle se révèle tout aussi inadaptée comme il a été précédemment démontré dans le nantissement de créances ou le nantissement d'autres biens incorporels (§ 3).

### **§ 1. L'éparpillement et le défaut de rationalité de l'ordonnance du 23 mars 2006**

**151.** Telle une liste non exhaustive<sup>521</sup> à la Prévert, où la poésie ferait place à l'étourdissement, les sûretés mobilières sur les biens incorporels s'énumèrent de la manière suivante : le nantissement de créances civiles et commerciales, le nantissement de compte-titres<sup>522</sup>, le nantissement de parts civiles<sup>523</sup>, le nantissement de parts de sociétés

<sup>520</sup> Voir nos développements précédents, *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, B) La dépossession fictive créée par la réforme française.

<sup>521</sup> Seules les principales sûretés mobilières portant sur les biens incorporels seront décrites.

<sup>522</sup> Seulement pour indication, les garanties financières sont de nouvelles formes de sûretés mobilières sur les instruments financiers : *Loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne*, J.O. 4 janv. 1983, p. 162, modifiée par la *Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières*, J.O. 4 juill. 1996, p. 10063, modifiée par l'*Ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière*, préc., note 301, modifiée à nouveau par l'*Ordonnance n° 2009-526 du 12 mai 2009*, art. L. 211-38, I-IV, C. monét. et fin.

<sup>523</sup> C. civ., art. 1866 et art. 53 à 57 du *Décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil*, préc., note 272.



commerciales<sup>524</sup>, le nantissement de fonds de commerce, artisanal et agricole<sup>525</sup>, le nantissement de créances professionnelles et la cession de créances professionnelles à titre de garantie<sup>526</sup>, le nantissement sur une police d'assurance-vie<sup>527</sup>, le nantissement de logiciels<sup>528</sup> et le nantissement de brevets<sup>529</sup>.

**152.** L'existence même de ces sûretés spéciales appelées souvent sans dépossession est la preuve évidente que la dépossession est inadéquate puisqu'elle conduirait à l'immobilisation économique du bien et réduirait alors à néant la valeur du bien<sup>530</sup>. La valeur du bien incorporel (qui est soit une créance soit un bien intellectuel) doit être maintenue ou augmentée par l'utilisation ou l'exploitation du bien par le débiteur. Dans certains cas, il est possible de prévoir que le créancier puisse bénéficier des fruits de la créance pour les imputer sur les intérêts voire sur le capital de la dette (par exemple, dans les cas de nantissements de créances ou de compte-titres). Toutefois, l'utilisation du bien par le débiteur permet sa valorisation et a pour avantage de maintenir l'assiette de la sûreté.

**153.** Pour certaines de ces sûretés spéciales, la dépossession est remplacée par un substitut de formalité comme une déclaration (au teneur de compte dans le cas du nantissement de compte de titres) ou une notification au débiteur cédé (dans le cas du nantissement par bordereau Dailly, du nantissement de créances, de parts de sociétés civiles ou de police d'assurance). Pour d'autres sûretés, l'inscription à un registre permet de remplir l'exigence de la dépossession (comme dans les cas de nantissement de parts civiles, de fonds de commerce, de brevets et logiciels) ou s'y ajoute (le cas du nantissement de

---

<sup>524</sup> Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, préc., note 272 et C. com., art. L. 221-14 et L. 223-15.

<sup>525</sup> Respectivement Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, préc., note 272, art. 22 et Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, préc., note 272 (art. L. 311-3 du Code rural et de la pêche maritime).

<sup>526</sup> Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises, préc., note 272, modifiée par la Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, préc., note 272; devenu art. L. 313-23 C. monét. et fin.

<sup>527</sup> C. assur., art. L. 132-1.

<sup>528</sup> Code de la propriété intellectuelle, art. L. 132-34.

<sup>529</sup> *Id.*, art. L. 613-8.

<sup>530</sup> C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57, n° 322 et 343, p. 257 et 271.

parts de sociétés commerciales). Ainsi, la prise de garantie sur ces biens incorporels doit pouvoir se faire en maintenant la valeur de l'assiette. La dépossession physique ne le permet pas. Elle ne rimerait d'ailleurs à rien puisque la perte des utilités du bien entraînerait la perte de l'objet de la sûreté. Le maintien entre les mains du débiteur de l'objet garanti constitue la condition d'existence et de maintien de la valeur de la sûreté. Ainsi, le modèle du gage entendu avec dépossession est dépassé sur ce type de bien incorporel. L'appellation même de « nantissement » est erronée. En réalité, ces sûretés spéciales dénommées nantissements appliquent la mécanique de l'hypothèque mobilière (entendue sans dépossession) avec son droit de préférence (son droit sur la valeur du bien) et bien souvent son droit de suite.

**154.** Tout effort de systématisation est rendu laborieux<sup>531</sup> en matière de sûretés mobilières. Les tables des matières des ouvrages de références<sup>532</sup> illustrent parfaitement cet état de fait, et ce, en dépit de la réforme. D'un point de vue pratique, la consultation d'une multitude de registres spéciaux rend la tâche ardue à tout créancier ou acheteur éventuel<sup>533</sup>. Par exemple, sont compétents pour recevoir l'opposabilité des droits dits réels accessoires; les registres des greffes du tribunal de commerce (nantissement du fonds de commerce, nantissement de parts sociales et de parts civiles), du tribunal d'instance (pour les warrants agricoles), les services administratifs de la préfecture (pour le gage automobile), les centres de recettes des douanes (pour les navires et les aéronefs), les bureaux de l'I.N.P.I. (pour les propriétés industrielles et intellectuelles).

Cette prolifération de registres spéciaux, sans compter le nouveau registre national pour le gage sans dépossession de droit commun tenu auprès des greffes des tribunaux de commerce même pour les non-commerçants (décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 complété par un arrêté du 1<sup>er</sup> février 2007), est symptomatique. La difficulté d'accessibilité

---

<sup>531</sup> *Id.*, introduction.

<sup>532</sup> Pour quelques exemples : P. ANCEL, préc., note 17; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167.

<sup>533</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 498 et 517, p. 220 et 243.

à l'information pourrait favoriser un climat de frilosité économique; les créanciers pourraient préférer limiter leur concours aux entreprises<sup>534</sup>.

## § 2. La dépossession comme condition d'opposabilité

**155.** La dépossession est considérée comme une mesure de publicité en matière de nantissement de biens incorporels, de créances, de parts sociales, civiles et de polices d'assurance-vie. Toutefois, la technicité et la variété des règles juridiques entourant la dépossession ne facilitent pas l'accès à l'information légale et contribuent ainsi à un certain climat d'insécurité juridique pour les tiers.

### A) Le gage de droit commun et son incidence sur le nantissement de biens incorporels

**156.** Comme il a été dit, l'une des innovations majeures de la réforme issue de l'ordonnance de 2006 a été de supprimer le caractère réel du contrat de gage qui est devenu dès lors un contrat solennel, parfait par le seul établissement d'un écrit. En dépit de cette petite révolution au sein du gage, la dépossession ne perd pas tout son intérêt<sup>535</sup>. Elle est perçue comme une condition d'opposabilité au même titre que la publicité au sein d'un registre. Cette nouveauté confirme une large opinion doctrinale<sup>536</sup>. Cet abandon du caractère réel permet aussi de consacrer officiellement le principe du gage sans dépossession.

**157.** Le législateur a souhaité modifier la catégorie des nantissements, désormais réservée aux seules garanties portant sur des biens incorporels. Cette classification dénote un choix volontaire du législateur qui a voulu différencier les régimes des sûretés

---

<sup>534</sup> *Id.*, n° 498, p. 204.

<sup>535</sup> Dominique LEGAIS, « Le gage de meubles incorporels », *Contrats, conc., consom.* 2006.13.

<sup>536</sup> D. LEGAIS, préc., note 59; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21.

mobilières en fonction de l'assiette de la garantie<sup>537</sup>, et ce au détriment d'une conception unitaire de la notion de sûreté. Toutefois, ironie de l'histoire, le nantissement de biens incorporels autre que celui des créances est soumis selon l'alinéa 5 de l'article 2355 du Code civil français, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de biens meubles corporels. Ainsi, la portée de la distinction entre gage et nantissement se trouve amoindrie par l'effet de cette disposition<sup>538</sup>.

Le législateur renvoie, de manière laconique, le régime des nantissements de biens incorporels à celui du gage de droit commun. En effet, un unique alinéa (article 2355, alinéa 5 du Code civil) sur le nantissement de biens incorporels contre onze qui concernent le nantissement de créances. Cette situation favorise les interprétations multiples<sup>539</sup> et alimente le mystère autour de cette catégorie résiduelle<sup>540</sup> qui se trouve être noyée parmi la multitude de dispositions spéciales se rapportant à des nantissements sur des biens incorporels. Le malaise est à son comble lorsqu'on prend conscience que les dispositions spéciales ne sont pas complètes, en ce sens que les nantissements concernés ne font pas l'objet de règles spéciales relatives à leur effet ou leur réalisation. Seuls les régimes spéciaux en tant que tels, comme ceux concernant le nantissement de compte de compte-titres<sup>541</sup>, le nantissement du solde créditeur d'un compte<sup>542</sup>, de police d'assurance<sup>543</sup>, le nantissement sur un fonds de commerce, artisanal ou agricole<sup>544</sup> ou le nantissement des oeuvres cinématographiques<sup>545</sup> peuvent « survivre » sans le droit commun du gage. En revanche, pour n'en citer que quelques uns, les nantissements des parts sociales, des logiciels, des dessins et modèles, des brevets d'invention, des marques et d'autres encore

<sup>537</sup> C. ALBIGES et Y. PICOD, préc., note 179, n° 2-4.

<sup>538</sup> Voire privée d'effet, selon C. LISANTI, préc., note 277.

<sup>539</sup> J. STOUFFLET, préc., note 266.

<sup>540</sup> Philippe DUPICHOT, « Le nantissement. Un an après », L.P.A. 2008.27.

<sup>541</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20.

<sup>542</sup> Il faut garder de le confondre avec le nantissement de monnaie scripturale appelé aussi, à tort, gage-espèces. La dépossession est réalisée par le transfert des fonds sur un compte ouvert au nom du constituant.

<sup>543</sup> C. assur., art. L. 132-10.

<sup>544</sup> Pour le fonds de commerce : C. com., art. L. 142-1 et suiv.; pour le nantissement artisanal : *Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat*, préc., note 272, art. 22; pour le nantissement agricole : C. rur., art. L. 311-3.

<sup>545</sup> Code de l'industrie cinématographique, art. 31 et suiv. (abrogés au 26 juillet 2009). Ces articles ont été remplacés par les articles L. 121-1 et suiv. du Code du cinéma et de l'image animée.

comme le nantissement de monnaie scripturale<sup>546</sup>, ne sont pas dotés de régimes juridiques complets. Ils sont dès lors cantonnés au régime du gage de droit commun qui joue un rôle subsidiaire<sup>547</sup>. Ce morcellement des régimes ne peut guère susciter l'approbation<sup>548</sup>.

Si on se fie au renvoi législatif (article 2355 alinéa 5 du Code civil), la dépossession est donc une condition d'opposabilité pour ces différents types de nantissement de biens incorporels. À l'évidence, son application sera malaisée. La publicité ne pourra être effectuée que par inscription, seule voie possible en pratique. Ainsi, par le truchement des dispositions de droit commun, le législateur en est venu, consciemment ou non, à favoriser

---

<sup>546</sup> Dans le silence de la loi, le nantissement de monnaie scripturale est soumis au régime général des nantissements de biens incorporels, c'est-à-dire que les règles prévues pour le gage de biens corporels lui seront applicables par renvoi (art. 2355 al. 4 C. civ.). En effet, malgré la proposition de la commission Grimaldi, le nantissement de monnaie scripturale (garantie sur des fonds inscrits sur un compte bancaire bloqué) appelé, à tort, dans la pratique, gage-espèce, n'a pas été retenu dans l'ordonnance. Seul le nantissement du solde créditeur d'un compte bancaire a été prévu par l'article 2360 nouveau du Code civil. Le droit positif éprouve actuellement des difficultés à maîtriser les différences entre ces deux types de nantissements alors que leurs effets diffèrent dans un contexte de faillite. Contrairement au nantissement de monnaie scripturale, véritable aliénation fiduciaire, qui a pour objet et finalité le transfert de propriété immédiat du bien nanti, le nantissement du solde créditeur d'un compte a pour effet et non pour objet, de rendre propriétaire le créancier en raison de la fongibilité de la monnaie (art. 2341 al. 3 C. civ.) et sous réserve de l'existence d'un pacte commissoire (art. 2348 C. civ.). En effet, lorsque le gage porte sur des choses fongibles, telle que la monnaie, le créancier peut être dispensé de les tenir séparément des choses de même nature qui lui appartiennent, et dans ce cas, il en acquiert la propriété. À cela s'ajoute, la possibilité pour les parties de conclure un pacte commissoire permettant ainsi au créancier, en cas de défaillance de son débiteur, d'acquérir la propriété des biens affectés en garantie, et ce, sans solliciter l'attribution judiciaire du gage. Dans ces conditions, la différence de qualification entre nantissement de solde créditeur et nantissement de monnaie scripturale, appelé gage-espèces, est subtile d'autant que l'enjeu pratique est évident dans un contexte de procédure collective. En effet, en cas de défaillance du débiteur, le créancier bénéficiaire d'un nantissement du solde créditeur ne pourra conserver la propriété des espèces que par l'effet du pacte commissoire, dont la mise en œuvre peut être justement paralysée du fait de la procédure collective du débiteur. À l'inverse, s'agissant du nantissement de monnaie scripturale, le créancier conserve la propriété définitive des sommes, en cas de défaut de paiement du débiteur, au seul titre du dénouement du nantissement. Après avoir requalifié en nantissement une cession fiduciaire de créance (Civ., 19 déc. 2006, J.C.P. éd. E. 2007.1137, note Legeais; Laurent AYNÈS, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir? », D. 2007.961), la Cour de cassation a réaffirmé la validité du gage-espèce, véritable transfert fiduciaire de monnaie et sa spécificité par rapport au nantissement dans un arrêt du 6 février 2007 (Com., 6 févr. 2007, R.D.C. 2008.425, obs. Aynès, *R.D. bancaire et fin.* 2007.3.19, n° 111, note Legeais). Le critère de qualification en gage-espèces, retenu dans cette affaire, semble être le cas où les sommes aient été « transférées à un compte impersonnel, purement interne à la banque ouvert au nom (du constituant) pour la seule commodité des écritures ».

<sup>547</sup> Pour un inventaire à la P. DUPICHOT, préc., note 540.

<sup>548</sup> *Id.*; D. LEGEAIS, préc., note 535.

le modèle du gage sans dépossession pour les nantissements de biens incorporels<sup>549</sup>. Comme un auteur le mentionnait si justement, encore faut-il « pour gagner la confiance des créanciers que la publicité organisée sur le registre spécial de publicité s’y prête<sup>550</sup> ». On pourrait donc s’interroger sur l’opportunité d’avoir conservé les autres nantissements spéciaux. La réforme de 2006 marque ici encore ses limites en favorisant l’éparpillement au détriment de l’unité.

**158.** En conclusion, par l’effet de l’article 2355, alinéa 5 du code civil, la dépossession matérielle a été maintenue pour rendre opposable le nantissement de biens incorporels. À l’évidence ce choix demeure inadéquat.

## **B) Le nantissement de créances**

**159.** Le nantissement<sup>551</sup> de créances de droit commun, qui tire vraisemblablement son origine romaine du *pignus nominis*, a subi une transformation totale<sup>552</sup> du fait de la réforme de 2006. Toutefois, ce sont les règles qui concernent son opposabilité qui suscitent notre intérêt. La dépossession fut pendant longtemps la règle incontournable exigée comme condition de validité<sup>553</sup> et supposait le respect des règles prévues à l’ancien article 1690 du Code civil<sup>554</sup>. En effet, du fait du principe de l’intransmissibilité des créances en droit romain<sup>555</sup> et de la difficulté à concevoir une mise en possession entendue au sens classique de « mainmise matérielle », le droit romain<sup>556</sup>, la Coutume de Paris et l’Ancien Droit avaient donc trouvé une parade au dogme de la matérialité de la possession en considérant

<sup>549</sup> Grégoire LOISEAU, « L’article 2279 du Code civil ne s’applique pas à une licence de débit de boissons », J.C.P. 2006.II.10143.

<sup>550</sup> *Id.*

<sup>551</sup> Sur l’origine du mot nantissement voir notamment C. ALBIGES et Y. PICOD, préc., note 179, n° 1.

<sup>552</sup> Son assiette s’est étendue, elle peut porter désormais non seulement sur des créances présentes et futures, elle est aussi susceptible d’être constituée pour un temps déterminé (art. 2358 C. civ.). Ses conditions de forme et réalisation se sont également allégées et simplifiées (art. 2363 et 2364 C. civ.).

<sup>553</sup> Ancien article 2076 du C. civ.

<sup>554</sup> Voir nos développements précédents, *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, § 3.

<sup>555</sup> G. DELVAS, préc., note 23, p. 4.

<sup>556</sup> En droit romain, le créancier devait s’empressement d’effectuer une *denunciatio* de la convention *pignus nominis* au tiers débiteur. Le *denunciatio* serait l’ancêtre de la signification : *Id.*, p. 21 et 25.

que la signification pouvait remplir cette office. Le seul moyen de transférer au créancier les pouvoirs qu'avait le constituant sur le droit mis en gage consistait à interdire au débiteur de la créance nantie de payer le constituant<sup>557</sup>. La signification valait donc possession pour le créancier nanti. Ainsi, les formalités de l'acceptation du nantissement par le débiteur de la créance nantie dans un acte authentique ou de la signification de la mise en gage au débiteur, formaient l'équivalent de la mise en possession du créancier nanti. Les règles de la cession de créances permettaient d'atteindre un tel résultat<sup>558</sup>.

Pendant longtemps, la doctrine et les tribunaux ont conçu la signification comme une condition essentielle pour parfaire la convention de nantissement<sup>559</sup>. Cette signification permettait au créancier de prendre « possession extérieure de son droit<sup>560</sup> ». Elle avait une fonction « d'ensaisissement » du créancier<sup>561</sup>. Cette signification avait pour rôle de saisir le créancier non plus à l'égard du cédant, mais à l'égard des tiers. L'argument de texte de l'ancien article 1690 du Code civil était invoqué à l'appui de cette opposabilité *erga omnes* de la signification, qui paraissait d'ailleurs, à l'époque, déjà critiquable selon certains auteurs<sup>562</sup>.

Cette signification est désormais remplacée par la simple faculté de notification<sup>563</sup>, dont la réalisation n'est utile, selon le nouvel article 2362 du Code civil français, que pour rendre le nantissement opposable au débiteur de la créance nantie. Ainsi, à la lecture de l'article 2361 du Code civil français, le nantissement de créances, présentes ou futures, prendrait effet entre les parties et deviendrait opposable aux tiers à la seule date de l'acte de nantissement. Aucune formalité supplémentaire ne serait requise. Ce régime de droit commun est calqué

<sup>557</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 527, p. 253.

<sup>558</sup> G. DELVAS, préc., note 23, p. 21.

<sup>559</sup> R. T. TROPLONG, préc., note 107, n° 265, p. 258 et 259; D. LEGEAIS, préc., note 59, p. 39, à la note 53; Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 112.

<sup>560</sup> R. T. TROPLONG, préc., note 107, t. 1, n° 10, citant l'article 180 de la Coutume de Paris.

<sup>561</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, p. 37.

<sup>562</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 118, t. VII, n° 1117, p. 496; Eugène GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Sirey, 1935, p. 456, note 1 : Selon cet auteur, l'ensaisissement du cessionnaire était une anomalie qui avait une explication historique; *Id.*, p. 39.

<sup>563</sup> Ou l'intervention du débiteur à l'acte.

sur l'autre régime spécial de nantissement de créances professionnelles par bordereau Dailly<sup>564</sup>.

L'exigence de la signification de l'acte de nantissement, sous peine de nullité, a donc disparu avec la réforme de 2006. La seule condition de validité du nantissement posée par le nouvel article 2356 du Code civil est la forme écrite, acte authentique ou sous seing privé. Toutefois, l'exigence de la notification, présentée comme une simple faculté, ne doit pas méprendre le juriste; cette notification et, elle seule, pourra valablement rendre le nantissement opposable au débiteur de la créance nanti et donc lui permettre de se libérer valablement entre les mains du créancier. Il faut regretter ce principe de simple notification au débiteur cédé et celui d'opposabilité aux tiers convenu à la date de l'acte constitutif de nantissement. Ces principes conduisent inéluctablement à donner effet à des sûretés occultes<sup>565</sup>.

**160.** Quant à l'exigence de la remise du titre traditionnellement admise par la jurisprudence<sup>566</sup>, puis tombée en désuétude ces dernières années<sup>567</sup>, elle a été clairement abandonnée par l'ordonnance de 2006. Cette condition avait pour origine une confusion entre les régimes du nantissement de créances et celui du gage sur des biens corporels. La remise du titre constatant la créance était censée assurer une fonction similaire à la remise du bien : celle d'éviter que le constituant constitue une autre sûreté sur le même bien<sup>568</sup>. Elle semble désormais abandonnée<sup>569</sup>. Bien heureusement, la remise du titre ne peut procurer au créancier la même sécurité que la remise d'un bien corporel à moins de lui remettre un original ou un exemplaire unique qui empêcherait le constituant de recouvrer lui même la créance ou de l'offrir à nouveau en crédit. Comme le réclame le professeur

---

<sup>564</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 527, p. 253.

<sup>565</sup> J. STOUFFLET, préc. note 266, n° 17.

<sup>566</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, p. 37.

<sup>567</sup> Déjà, seule l'exigence de la signification était posée comme essentielle. Quant à la remise du titre, cette condition était écartée lorsqu'elle s'avérait impossible matériellement : Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 112; Com., 23 janv. 2001, J.C.P. 2001.I.315, n° 15, 17 et 356, obs. Delebecque, *Défrenois* 2001.942, obs. Théry.

<sup>568</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, p. 42.

<sup>569</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 528, p. 254.



Dominique Legeais, la dépossession d'un bien incorporel, notamment une créance, mérite une nouvelle proposition adaptée à la nature juridique du bien donné en garantie qui ne peut être assimilée à la mise en possession d'un bien corporel<sup>570</sup>. La remise de la chose a une fonction préventive que ni la notification, ni la remise du titre ne possèdent<sup>571</sup>.

**161.** Pour le nantissement de créances, la notification en tant que mesure équivalente pour la dépossession<sup>572</sup> est la seule condition admise pour rendre opposable le nantissement au débiteur de la créance nantie. Cette formalité fut conçue à l'origine de manière large puisqu'elle était censée rendre le nantissement opposable *erga omnes*<sup>573</sup>. Très critiquée par la doctrine, y voyant une mesure de publicité imparfaite<sup>574</sup>, elle s'est transformée par l'effet de la loi en une simple faculté pour le créancier. À l'évidence, cette simple possibilité de notification demeure imparfaite puisqu'elle n'agit qu'à l'égard du débiteur cédé. En effet, l'effectivité du principe d'opposabilité est réduite à néant même si, selon un auteur<sup>575</sup>, le contrat serait en principe opposable aux tiers dès sa conclusion. L'ordonnance semble avoir consacré ce principe. On ne saurait acquiescer à une telle règle en matière de sûretés où la loi se doit d'assurer une publicité cohérente et complète. Une fois la notification effectuée, le créancier nanti pourrait conserver les créances en cas de défaillance du débiteur. Toutefois, le créancier nanti pourrait-il conserver le paiement reçu face à un créancier de rang préférable au sien si ce dernier lui en demande la restitution<sup>576</sup> ? Il existe un risque de conflits entre les créanciers successifs nantis sur les mêmes créances comme en matière de cession par bordereau Dailly<sup>577</sup>. Le premier créancier nanti pourrait invoquer l'exception de compensation entre le paiement reçu et le montant lui restant dû par le constituant. Cette

<sup>570</sup> D. LEGEAI, préc., note 59, p. 45.

<sup>571</sup> *Id.*, p. 41.

<sup>572</sup> *Id.*, p. 42.

<sup>573</sup> *Id.*, n° 82, p. 53.

<sup>574</sup> Notamment *id.*, p. 46-61 et notamment p. 52 et 59; Jacques GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », dans *La transmission des obligations. Travaux des IX<sup>es</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 5, n° 35, à la page 26.

<sup>575</sup> Jacques GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université McGill, Institut de droit comparé, 1982, n° 347 p. 272.

<sup>576</sup> L. AYNÈS et P. CROCCO, préc., note 62, n° 536, p. 260.

<sup>577</sup> Christian LARROUMET, « Le conflit entre cessionnaire successif d'une créance transmise par bordereau », J.C.P. éd. E 1990.II.15877; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 1263, p. 339, à la note 3.

exception aurait pu être valablement opposée en son temps envers le constituant. Le créancier ayant reçu la notification et les sommes en paiement pourrait être préféré au second créancier de rang pourtant antérieur au sien<sup>578</sup>.

**162.** À côté du nantissement de créances, un régime spécial institué par la loi du 4 janvier 1978 coexiste pour le cas du nantissement de parts de sociétés civiles<sup>579</sup>. La dépossession, prévue à l'article 1866 alinéa 2 du Code civil par signification, a été calquée sur l'ancien article 2076<sup>580</sup>. Le nantissement de parts civiles doit alors être signifié par acte authentique ou sous seing privé à la société ou accepté par elle dans un acte authentique. En sus, cet article prévoit la publicité du nantissement par inscription au greffe du tribunal de commerce pour déterminer le rang des créanciers nantis<sup>581</sup>. Une double publicité est donc requise<sup>582</sup>. Ce régime spécifique n'a pas été modifié par la réforme de 2006. On peut alors regretter l'émiettement du régime du nantissement de droit commun sur une créance.

---

<sup>578</sup> En ce sens, Com., 4 juill. 1995, *RTD com.* 1995.822, obs. Cabrillac; Com., 30 janv. 2001, D. 2001.1238, obs. Delpéch; *Contra* : Com., 16 mai 1995, *RTD civ.* 1995.937, obs. Crocq (conflit entre un cessionnaire ayant reçu paiement des créances cédées et un créancier sous traitant, la cession dailly a été considérée comme inopposable au créancier sous-traitant).

<sup>579</sup> Les articles 1866 et suiv. du C. civ. régissent son régime. En raison de l'*intuitu personae* qui caractérise ces sociétés de personnes, des dispositions particulières sont prévues notamment une procédure d'agrément du créancier non associé (art. 1867 C. civ.); Gaël PIETTE, *Droit des sûretés. Sûretés personnelles. Sûretés réelles*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Gualino, 2007, p. 110 et 111.

<sup>580</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 775, p. 537; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 530, p. 255 et à la note 22.

<sup>581</sup> Cette publicité est réglementée par le *Décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil*, préc., note 272. Lorsque l'acte est notarié, l'article 54 al. 1 dudit décret prévoit qu'il appartient au créancier nanti de remettre au greffe une copie de l'acte authentique ainsi que de l'avis de nantissement contenant notamment le nom des parties, le nombre de parts sociales nanties et le montant de la garantie. En l'absence de texte, la pratique a conféré au notaire un rôle d'agent de la publicité. La Cour de cassation a même déclaré responsable le notaire pour ne pas avoir inscrit le nantissement de parts sociales de son client ayant subi un préjudice; un tiers ayant inscrit ultérieurement sur ces mêmes parts. Le notaire doit désormais veiller à garantir l'efficacité du nantissement de parts sociales. Cette fonction dépasse son obligation de conseil : Christophe ALBIGES, « Efficacité d'une sûreté et intervention d'un notaire », D. 2009.602.

<sup>582</sup> S'y ajoute, en raison de l'*intuitu personae*, une mesure d'agrément du créancier nanti par la société devra être respectée, par exemple pour le nantissement de parts de SARL, art. L. 223-14 et L. 223-15 C. com.

**163.** Une autre difficulté s'ajoute à la précédente puisque le nantissement de parts commerciales est soumis, quant à lui, au droit commun du gage des biens corporels<sup>583</sup>, et non à celui du nantissement de créances<sup>584</sup> de droit commun. En effet, le nantissement de parts de Société en Nom Collectif (SNC) ou de Société à responsabilité limitée (SARL) doit être constitué par écrit et son opposabilité est soumise soit à une dépossession, soit à une publicité au registre spécial institué par décret<sup>585</sup>. Il serait souhaitable<sup>586</sup> qu'il fasse l'objet d'une inscription - plutôt que d'une dépossession imparfaite<sup>587</sup> - au greffe du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation de la société dont les parts sont nanties sous réserve de respecter certaines mentions légales<sup>588</sup>. Il est donc préférable d'opter pour l'opposabilité par voie d'inscription au registre spécial de publicité du gage sans dépossession<sup>589</sup>. S'agissant de la constitution d'un tel nantissement, à défaut de dispositions spéciales, et en application de l'article 2355, alinéa 4 du Code civil, on pourrait simplement supposer que la rédaction d'un écrit en assurerait la validité<sup>590</sup>. À l'évidence, ce régime de nantissement de parts sociales pourrait être amélioré en vue de lui donner une meilleure lisibilité quant à son régime et le rendre cohérent avec le nantissement de parts civiles ou le nantissement de créances de droit commun.

---

<sup>583</sup> Le nantissement des parts de sociétés commerciales est aussi visé par l'article L. 521-1 C. com. qui prévoit simplement qu'il peut être établi par un transfert sur les registres de la société. Toutefois, son régime obéit au droit commun du gage sans dépossession, P. ANCEL, préc., note 17, n° 328, p. 141.

<sup>584</sup> Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, *Droit civil. Sûretés, publicité foncière*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 89.

<sup>585</sup> Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, préc., note 272, complété par l'Arrêté du 1er février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, préc., note 276.

<sup>586</sup> P. DUPICHOT, préc., note 540, n° 32; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 531, p. 256.

<sup>587</sup> La signification ou la notification du nantissement ne confère aucun pouvoir au créancier sur les parts sociales avant la réalisation du nantissement, seule la publicité auprès d'un registre le permettrait : Pierre CROCQ, *Rép. civ.* Dalloz, v° Nantissement, n° 63; François JACOB, « Le nantissement de parts sociales », *Droit et patrimoine* 2007.68; Michel STORCK, « Droit des sociétés », *Banque et droit* 2007.69.

<sup>588</sup> Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, préc., note 272, art. 2-5, complété par l'Arrêté du 1er février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, préc., note 276; P. DUPICHOT, préc., note 540, n° 32.

<sup>589</sup> P. DUPICHOT, préc., note 540, n° 32.

<sup>590</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 531, p. 255.

**164.** Le nantissement du contrat d'assurance sur la vie est une variété de nantissement de créances<sup>591</sup> qu'il est aussi intéressant d'évoquer puisque l'exigence de la dépossession pose également des difficultés. L'assurance-vie est un instrument d'épargne privilégié des Français qui, bien souvent, l'affectent en garantie du remboursements de leur prêt bancaire. Compte tenu de la spécificité du contrat d'assurance sur la vie, le simple renvoi au droit commun du nantissement ne saurait être suffisant et le législateur a donc prévu des dispositions spéciales, notamment l'article L. 132-10 du *Code des assurances*. Aux termes de cet article, le contrat d'assurance sur la vie peut être donné en nantissement soit selon les modalités de droit commun, « soit par avenant, soit par endossement à titre de garantie » si la police d'assurance est à ordre. Notons toutefois que cette dernière forme de police d'assurance est extrêmement rare en pratique<sup>592</sup>.

Les modalités de droit commun décrites à l'article 2356 du Code civil prévoient notamment la conclusion d'un acte écrit sous peine de nullité ainsi que l'individualisation des créances nanties. Depuis la réforme du 23 mars 2006, il n'est plus utile de procéder à une formalité de signification ou de suivre les prescriptions de l'article 2075 pour rendre opposable le nantissement aux tiers. L'article 2361 du Code civil prévoit désormais que « le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte ». Toutefois, il faut se garder de confondre les tiers avec le débiteur de la créance nantie puisque l'article 2362 dispose que « pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui est notifiée ou ce dernier doit intervenir à l'acte ». Ainsi, les parties devront procéder à ces formalités à l'égard de l'assureur pour lui rendre opposable le nantissement du contrat d'assurance sur la vie. Cette notification pourra être faite par l'envoi d'un écrit sous forme simple et non par l'intermédiaire d'un huissier. Ces formalités de constitution et d'opposabilité du nantissement du contrat d'assurance-vie peuvent paraître contraignantes. La possibilité de recourir par voie d'avenant pour donner en gage une police d'assurance-vie paraît alors

---

<sup>591</sup> Nicolas LEBLOND, *Assurances et sûretés*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université Panthéon-Assas, 2007, p. 267 et 277.

<sup>592</sup> *Id.*, p. 267.

plus facile. Au demeurant, l'article L. 132-10 du *Code des assurances* le permet. La forme de l'avenant qui rend possible une modification du contrat d'assurance originel facilitera la constitution du nantissement des créances qui pourraient naître de l'exécution du contrat d'assurance vie. Leur valeur sera affectée à la garantie de la dette du souscripteur. Toutes les parties devront être présentes, le débiteur-souscripteur, le créancier-bénéficiaire du nantissement et l'assureur-rédacteur de l'avenant. Ainsi, le nantissement du contrat d'assurance vie sera pleinement opposable à l'assureur, débiteur de la créance nantie. Les formalités de constitution et d'opposabilité du nantissement d'assurance-vie prévues à l'article L. 132-10 du *Code des assurances* se confondent puisque l'avenant permettra d'établir tant l'existence que la validité du contrat de nantissement. Cette formalité informera également « [l']assureur de l'existence du gage et cela dans un but de lui interdire de payer le débiteur constituant sans avoir reçu préalablement l'aval du créancier gagiste ». Par l'information du débiteur de la créance engagée, le constituant est dépossédé en quelque sorte de sa créance et la publicité du gage est ainsi assurée<sup>593</sup>.

Par ailleurs, la Chambre civile de la Cour de Cassation, depuis un arrêt du 22 février 2007, a posé une autre exigence, à savoir la remise du titre<sup>594</sup>. Par conséquent, la dépossession est envisagée par la Cour de cassation sous un aspect strictement matériel<sup>595</sup>. Ainsi, le caractère réel du gage supprimé par la réforme opérée par l'ordonnance de 2006, qui a notamment fait disparaître les formalités de signification du nantissement de créances, ressuscite d'une certaine manière en matière de nantissement de contrat d'assurance sur la vie. Ce constat nous conduit à croire que la conception matérielle du gage ne peut être supprimée d'un trait de plume. Il aurait fallu prévoir une mesure de publicité efficace telle que l'inscription sur un registre afin de faire totalement disparaître la nécessité de la remise du titre et ainsi mettre en place une opposabilité aux tiers dénuée de toute exigence matérielle.

---

<sup>593</sup> *Id.*, p. 277.

<sup>594</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 22 févr. 2007, R.G.D.A. 2007.376, note Mayaux; Même sens, Com., 9 mai 2007, R.G.D.A. 2007.693, note Mayaux.

<sup>595</sup> Ce qui fait l'objet de critiques, N. LEBLOND, préc., note 591, p. 279.

### § 3. La dépossession comme condition d'opposabilité et de formation

**165.** La dépossession peut aussi se révéler à la fois comme une condition d'opposabilité et de formation du gage, en dépit des modifications intervenues à suite de la réforme de 2006. Le gage automobile, le nantissement de créances et le nantissement de compte-titres sont trois exemples pour lesquels il règne une confusion sur le rôle joué par la dépossession. Ils illustrent aussi l'incohérence du législateur en la matière. Le fait de vouloir adapter, à tout prix, la qualification et les effets du gage soit sur un bien non remis en la possession du créancier (les cas de l'automobile et même du compte-titres), soit sur un bien de nature incorporelle (les cas de la créance et du compte-titres) l'illustre parfaitement. La dépossession a été maintenue artificiellement<sup>596</sup> par le législateur sur ces deux types de sûretés. Il nous faut ici rapidement revenir sur cette fictivité pour souligner son manque d'organisation logique au sein du droit français des sûretés mobilières.

**166.** Avant la réforme de 2006, l'inscription du gage automobile sur le registre spécial était tenu à la préfecture du lieu d'immatriculation et conditionnait l'opposabilité du droit du créancier gagiste aux tiers<sup>597</sup>. Désormais, la déclaration à l'autorité administrative<sup>598</sup> fait figure de condition d'opposabilité du gage et de mise en possession du bien mis en gage. Ainsi, selon l'article 2352 du Code civil, le créancier gagiste est réputé avoir conservé la possession de l'automobile du fait de la délivrance du reçu. Cette possession fictive lui permet d'exercer son droit de rétention en cas de défaut de paiement de son débiteur. Le législateur a donc créé un faux gage, c'est-à-dire une fausse mise en possession qui, au demeurant, devra s'incliner devant une possession réelle<sup>599</sup>. Le législateur aurait mieux fait de qualifier ce gage d'hypothèque mobilière en raison, d'une part, de la mesure de publicité mise en place auprès d'un registre spécial et, d'autre part, de

---

<sup>596</sup> Voir nos développements précédents, *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

<sup>597</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 519, p. 244.

<sup>598</sup> La déclaration doit effectuée auprès de la préfecture dans des conditions définies par décret (art. 2351 C. civ.).

<sup>599</sup> Com., 11 juin 1969, *Bull. civ.* IV, n° 221; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 446 et 520, p. 196 et 245.

l'absence de dépossession permettant ainsi au débiteur d'utiliser son bien donné en garantie.

**167.** Le nantissement de compte-titres fait également jouer un rôle contestable à la dépossession qui constitue une fois de plus une incohérence conceptuelle au sein du droit des sûretés mobilières français. Le titulaire du compte adresse à l'établissement financier une déclaration signée. Cette déclaration faite au teneur de compte titres est considérée comme une mesure de validité<sup>600</sup> du nantissement de compte-titres. Elle vaut aussi dépossession fictive par entiercement. Elle permet ainsi de rendre opposable le nantissement entre les parties et, en principe, à l'égard des tiers. Toutefois, à l'égard des tiers, la publicité effective du nantissement ainsi constitué sur les instruments financiers sera imparfaite. Le nantissement restera donc occulte à l'égard des tiers. Le législateur français a créé à nouveau et de toutes pièces un faux nantissement caractérisé par une mise en possession par déclaration, au lieu de consacrer une hypothèque mobilière pour ce type de bien incorporel. Toutefois, cette conception avait pour but d'adapter le modèle du gage à un bien incorporel afin de lui donner une publicité pour le moins imparfaite vis-à-vis des tiers et surtout lui attribuer un droit de rétention, au demeurant fictif<sup>601</sup>.

**168.** En conclusion, la notion de dépossession persiste dans le domaine des sûretés portant sur des créances tel que le compte d'instruments financiers. Elle se voile sous le concept de maîtrise mais demeure imparfaite puisqu'elle risque d'entraîner des conflits entre créanciers. Le concept d'hypothèque mobilière aurait dû lui être préféré.

---

<sup>600</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20.

<sup>601</sup> La même technique législative a été appliquée récemment dans le droit civil québécois lors de l'adoption de la L.T.V.M. Le C.c.Q. a été modifié et s'est vu doté d'un nouveau gage par maîtrise pour les valeurs mobilières et les titres intermédiés : voir les articles 2714.1 et suiv. du C.c.Q; Quant au droit de rétention, il est réapparu dans le droit civil québécois sous une nouvelle appellation « d'acquéreur protégé » qui permet au créancier gagiste par maîtrise de se faire payer directement et sans entrer en conflit ou en concours avec les autres créanciers du débiteur (art. 53 L.T.V.M.).

#### § 4. La dépossession comme condition d'opposabilité inadaptée pour les gages portant sur les propriétés intellectuelles

**169.** La dépossession comme mesure d'opposabilité voire même de formation est imparfaite lorsqu'elle porte sur des nantissements de créances ou des biens incorporels. À plus forte raison, un constat similaire s'impose pour les sûretés portant sur les propriétés intellectuelles. La dépossession est inopportune et inutile pour ce type de garanties. Ainsi, la qualification de gage à leur endroit semble pouvoir être écartée.

**170.** Les propriétés intellectuelles et industrielles sont des monopoles d'exploitation temporaires créées par la loi. L'intervention du législateur est donc nécessaire chaque fois que l'opportunité de créer une sûreté se présente<sup>602</sup>. De cette absence de théorie générale sur les propriétés intellectuelles, il résulte une diversité des sûretés. Chaque propriété intellectuelle ou industrielle a fait l'objet de dispositions spécifiques autorisant sa mise en garantie. Le législateur leur a consacré peu d'attention<sup>603</sup>. Les dispositions concernant les garanties sur la propriété industrielle sont parcellaires et celles portant sur les propriétés intellectuelles sont inégales. Seules les œuvres cinématographiques et les logiciels ont pu être dotés de quelques textes spéciaux envisageant leurs garanties.

**171.** Le nantissement d'œuvres cinématographiques<sup>604</sup> est une sûreté sur un bien meuble à la fois corporel (négatif et copies) et incorporel (droits d'auteur). Elle permet aux producteurs de financer la réalisation et la commercialisation d'un film. Elle peut être constituée sur une œuvre future, un film à réaliser, pourvu que le titre ait été déposé. Organisé par une loi du 22 février 1944, récemment intégré dans le *Code du cinéma et de l'image animée*, ce nantissement exige un écrit (art. L. 123-1 (2) *Code du cinéma et de*

---

<sup>602</sup> Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU et Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Droit spécial des sûretés réelles*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 871, p. 309.

<sup>603</sup> Nathalie MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, thèse de doctorat, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2007, n° 96, p. 85.

<sup>604</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 49, p. 612 et 613; Kim PHAM et Stéphane DAVY, « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », *Gaz. Pal.* 2005.130.26.



*l'image animée*). Il doit faire l'objet d'une inscription sur un registre public tenu par le centre national du cinéma et de l'image animée, intitulé registre du cinéma et de l'audiovisuel<sup>605</sup>. Cette inscription revêt une importance primordiale puisqu'elle est une condition d'opposabilité aux tiers et d'existence<sup>606</sup> selon l'article L. 123-1 dudit Code. Ce texte législatif envisage explicitement l'établissement du contrat de nantissement sans dépossession et par le seul fait de l'inscription. Cette publicité s'effectue par référence aux titres des films qui doivent être préalablement déposés. Ce nantissement emporte droit de préférence et droit de suite (L. 123-1 et L. 224-4 du *Code du cinéma et de l'image animée*).

**172.** Quant au nantissement de logiciel, un écrit semble devoir être établi<sup>607</sup>. En revanche, l'inscription auprès du registre national spécial des logiciels tenu à l'I.N.P.I.<sup>608</sup> a été clairement envisagée par le législateur sous peine d'inopposabilité. Au sujet de l'inscription, un auteur formule un regret, celui de la portée restreinte du registre spécial qui, contrairement à la publicité foncière ou à celle en matière d'œuvre cinématographique, ne vise pas toutes les opérations relatives aux logiciels. En cas de cession ou de concession, l'inscription n'est pas obligatoire. Le registre se cantonne à enregistrer les seuls nantissements portant sur les logiciels. Son efficacité s'en trouve altérée<sup>609</sup>.

**173.** Ces exemples de dispositions éparses mettent clairement l'accent sur l'inadaptation de la notion de dépossession comme condition de validité ou d'opposabilité des sûretés portant sur des propriétés intellectuelles. La dépossession physique semble impossible matériellement. La dépossession fictive, comme le législateur a pu le faire pour le gage d'automobile, pour le nantissement de créance ou de comptes-titres, au moyen de la

---

<sup>605</sup> Code de l'industrie cinématographique, art. 33 al. 2 (abrogé au 26 juillet 2009). Cet article a été remplacé par l'article L. 123-1 al. 2 du Code du cinéma et de l'image animée.

<sup>606</sup> *Contra* : Jean PATARIN, « Le nantissement sur les films cinématographiques », dans Joseph HAMEL (dir.), *Le gage commercial. Études de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1953, p. 346, n° 17, à la page 360; N. MARTIAL, préc., note 603, p. 114.

<sup>607</sup> Absence de disposition explicite à ce sujet. Toutefois, l'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle semble l'envisager par renvoi au nantissement de fonds de commerce; dans le même sens, N. MARTIAL, préc., note 603, n° 168, p. 123; G. PIETTE, préc., note 579, p. 113; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 584, p. 94.

<sup>608</sup> Code de la propriété intellectuelle, art. L. 132-34, R-132-8 et suiv.

<sup>609</sup> N. MARTIAL, préc., note 603, n° 169, p. 124.

signification, paraît aussi difficile. En effet, il n'existe aucun débiteur déterminé envers lequel la signification pourrait être faite<sup>610</sup>. Les propriétés intellectuelles sont, comme tout droit de propriété, opposables *erga omnes*.

**174.** La dépossession n'aurait, en tout état de cause, aucune utilité sauf à conférer un droit de rétention fictif sur les propriétés intellectuelles nanties. Toutefois, ce droit de rétention entraînerait une paralysie des prérogatives du titulaire et de l'obligation d'exploitation qui serait inconciliable avec le maintien de la valeur du bien intellectuel nanti<sup>611</sup>. Admettre un tel droit de rétention serait difficile à mettre en œuvre compte tenu des particularités inhérentes aux monopoles d'exploitation. La nécessité constante d'exploiter ces biens productifs afin de conserver leur valeur ne permet pas, nous semble-t-il, de concevoir un droit de rétention même fictif. Le titulaire doit conserver dans tous les cas les utilités de la chose et les prérogatives liées son exploitation. Dans ces conditions, la dépossession s'avère inopportune, inutile<sup>612</sup> et inadaptée pour les garanties portant sur des propriétés intellectuelles<sup>613</sup>. Le choix du mécanisme du gage ou du nantissement opéré par le législateur paraît donc injustifié.

## Conclusion

**175.** Le maintien du modèle du gage (appliqué au Québec ou en France aux nantissements) a été possible grâce, d'une part, à la mise en place de substituts légaux de publicité<sup>614</sup> - comme la signification ou l'enregistrement de l'acte de nantissement ou de

<sup>610</sup> *Id.*, n° 347, p. 224 et 225; A. BLAISOT, préc., note 58, p. 37, 38 et 105.

<sup>611</sup> N. MARTIAL, préc., note 603, n° 271, p. 179 et 180.

<sup>612</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 49, n° 814, p. 612 : « Ne pouvant bénéficier d'un droit de rétention, faute d'une possession réelle ou fictive, le créancier nanti dispose d'un droit de suite sans restriction, puisque le film échappe à la règle de l'article 2276 du Code civil. » M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 584, p. 94

<sup>613</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, préc., note 602, n° 871, p. 309; N. MARTIAL, préc., note 603, n° 348 et 349, p. 225.

<sup>614</sup> Par exemple : nantissement de créances commerciales sous le C.c.B.C., nantissement de créances civiles sous le C.c.B.C., gage sur des créances représentée par un titre prévue par le C.c.Q. Sous le C. civ. français : par exemple, nantissement de créances, nantissement de fonds de commerce, nantissement de parts sociales ou celui de parts commerciales, nantissement de logiciel ou de brevet.

gage auprès de registres multiples et spéciaux- et, d'autre part, à la reconnaissance d'une perception dématérialisée de la dépossession.

**176.** La mécanique du gage a été adaptée aux biens incorporels au prix de transformations parfois profondes. La dépossession matérielle envisagée comme un dogme a été refaçonnée pour se conformer aux réalités économiques. Or, la majorité de ces nantissements, aussi parfois appelés gages portant sur des biens incorporels (en droit québécois) ne sont plus en réalité des gages. Leur essence en est altérée. Ils servent en réalité à camoufler de véritables hypothèques mobilières.

**177.** En dépit de certains changements terminologiques et substituts juridiques, il a toujours été question d'adapter à tout prix l'archétype du gage aux biens incorporels. Cette méthode consistant à conserver un ersatz de dépossession du bien<sup>615</sup> a pour prétention de croire à une bonification du droit napoléonien ou coutumier qui avait en quelque sorte « tout prévu ». L'instauration de l'hypothèque mobilière nous apparaît alors comme la forme la mieux adaptée pour concevoir toute sûreté mobilière de nature corporelle et même incorporelle. À présent, il nous appartient de décrire les effets négatifs du maintien contestable de la dépossession sur l'efficacité même des sûretés mobilières corporelles et incorporelles.

## **Chapitre II – Certains effets contestables de la dépossession sur les droits actuels français et québécois**

**178.** La dépossession laisse aussi sa trace indélébile lors de l'examen des effets du gage. L'obligation de conservation de la chose gagée est, en principe, maintenue tant en

---

<sup>615</sup> Que ce soit sous le C.c.B.C., ou sous le C.c.Q. et aujourd'hui avec la L.T.V.M., les gages sur des créances ou des valeurs mobilières sont soumis à la double condition de validité et d'opposabilité de la dépossession matérielle (qui se traduit par la livraison pour les valeurs mobilières représentées par un certificat). Lorsque la valeur mobilière et le titre intermédiaire ne le permettent pas, le concept de maîtrise remplace alors cette dépossession matérielle.

droit français que québécois. Toutefois, cette obligation s'est transformée du fait des gages sans dépossession ou des gages sur des biens fongibles. Ainsi, cette obligation de conservation qui pouvait être attachée à l'effet de la dépossession s'est muée en une obligation de restitution de la valeur du gage. Dans certains cas, l'obligation de conservation reste théorique puisque le créancier détient le droit de perception des revenus que le bien produit. Il peut alors utiliser le bien, l'aliéner ou même le donner en garantie. Ainsi, il est permis de douter de l'utilité du modèle du gage imposant la dépossession comme prérequis.

**179.** Le droit de rétention qui se trouve aussi être l'autre effet principal attaché traditionnellement au gage avec dépossession est, soit maintenu de manière artificielle par la loi pour le cas du nantissement de comptes de titres<sup>616</sup>, soit instauré de plein droit par l'effet de la loi pour les autres biens incorporels et ce qui constitue une pratique contestable<sup>617</sup>. En droit québécois, une situation différente s'est produite au lendemain de la réforme de 1991. La dépossession n'a pas pu survivre jusque dans les effets du gage; elle n'emporte ni droit de rétention<sup>618</sup>, ni protection possessoire qui est assurée, à raison, par le mécanisme du droit de suite<sup>619</sup>. Toutefois, on pourrait objecter que la réforme a créé un gage atrophié, sans lui en conférer les attributs classiques. Mais, une fois de plus, ce constat conforte l'idée générale que le gage n'est pas un modèle adéquat pour la prise de garantie sur les biens incorporels.

Seront consécutivement étudiés sous l'angle des deux droits, l'obligation de conservation, les droits de perceptions et de disposition (Section I), le droit de rétention (Section II) et la protection possessoire (Section III).

---

<sup>616</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-1 et suiv.

<sup>617</sup> *Contra* Augustin AYNÈS, *Le droit de rétention. Unité ou pluralité*, Paris, Economica, 2005; A. PELISSIER, préc., note 154; C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57, p. 180.

<sup>618</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 419-421; P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62.

<sup>619</sup> C.c.Q., art. 2700.

## **Section I - L'obligation de conservation, les droits de perception et de disposition**

**180.** L'obligation de conservation du créancier gagiste s'est progressivement transformée en une obligation de restitution en valeur puis récemment en une faculté de perception et de disposition. Sous couvert de la perte des utilités du bien remis en gage, les droits spéciaux français et québécois relatifs aux créances, mais surtout aux valeurs mobilières, ont permis le transfert des prérogatives du propriétaire, notamment de l'*abusus*, au profit du créancier gagiste. Cette évolution trahit les caractéristiques essentielles du contrat de gage.

### **§ 1. L'obligation de conservation remodelée en droit français**

**181.** L'obligation de conservation entendue classiquement a subi des transformations lorsqu'elle est appliquée au gage sans dépossession<sup>620</sup> et même au gage de choses fongibles. Il faut rappeler que l'un des effets du gage avec dépossession est d'obliger le créancier gagiste à conserver la chose puisqu'il devra la restituer après paiement<sup>621</sup>. D'une part, il sera donc responsable de sa perte ou de sa détérioration imputable du fait de sa négligence; inversement, il aura droit au remboursement des impenses nécessaires ou utiles (art. 2343 C. civ.). D'autre part et en principe, le créancier gagiste n'aura pas le droit d'user et de jouir de la chose. Or, les codes civils français et québécois ont prévu chacun des dispositions pour le gage sur créances qui permettent au créancier gagiste de bénéficier du droit de percevoir les fruits, à charge de les imputer sur les intérêts, à défaut sur le capital

---

<sup>620</sup> Le constituant est soumis à une obligation de conservation sous peine de voir le créancier se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou de solliciter un complément de gage (article 2344 al. 2). En revanche, la loi n'interdit pas au constituant d'aliéner le bien gagé. Toutefois, l'incrimination pénale de détournement de gage (art. 400 al. 5 C. pén.), dans sa nouvelle version, semble être compatible avec le gage sans dépossession. La jurisprudence antérieure avait retenu cette infraction pour le cas du nantissement de fonds de commerce et du gage d'automobile, voire même du nantissement de film cinématographique : Crim., 25 juill. 1912, S. 1914.I.116; Crim., 6 janv. 1966, *Bull. crim.*, n° 6; Crim. 12 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 155.

<sup>621</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 511, p. 235.

de la créance, sauf clause contraire (nouvel article 2345 C. civ.). Ainsi, l'obligation de conservation s'est convertie en un droit de perception.

**182.** Dans certains cas, le créancier gagiste se voit attribuer une des prérogatives essentielles d'un propriétaire à savoir l'*abusus*. Dans un premier cas, lorsque le gage porte sur des choses fongibles l'article 2342 du Code civil français permet au constituant de les aliéner si la convention le lui permet, à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. Ainsi, le créancier gagiste devient « propriétaire des choses engagées » et le constituant conserve « une propriété en valeur<sup>622</sup> ». L'obligation de conservation, effet traditionnel du gage, s'est muée en une possibilité d'aliénation temporaire du bien garanti, à charge d'en restituer l'équivalent<sup>623</sup>. Le droit de garantie ne porte plus sur la chose mais sur la valeur potentielle de la chose. Le même phénomène se produit lorsque le gage porte sur une universalité de biens qui peuvent être librement aliénés et renouvelés par le constituant<sup>624</sup>. Dans un second cas, lorsqu'un nantissement de compte-titres est constitué, une clause de « re-use » insérée dans l'acte de nantissement peut alors permettre l'utilisation des biens donnés en gage par le créancier<sup>625</sup>.

## **§ 2. L'obligation de conservation convertie en une faculté de percevoir ou de disposer du bien gagé en droit civil québécois**

**183.** Le *Code civil du Québec* prévoit, lui aussi, un devoir de conservation mis à la charge du créancier gagiste dans son article 2736. S'il abuse de sa position de détenteur en utilisant la chose remise en gage sans la permission du constituant, le créancier gagiste peut

---

<sup>622</sup> *Id.*, n° 504, p. 210 et 211.

<sup>623</sup> On parle alors de gage irrégulier : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 750, p. 514 et 515.

<sup>624</sup> *Id.*, n° 750, p. 515; L'utilisation de la « clause dite d'arrosage » ou celle de la substitution d'assiette qui permettent au titulaire du compte d'instruments financiers nanti de reconstituer l'assiette du gage (art. L. 211-20-I C. monét. et fin.) : L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 539, p. 264.

<sup>625</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 511, p. 235; Fabrice ARMAND, « L'introduction du droit d'utilisation : le re-use à la française, une "quasi-propriété" ? », *Banque et droit* 2005.3.

se voir forcer à restituer le bien même en l'absence de paiement de la dette garantie<sup>626</sup>. Le *Code civil du Québec* permet l'utilisation du bien gagé par le créancier gagiste sous réserve de la conclusion d'une convention le permettant<sup>627</sup>. Le créancier pourrait alors l'utiliser aux fins de l'hypothéquer<sup>628</sup>. La perte des utilités du bien du débiteur est comprise habituellement comme un des effets recherchés du gage traditionnel. Le créancier a la mainmise sur le bien objet de la garantie et prive son débiteur de son droit d'usage et de jouissance. En contrepartie, le créancier est tenu d'une obligation de conservation du bien gagé (art. 2736 C.c.Q.). Il devra poser tous les actes nécessaires à sa conservation et effectuer les dépenses requises à cette fin, sous réserve d'être remboursé par le constituant (art. 2740 C.c.Q.). Le créancier ne supporte pas la perte survenue du fait de la force majeure, ni de la vétusté du bien, ni celle résultant de son dépérissement ou d'un usage normal et autorisé (art. 2736 et 2739 C.c.Q.). Les tribunaux n'ont pas étendu ce devoir de conservation du créancier gagiste. Par exemple, ils ont refusé d'imposer au créancier gagiste un devoir de vendre des actions gagées du fait de la perte de leur valeur<sup>629</sup>. Pour comprendre l'esprit du Code civil, le créancier n'a pas le droit de se servir du bien sans la permission du constituant ; s'il le fait, il en « abuse » et devra restituer le bien (art. 2741 C.c.Q.). Le gage sur créance permet aussi au créancier de percevoir les fruits et revenus du bien gagé (art. 2743 C.c.Q.). Il pourra imputer les revenus sur les frais, les intérêts et enfin sur le paiement du capital de la dette, à moins d'une stipulation contraire. Il devra en restituer au débiteur le surplus (art. 2747 C.c.Q.).

**184.** Par ailleurs, le nouveau gage relatif à des valeurs mobilières et des titres intermédiés, appelé gage par maîtrise, instaure des modes de fonctionnement inhabituels puisqu'il octroie au créancier gagiste quasiment les pleins pouvoirs sur le bien gagé. En vertu du nouvel article 2714.6 du *Code civil du Québec*, le créancier gagiste peut vendre ou

---

<sup>626</sup> C.c.Q., art. 2741; *Finnie v. Montreal (City)*, [1902] 32 S.C.R. 335; *Expleo Global Inc. (Syndic)*, EYB 2003-39337 (C.S.).

<sup>627</sup> C.c.Q., art. 2736.

<sup>628</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 856, p. 402.

<sup>629</sup> *Bruneau c. Dansereau*, [1928] 66 C.S. 91, 92; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 856, p. 417 et *Lechter c. Banque de Montréal*, [2004] R.R.A. 1157 (C.S.).

grever d'une hypothèque mobilière en faveur d'un tiers les valeurs mobilières et les titres intermédiés qu'il a reçus en gage, sauf convention contraire entre le constituant et le créancier. Cette disposition paraît surprenante. On a peine à imaginer un débiteur recherchant un financement - bien souvent contraint de l'obtenir dans un délai court compte tenu de la célérité des opérations sur titres - priver son futur créancier de ce pouvoir exorbitant de droit commun. En ce sens, ce droit de vendre les biens gagés lui permettrait de réduire le risque de défaillance de son débiteur voire même de supprimer considérablement l'aléa inhérent à toute prise de garantie.

Cet article de droit nouveau confère, en tout temps, au créancier gagiste la prérogative suprême dévolue à un propriétaire, à savoir l'*abusus*. Pendant la durée du gage, sans attendre le terme ou la déchéance du terme du fait de la défaillance du débiteur, le créancier gagiste peut décider, sous couvert de l'accord de maîtrise conclu avec le constituant, de vendre les actifs financiers. Ces dispositions nous laissent penser à un aménagement d'un droit de vente conventionnel anticipé, avant même de justifier du défaut du débiteur, ce qui ne manquera pas provoquer des conflits possibles entre les acquéreurs, le titulaire initial et les créanciers.

**185.** Cette prérogative exorbitante de droit commun issu de l'article 2417.6 du *Code civil du Québec* contrevient, dans une certaine mesure, aux principes de l'interdiction de la vente du bien d'autrui (prévu à l'article du 1713 C.c.Q.) et va au delà de l'effet différé de l'hypothèque du bien d'autrui (art. 2670 C.c.Q.). En plus, ce droit de vendre et d'hypothéquer peut être exercé par tout créancier gagiste et même par l'intermédiaire qui a obtenu une sûreté sur les titres crédités sur son compte en vertu de l'article 115 L.T.V.M. Cette sûreté bénéficie d'une constitution et d'une opposabilité automatique du seul fait de la maîtrise par l'intermédiaire des actifs financiers (art.115, par. 3 L.T.V.M.). Dans ce cas l'intermédiaire devra veiller à honorer en tout temps ses obligations, c'est-à-dire remplacer les actifs utilisés en l'absence de défaillance. Le problème pourrait surgir en cas de vente



conclue antérieurement à la faillite du courtier. Il ne pourrait plus honorer ses obligations. Le titulaire des titres pourrait, en théorie, intenter un recours contre son intermédiaire (art. 108 L.T.V.M.) et aussi envers le tiers acquéreur (art. 109 L.T.V.M.). Toutefois, ce dernier s'il a acheté à titre onéreux, s'il a obtenu la maîtrise ou la possession des actifs et s'il n'agit pas de collusion avec l'intermédiaire, bénéficiera d'une immunité (article 109, 3° L.T.V.M.). Également, en cas de ré-hypothèque des valeurs mobilières ou des titres intermédiés, le créancier gagiste bénéficiera aussi d'une immunité face à la revendication du titulaire initial en vertu de la lecture enchevêtrée des articles 111, 112 et 113 (L.T.V.M.), sauf à prouver qu'il n'a pas acquis ses droits sur l'actif à titre onéreux et qu'il était avisé de l'existence de ces revendications au moment de l'acquisition (article 110 L.T.V.M.).

**186.** En résumé, le droit de vendre ou d'hypothéquer conféré par le nouvel article 2714.6 du *Code civil du Québec* au créancier gagiste lui donne en réalité quasiment les pleins pouvoirs en privant le titulaire en titre d'un recours contre le tiers acquéreur ou le créancier gagiste, lesquels bénéficient d'immunité. En plus ce droit de vendre ou d'hypothéquer peut être exercé par l'intermédiaire qui a obtenu une sûreté sur les titres crédités sur son compte en vertu de l'article 115 (L.T.V.M.). La lecture des dispositions labyrinthiques de la loi financière nous conduit à penser que le créancier gagiste et même l'intermédiaire, disposent *de facto* d'un pouvoir réel direct sur les actifs financiers ce qui contribue à dénaturer de plus fort le concept du gage traditionnel.

Ce droit de vendre ou de ré-hypothéquer<sup>630</sup> se différencie du droit de réaliser en cas de défaillance du débiteur, qui est encadré par les articles 2748 et suivants du *Code civil du Québec* prévus en matière de recours hypothécaires. Encore une fois, la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* a inséré à l'article 2759 du *Code civil du Québec* une nouvelle exception en prévoyant une réalisation simplifiée et expresse

---

<sup>630</sup> Cette disposition est interdite en droit français qui prévoit la nullité du gage du bien d'autrui en vertu de l'article 2335 du C. civ. français

par le créancier gagiste grevant des valeurs mobilières et des titres intermédiés sans préavis, ni délaissement, sous réserve de l'accord du constituant. Tous les créanciers titulaires d'une hypothèque sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés sont bénéficiaires de ce droit de vendre lors de la réalisation du gage. Cette disposition dérogatoire n'est plus réservée aux seuls courtiers. Les droits de vendre, de ré-hypothéquer et de réaliser, ainsi conférés au créancier garanti sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés, dénaturent le contrat de gage au point de le transformer<sup>631</sup>.

## **Section II - Le maintien inadéquat du droit de rétention**

**187.** La dépossession fictive a permis de bénéficier de certains effets attachés traditionnellement au gage en droit français (§ 1) comme, à certains égards, en droit québécois (§ 2).

### **§ 1. Un droit de rétention fictif inapproprié en droit français**

**188.** La notion de dépossession a été quelque peu galvaudée en droit français<sup>632</sup> par l'apparition simultanée d'un régime de droit commun prévoyant un gage sans dépossession et le maintien de gages spéciaux sans dépossession ou avec une dépossession fictive. Ainsi, ces gages spéciaux persistent à vouloir maintenir une dépossession dans l'unique but de se voir appliquer un des effets majeurs attaché à la dépossession : le droit de rétention. Il est intéressant de revenir un instant sur l'évolution du droit positif français sur cette question du droit de rétention fictif sur les biens incorporels.

**189.** Traditionnellement, une partie de la doctrine et de la jurisprudence était réticentes à admettre un droit de rétention sur les biens incorporels<sup>633</sup>. Puisque seule la

---

<sup>631</sup> Dans le même sens, M. BOUDREAULT, préc., note 432, p. 17.

<sup>632</sup> Voir nos développements précédents, *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

<sup>633</sup> Doctrine et jurisprudence citées par C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57, n° 210, p. 167 et suiv.; notamment Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés. La publicité*

chose corporelle ne pouvait justifier d'une mainmise matérielle, il était dès lors difficile pour certains juristes de concevoir une détention donc une rétention. Certains tribunaux ont ensuite reconnu l'existence d'un droit de rétention sur un fichier client inscrit sur une bande magnétique<sup>634</sup>. C'est le législateur qui a fait cependant le grand saut en accordant de manière expresse un droit de rétention sur les instruments financiers<sup>635</sup> dans le cadre d'un nantissement de compte-titres. Le législateur a ainsi créé, pour satisfaire certains besoins économiques, une mise en possession fictive du créancier ayant nanti des valeurs mobilières et des actifs financiers. Ce droit de rétention s'avère efficace en période de procédure collective. C'est justement cette force de blocage qui a été recherchée par le législateur et qui explique l'utilisation abusive de la notion dépossession distillée dans un gage spécial *a priori* sans dépossession.

**190.** Lors de la récente réforme de 2006, il a été aussi reconnu implicitement un droit de rétention pour le créancier ayant un nantissement de créances, ce qui lui confère un pouvoir de blocage une fois accomplie la formalité de la notification (article 2363 du Code civil). Récemment encore, la Loi dite de modernisation de l'économie du 4 août 2008, sous l'article 2286, 4<sup>o</sup> du Code civil, a créé un droit de rétention fictif au profit de tout créancier gagiste sans dépossession alors que ces derniers ne justifient d'aucune détention<sup>636</sup>. Cette loi a fait renaître en quelque sorte la dépossession. Ainsi, l'ombre de la dépossession plane encore sur les gages sans dépossession comme sur celui de droit commun, mais encore sur certains gages spéciaux comme le gage sur stocks prévu par le Code commerce, le gage sur le matériel et l'outillage et les nantissements de parts de Société en Nom Collectif (SNC) et de Société à Responsabilité Limitée (SARL). Toutefois, selon les articles L. 622-7, I, al. 2 et L. 631-14, al. 1 du *Code de commerce*, ce droit de rétention est inopposable en période d'observation et d'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, sauf si le bien est compris dans une cession d'activités décidée en application de l'article L.626-1. Ce

---

*foncière*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1987, n<sup>o</sup> 34; Caen, 28 janv. 1972, D. 1972. 760, note Koering-Joulin et Aix, 16 sept. 1982, D. 1983.IR.61, obs. Derrida : refus d'un droit de rétention lors d'un nantissement de créances.

<sup>634</sup> Com., 8 févr. 1993, J.C.P. éd. E. 1994.I.365, n<sup>o</sup> 17, obs. Delebecque.

<sup>635</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20.

<sup>636</sup> Stéphane PIEDELIÈVRE, « Le nouvel article 2286, 4<sup>o</sup> du Code civil », D. 2008.2950.

droit de rétention semble être opposable en période de cession d'activités et de liquidation judiciaire<sup>637</sup>. L'objectif de sauvegarde de l'entreprise ou l'idée d'un possible redressement empêche le créancier gagiste sans dépossession d'opposer son droit de rétention fictif. Toutefois, il semble être opposable lors d'un plan de cession partiel incluant le bien gagé et lors d'une liquidation.

**191.** Le législateur avait déjà procédé de la même façon en conférant au créancier gagiste un droit de rétention sur une automobile. Or, ce droit de rétention peut se reporter sur le prix de vente réalisée par le liquidateur dans la procédure collective ouverte contre le débiteur<sup>638</sup>. Il peut être opposé à l'administration fiscale lors de la confiscation du véhicule. En revanche, le créancier gagiste succombera devant le rétenteur réel; les tribunaux donnent la préférence à une détention réelle que détient par exemple un garagiste sur le véhicule confié pour réparation<sup>639</sup>. Il connaît donc une limite en raison de son défaut congénital : l'absence de détention réelle.

## **§ 2. Le droit de rétention transformé en droit québécois**

**192.** Lors de la réforme de 1991, le droit québécois a supprimé le droit de rétention en tant qu'attribut du droit de gage en consacrant l'hypothèque mobilière sans dépossession. L'hypothèque mobilière avec dépossession en est donc sortie atrophiée. Le droit de rétention, sorte de prolongement de l'exception d'inexécution, est devenue une priorité légale (art. 1592 et 2651 (3) C.c.Q.). On aurait pu s'en réjouir et présenter le droit des sûretés mobilières québécois comme un exemple à suivre sur ce point.

---

<sup>637</sup> Art. L. 622-7 (I) al. 2 écarté, L. 641-3 al. 2 et L. 626-1 C. com.; P. PÉTEL, préc., note 52, n° 51 et 52.

<sup>638</sup> Selon l'article L. 642-20-1 al. 3 du C. com., le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix obtenu suite à la liquidation; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 706 et 707.

<sup>639</sup> Com., préc., note 599.

**193.** Toutefois, le *Code civil du Québec* a subi récemment une modification importante. Le nouveau gage par maîtrise désormais possible sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés (art. 2714.1 C.c.Q.) prévoit une sorte de survivance du droit de rétention. En effet, un créancier gagiste sur une valeur mobilière obtenue par maîtrise jouit d'un rang en quelque sorte prioritaire le plaçant devant tout autre créancier hypothécaire sur le même bien, même ceux publiés antérieurement<sup>640</sup>. De surcroît, il bénéficie de la faculté d'empêcher ces autres créanciers d'exercer leurs recours hypothécaires car il a acquis ses droits « libres de toute revendication<sup>641</sup> ». Ce statut « d'acquéreur protégé » permet au créancier gagiste par maîtrise d'ignorer les autres créanciers, ce qui lui octroie une sorte de pouvoir de blocage à son profit, paralysant ainsi les autres créanciers. Aucune concurrence n'est alors admise. Ce statut est dérogatoire au droit commun du gage qui ne permet pas à un créancier gagiste ordinaire d'empêcher un autre créancier titulaire d'une hypothèque sur le même bien d'exercer ses droits selon les articles 2706 du *Code civil du Québec* et 604 du *Code de procédure civile*. Ce nouveau droit de rétention issu du régime du gage par maîtrise est inapproprié puisqu'il rompt avec l'équilibre du système des sûretés mobilières au Québec, équilibre pourtant recherché par la réforme de 1991.

## Conclusion

**194.** Ce n'est pas l'admission du droit de rétention sur les biens incorporels qui est remise en cause ici, mais plutôt son utilisation. L'existence possible d'un droit de rétention sur les biens incorporels<sup>642</sup> nous paraît concevable tout comme l'admission de la possession sur les biens incorporels. Toutefois, il nous paraît contestable que les législateurs français et québécois utilisent la dépossession fictive afin d'adapter le modèle du gage pour une opération de garantie portant sur des biens incorporels, alors que le modèle de l'hypothèque mobilière sans dépossession paraît le mieux approprié afin d'assurer une publicité vis à vis

---

<sup>640</sup> C.c.Q., art. 2714.2.

<sup>641</sup> L.T.V.M., art. 53.

<sup>642</sup> D. LEGEAIS, préc., note 59, n° 131; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 487; M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 12, n° 558, p. 463 et 464; A. PELISSIER, préc., note 154, n° 164 et suiv.; S. QUINCARLET, préc., note 135, p. 348; C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57, p. 174 et suiv.

des tiers. A défaut, ce serait consacrer une vision erronée de la notion de dépossession et du concept classique du gage.

**195.** Cette évolution du droit démontre à quel point un concept civiliste comme la dépossession peut être déformé en raison de la recherche d'une finalité : maintenir l'opération de garantie dans une semi-clandestinité, utiliser le modèle du gage pour raviver certains de ses effets notamment le droit de rétention, éviter de revenir sur une interdiction coutumière (interdiction de l'hypothèque mobilière décrétée seulement en droit français), rendre extrêmement efficace une garantie en période de procédure collective (point pertinent seulement en droit français).

### **Section III - Une protection possessoire inappropriée**

**196.** La théorie possessoire (que nous avons vue dans le premier chapitre du présent titre) a permis pendant longtemps d'assurer une protection au créancier gagiste pour d'une part, éviter la perte de l'objet gagé et, d'autre part, contrer la revendication du véritable propriétaire ou des tiers acquéreurs. Ainsi, le créancier gagiste était qualifié de possesseur. Or, certains auteurs perplexes avaient proposé d'autres solutions. Le créancier gagiste était qualifié de détenteur<sup>643</sup> plutôt que de possesseur, ou de possesseur précaire<sup>644</sup>. D'autres auteurs ont retenu une double qualification : « détenteur vis-à-vis du constituant, possesseur

---

<sup>643</sup> François FERRADOU, *Du rôle de la possession dans le droit privé français*, thèse de doctorat, Bordeaux, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1928; Philippe SIMLER, « Prescription et possession », dans *Juris-Classeur Civil Code*, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2012, feuilles mobiles, n° 81.

<sup>644</sup> R. T. TROPLONG, préc., note 107, n° 420, p. 390 et 391.

vis à vis des tiers<sup>645</sup> ». Certains ont même poussé la subtilité, en déclarant le créancier gagiste possesseur du droit de gage et détenteur du meuble objet du gage<sup>646</sup>.

En tout état de cause, le droit positif français a retenu la notion de « possession dérivée<sup>647</sup> » pour appliquer la protection possessoire dans le domaine du gage. Le créancier gagiste avec dépossession bénéficie de ce cadre protecteur. Toutefois, la théorie possessoire est écartée pour le créancier gagiste sans dépossession puisqu'il jouit d'un droit de suite en vertu de l'article 2337, alinéa 3 du Code civil français. Pour le créancier ayant un nantissement grevant sur un bien incorporel, la théorie possessoire rencontre des difficultés d'application en raison de la résistance jurisprudentielle à admettre la possession des biens incorporels. Cette utilisation persistante de l'action possessoire prévue à l'article 2276 du Code civil français au profit du créancier gagiste sur un bien corporel, voire même, dans certains cas limités, sur un bien incorporel, devrait être aujourd'hui écartée toutes les fois où une publicité institutionnalisée confère au créancier un véritable droit de suite (§ 1). Par ailleurs, l'interprétation donnée à l'article 2706 du *Code civil du Québec* par les tribunaux illustre notre propos puisque le droit positif québécois a délesté cette action possessoire et il a écarté l'adage « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (...) »<sup>648</sup>. La protection possessoire est dès lors réduite au seul domaine de l'acquisition de la propriété (§ 2).

### § 1. Les multiples facettes de l'article 2276 (ancien art. 2279) du Code civil français

<sup>645</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 118, t. XII, n° 108 et 109; Jean FOYER, « Le principe du gage avec dépossession », dans Joseph HAMEL (dir.), *Le gage commercial. Études de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1953, p. 67; De manière originale, Simon Quincarlet a aussi considéré que le « gagiste est un possesseur partiel de la valeur pécuniaire de la chose et de celle-ci en tant qu'elle renferme en elle cette valeur; il est détenteur partiel de la chose envisagée dans son individualité matérielle en tant que celle-ci est indépendante de la dite valeur » : S. QUINCARLET, préc., note 135, p. 318.

<sup>646</sup> Roger SIMON, *Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, Bordeaux, Imprimerie Y. Cadoret, 1903, p. 34. Reprenant la notion de quasi-possession du droit romain, Henri Capitant a qualifié le créancier gagiste de véritable possesseur *animo domini* non pas du meuble lui-même, mais du droit réel de gage, sous Civ., 23 avr. 1918, D.P. 1919.33, n° 72. Plus récemment, M. BILLIAU, préc., note 327.

<sup>647</sup> F. C. DE SAVIGNY, préc., note 129, p. 265-287.

<sup>648</sup> C.c.B.c., art. 2022 : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. »

**197.** La protection possessoire ne joue pas de la même façon à l'égard du créancier gagiste avec dépossession sur des biens corporels (A), du créancier gagiste sans dépossession (B) ou du créancier nanti sur des biens incorporels (C).

### **A) La protection possessoire assurée au créancier gagiste avec dépossession**

**198.** Nous savons que des difficultés évidentes comme celles de qualifier le créancier gagiste de possesseur avaient d'ailleurs conduit Savigny, dès 1803, à inventer le concept de la « possession dérivée » pour étayer sa théorie possessoire. La possession, ou du moins, les interdits possessoires<sup>649</sup> continuèrent à être utilisés comme mesures de protection du créancier gagiste à l'encontre des véritables propriétaires ou des tiers acquéreurs. Rappelons que cette qualification de possesseur n'a été conçue à l'époque que dans un but d'offrir un cadre législatif protecteur des intérêts du gagiste. Actuellement, l'article 2276 (ancien article 2279) du Code civil français trouve application, dans sa fonction protectrice, à l'égard du créancier gagiste. Toutefois, sa fonction acquisitive combinée avec l'article 2119 ne peut trouver écho puisque le créancier gagiste ne justifie pas de l'*animus* (il n'a jamais eu l'intention de se comporter comme un propriétaire).

**199.** Depuis un arrêt de principe de 1888<sup>650</sup>, la jurisprudence française octroie au créancier gagiste le bénéfice de l'ancien article 2279, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil français dans

<sup>649</sup> Appelés de nos jours les actions possessoires. Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II, § 2.

<sup>650</sup> Req., 12 mars 1888, D.P. 1888.I.404; Com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 290, p. 196, J.C.P. éd. E. 1990.II.15832, note Cabrillac; Com., 28 nov. 1989, D. 1990.somm.387, obs. Aynès, Rep. Défreinois 90.n° 73, sous art. 34809, note Aynès; Com., 13 févr. 1990, D. 1990.somm.387, obs. Aynès, D. 1991.somm.43, obs. Pérochon, Rep. Défreinois 90.n° 73, sous art. 34809, note Aynès; Com., 26 sept. 2006, J.C.P. éd. E. 2006.51.2824, n° 16, obs. Delebecque; Com., 26 sept. 2006, pourvoi n° 05-12177, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007511015&fastReqId=1816133081&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012) : « [I] résulte des articles 2268 et 2279 du Code civil que le créancier gagiste est présumé possesseur de bonne foi, peu importe que la possession de son auteur soit entachée d'un vice et qu'il n'a pas dès lors à effectuer des vérifications ou des recherches que ni la loi ni les usages du commerce ne lui imposent. » Dans le même sens, Com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 300.



la mesure où ce dernier est entré en possession de bonne foi<sup>651</sup>. L'illustration la plus fréquente de cette protection se trouve dans le cas d'un conflit entre un vendeur avec réserve de propriété et un créancier gagiste, à condition que ce dernier ait pu ignorer la clause de réserve de propriété<sup>652</sup> et qu'il puisse justifier d'une dépossession effective et apparente, même effectuée par entiercement<sup>653</sup>. Certains auteurs<sup>654</sup> se sont interrogés sur le maintien de cette jurisprudence traditionnelle depuis notamment l'entrée en vigueur du nouvel article 2335 du Code civil qui dispose que le gage de la chose d'autrui est nul et peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier est de bonne foi. Selon l'interprétation de ces auteurs<sup>655</sup> et eu égard à l'intention du législateur, le jeu de l'ancien article 2279 du Code civil ne devrait pas être écarté. Toujours dans le même ordre d'idée, d'autres auteurs ont proposé un raisonnement par analogie pour maintenir la protection possessoire du créancier gagiste<sup>656</sup>. L'article 1599 du Code civil qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui « n'a jamais été un obstacle à l'application de l'article 2279<sup>657</sup> ». Ainsi, l'article 2335 du Code civil donnerait simplement la possibilité au créancier gagiste, découvrant que le constituant n'est pas le véritable propriétaire, « de se débarrasser de l'objet du gage contre indemnisation sans attendre une éventuelle éviction par le *verus dominus*<sup>658</sup> ». Dans le même sens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment confirmé la qualification de possesseur pour le créancier gagiste, réaffirmant ainsi dans les mêmes termes sa jurisprudence traditionnelle<sup>659</sup>.

---

<sup>651</sup> Exceptions légales à cette jurisprudence : Le propriétaire peut revendiquer s'il s'agit de meubles perdus ou volés (art. 2279 al. 2 C. civ.), et le créancier gagiste ne peut en réclamer le prix (art. 2280 al. 1 C. civ.).

<sup>652</sup> Com., 14 nov. 1989, préc., note 650.

<sup>653</sup> Com., 28 nov. 1989, préc., note 650.

<sup>654</sup> Laurent AYNES, « Le gage de meubles corporels », Rev. Lamy Civil 2006.29.7; L. AYNES et P. CROCQ, préc., note 62, n° 504, p. 228; P. SIMLER, préc., note 643, n° 81; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 729, p. 502; Philippe SIMLER et Philippe. DELEBECQUE, Chronique « Droit des sûretés », sous Com., 26 sept. 2006, J.C.P. 2006.I.195.

<sup>655</sup> *Id.*

<sup>656</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 504, p. 228; P. SIMLER, préc., note 643, n° 81.

<sup>657</sup> P. SIMLER, préc., note 643, n° 81.

<sup>658</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 504, p. 228.

<sup>659</sup> Com., 26 sept. 2006, préc., note 650. Voir, dans le même sens : Com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 300, préc., note 650.

**200.** En revanche, dans le domaine du gage sans dépossession de droit commun ou des gages spéciaux, on assiste à une mise à l'écart de l'article 2276 du Code civil tant pour le créancier gagiste que pour les ayants cause à titre particulier du constituant.

### **B) La protection possessoire écartée pour le créancier gagiste sans dépossession**

**201.** Le créancier gagiste sans dépossession - dont le droit de gage est publié auprès d'un registre spécial depuis l'Ordonnance du 23 mars 2006, ne possédant donc plus le bien objet du gage - ne peut plus invoquer l'action possessoire de l'article 2276 du Code civil pour faire valoir la protection de son droit de gage à l'encontre des tiers. Il bénéficie d'un droit de suite du fait de la publication de son droit de gage. Ce droit de suite est effectif puisque les ayant cause à titre particulier du constituant (créancier saisissant, acquéreur, gagiste postérieur, mais non le sous-acquéreur) sont privés de la protection de l'article 2276 du Code civil en vertu du nouvel 2337, alinéa 3 dudit code. En ce sens, la publicité du gage sans dépossession de droit commun établit en quelque sorte une présomption irréfragable de mauvaise foi<sup>660</sup>. En pratique, l'acquéreur devra se renseigner au fichier national avant de conclure une transaction mobilière<sup>661</sup>.

### **C) La protection possessoire inadaptée aux biens incorporels**

**202.** De manière générale, la jurisprudence française n'a pas étendu l'action possessoire aux biens incorporels même si un auteur a interprété l'évolution jurisprudentielle en ce sens<sup>662</sup>. Ainsi, on pourrait penser que la théorie possessoire ne peut trouver application au profit d'un créancier justifiant d'un nantissement sur des biens incorporels. En revanche, des applications limitées de l'ancien article 2279 ou du nouvel article 2276 ont pu être relevées par les tribunaux en matière de droit d'auteur lorsque le

---

<sup>660</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 748, p. 514.

<sup>661</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 509, p. 234.

<sup>662</sup> A. PELISSIER, préc., note 154, p. 201-211.

bien incorporel était fixé sous un support matériel et en matière de valeurs mobilières non inscrites en comptes.

**203.** En principe, les tribunaux ne permettent pas l'application de l'article 2276 du Code civil aux biens incorporels. De manière générale, la Cour de cassation a affirmé que l'ancien article 2279 n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés<sup>663</sup>, susceptibles de tradition manuelle et ne s'étend pas aux meubles incorporels<sup>664</sup>, en dépit d'une doctrine favorable à l'élargissement de cet article aux meubles incorporels<sup>665</sup>.

**204.** De manière plus spécifique, la Cour de cassation s'est prononcée à propos des fonds de commerce, en matière de droits d'auteurs et de valeurs mobilières. En ce qui concerne la vente d'un fonds de commerce, la Cour a décidé, de manière traditionnelle, que l'article 2279 (version ancienne de l'art. 2276 C. civ.) n'était pas applicable aux ventes successives d'un fonds de commerce et que l'action en revendication peut toujours être exercée par le véritable propriétaire contre le soi-disant acquéreur<sup>666</sup>. En matière de droit d'auteur, classiquement les œuvres littéraires et artistiques sont exclues du domaine de

---

<sup>663</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, *Bull. civ.* I, n° 144; Com., 7 mars 2006, J.C.P. éd. N. 2006.act.276, n° 13, à propos d'une licence d'exploitation d'un débit de boissons.

<sup>664</sup> Civ., 26 janv. 1914, D.P. 1914.I.112.

<sup>665</sup> A. PELISSIER, préc., note 154; Béatrice PARANCE, *Possession des biens incorporels*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université Panthéon-Sorbonne, 2003; Thierry REVET, « L'article 2279 du Code civil n'est pas applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés », *RTD civ.* 2006.348 : cet auteur a souligné l'apport de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 22 septembre 2004 qui retient une conception large de la notion de bien y incluant un bien incorporel comme un projet de borne informatique pour qualifier l'infraction d'abus de confiance. La Cour a qualifié l'employeur de propriétaire du projet de borne et l'employé, délinquant, de détenteur. De cette analyse, le professeur Thierry Revet en a déduit la reconnaissance tant de la propriété que de la possession d'un bien incorporel résultant du produit de l'activité intellectuelle; voir dans le même sens : Céline KUHN, « Licence d'exploitation et article 2279 du Code civil », D. 2006.2867, n° 8, selon cette auteure, la Chambre criminelle en acceptant que le délit d'abus de confiance soit constitué par le détournement d'un numéro de carte bancaire ou celui d'un projet de borne informatique marque le début d'une reconnaissance de la possession des biens incorporels : Crim., 14 nov. 2000, *RTD civ.* 2001.912, obs. Revet et Crim., 22 sept. 2004, *RTD civ.* 2005.164, obs. Revet; G. LOISEAU, préc., note 549. L'incrimination de l'abus de confiance retenu pour les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné : Guillaume BEAUSSONIE, « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », note sous Crim., 16 nov. 2011, D. 2012.137 : La Cour a visé non seulement le fichier (support matériel) établissant la clientèle mais aussi les informations relatives à la clientèle.

<sup>666</sup> Civ., préc., note 664; Civ., 2 mars 1960, *Bull. civ.* I, n° 141.

l'article 2276 du Code civil<sup>667</sup>. Toutefois, le support de l'œuvre, considéré comme meuble corporel, peut bénéficier, à tort selon nous, de la protection de l'article 2276, sous certaines conditions. En effet, l'article 2276 vient protéger la personne morale qui revendique la titularité du droit de l'auteur puisque l'article L. 113-1 du *Code de la propriété intellectuelle* ne prévoit une telle présomption qu'au bénéfice d'une personne physique. Ainsi, une personne morale, exploitant l'œuvre, ne pourra revendiquer ses droits de titulaire sur l'œuvre face à un contrefacteur qu'en vertu de l'article 2276. Ainsi, les tribunaux admettent, de manière circonscrite, le jeu de l'action possessoire pour permettre à une personne morale de déjouer une contrefaçon<sup>668</sup>. Cette application restrictive de l'article 2276, qui tire son origine du fait d'une lacune dans le *Code de la propriété intellectuelle*, s'effectue au prix d'une fiction prétorienne ayant pour résultat de faire une mauvaise application de la notion de possession. En effet, dans cette jurisprudence, il est question en fait de possession des supports matériels des œuvres et non des œuvres elles-mêmes<sup>669</sup>. Encore une fois, la déformation de la notion traditionnelle de possession est permise grâce à la remise du support physique. Ainsi, l'adaptation du droit aux biens incorporels se fait au détriment d'une institution comme la possession, marquée du dogme de la matérialité.

**205.** Plus récemment, dans une affaire concernant une licence de débit de boisson<sup>670</sup>, la Cour de cassation a réaffirmé que l'ancien article 2279 du Code civil ne s'appliquait qu'aux seuls meubles corporels individualisés. Avant de conclure à la mise à l'écart de la présomption de l'article 2279 ancienne version, la Cour a pris en considération que la licence d'exploitation d'un débit de boissons avait la même nature de meuble incorporel

<sup>667</sup> A. PELISSIER, préc., note 154, p. 207 et suiv.; Pierre-Yves GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1999, n° 159, Pierre SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université de Paris II, 1985, p. 36 et suiv., Frédéric POLLAUD-DULIAN, « De la prescription en droit d'auteur », *RTD civ.* 1989.585; Paris, 17 févr. 1988, D. 1988.somm.50, obs. Colombet; Paris, 10 sept. 2001, *Communication Commerce électronique* 2002.comm.95, obs. Caron.

<sup>668</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993, J.C.P. 1993.II.22085, n° 2, note Greffe, *RTD com.* 1995.418, obs. Françon; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1995, D. 1995.somm.287, obs. Colombet; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 1995, R.I.D.A. 1995.327; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janv. 1996, *RTD com.* 1997.95, obs. Françon, D. 1996.somm.285, obs. Burst, *Dalloz affaires* 1996.300; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, D. 1997.328, note Françon; Com., 7 avr. 1998, *Dalloz affaires* 1998.1054, obs. B. P.; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, J.C.P. 1998.IV.3316, *RTD com.* 1999.2.393, obs. Françon.

<sup>669</sup> Même sens, Com., préc., note 668; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, préc., note 668; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janv. 1996, *Ann. pr. ind.* 1996.108, note Lakits-Josse; F. POLLAUD-DULIAN, préc., note 667.

<sup>670</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 663; Com., préc., note 663.

que le fonds de commerce dont elle est un des éléments et qu'elle ne se transmettait pas par simple tradition manuelle<sup>671</sup>. Il est vrai que cette solution paraît critiquable, notamment du fait que le don manuel d'une chose incorporelle est une possibilité admise en jurisprudence<sup>672</sup>. Cet obstacle de la tradition réelle devrait être surmonté par un retour à une véritable conception de l'entrée en possession, envisagée non plus comme une emprise matérielle ou physique, mais plutôt comme la « mise en situation d'exercer les prérogatives d'un propriétaire<sup>673</sup> ».

**206.** Dans le domaine des valeurs mobilières, le jeu de l'ancien article 2279 est également écarté de manière traditionnelle<sup>674</sup>. Toutefois, une auteure Anne Pélissier avait cru voir dans une décision rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 10 juin 1997<sup>675</sup>, une transposition de l'ancien article 2279 dans le domaine des valeurs mobilières. À la lecture de l'arrêt *Aubertin*<sup>676</sup>, la Cour de cassation avait clairement retenu une présomption simple<sup>677</sup> de propriété fondée sur une inscription en compte de valeurs mobilières. L'inscription en compte ne valait que présomption simple de propriété, susceptible de preuve contraire et n'emportait pas acquisition du droit pour son titulaire. Ainsi, la présomption de propriété n'avait été admise par la Cour que dans un seul but

---

<sup>671</sup> *Id.*

<sup>672</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, *Bull. civ.* I, n° 464; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1991, *Bull. civ.* I, n° 314; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996, pourvoi n° 94-16689, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007313846&fastReqId=865560555&fastPos=1> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>673</sup> T. REVET, préc., note 665; C. KUHN, préc., note 665, n° 9, qui y voit plutôt la possibilité d'exploiter les utilités de la chose reprenant l'idée de A. PELISSIER, préc., note 154, n° 315, p. 153.

<sup>674</sup> Req., 4 janv. 1876, D.P. 1877.I.33 pour les titres nominatifs; Com., 10 juin 1997, D. 1999.89, n° 19, note Causse; FRANCE, CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Paris, mai 1997, p. 127; Philippe GOUTAY, « Dématérialisation des titres : la portée de l'inscription en compte des actions sur le registre des transferts de la société », *Dalloz affaires* 1997.1173; A. PELISSIER, préc., note 154, n° 393, p. 203.

<sup>675</sup> Com., 10 juin 1997, *Dalloz affaires* 1997.869, D. 1999.89, note Causse; A. PELISSIER, préc., note 154, n° 394, p. 204 et 205; D. ROBINE, préc., note 301.

<sup>676</sup> Com., préc., note 675 : « Mais attendu que l'arrêt constate que l'inscription des actions litigieuses au nom de M. Lepage sur le registre des transferts de la société constituait au bénéfice du titulaire une présomption de propriété à l'encontre de laquelle M. Aubertin n'avait pas rapporté la preuve. » D. ROBINE, préc., note 301.

<sup>677</sup> Certains auteurs l'interprètent comme une présomption irréfragable de même nature que celle posée par l'alinéa 1 de l'article 2279 C. civ. : Hervé LE NABASQUE et Arnault REYGROBELLET, « L'inscription en compte des valeurs mobilières », *R.D. bancaire et fin.* 2000.4.261, notamment 269 et suiv.; D. ROBINE, préc., note 301.

probatoire<sup>678</sup>. La Cour de cassation avait aussi réaffirmé cette position<sup>679</sup>. Par ailleurs, cette interprétation confirmait une décision précédente rendue par la Cour de cassation dans l'affaire *Nortène*<sup>680</sup> qui avait appliqué l'adage *nemo plus juris transfere quam ipse habet*<sup>681</sup> en matière de titre nominatif et sous l'empire du droit antérieur à la loi consacrant la dématérialisation des valeurs mobilières (Loi dite de modernisation du 24 juillet 1996). Ainsi, le véritable propriétaire pouvait dans ce cas précis revendiquer son bien entre les mains du dernier acquéreur. Le jeu de l'ancien article 2279 du Code civil au profit du sous-acquéreur des titres était donc écarté.

**207.** Toutefois, certains auteurs y ont décelé un signe de transposition<sup>682</sup> voire même une application pure et simple de l'ancien article 2279 du Code civil<sup>683</sup>. D'autres auteurs vont jusqu'à soutenir que l'inscription en compte matérialise les valeurs mobilières<sup>684</sup>. En tout état de cause, depuis l'ordonnance du 8 janvier 2009<sup>685</sup> qui a repris sur ce point les ordonnances du 24 juin 2004<sup>686</sup> et du 31 mars 2005<sup>687</sup>, on assiste à la mise en place d'un

<sup>678</sup> Véronique ALLEGAERT, « De la propriété des valeurs mobilières », *Bulletin Joly Sociétés* 2005.3.339.

<sup>679</sup> Com., 29 janv. 2008, *Bulletin Joly Sociétés* 2008.5.408, note Le Nabasque; *Contra* : Com., 29 janv. 2008, *Bulletin Joly Bourse* 2008.3.238, note Mercier.

<sup>680</sup> Com., 24 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 39, *Bulletin Joly Sociétés* 1989.3.266, note Lepeltier. Voir Req., 17 déc. 1873, S. 1874.1.409; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 avr. 1977, *Bull. civ.* I, n° 182.

<sup>681</sup> « Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'a. »

<sup>682</sup> A. PELISSIER, préc., note 154, n° 396 et 398, p. 205 et 206; Christine LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, thèse de doctorat, Clermont-Ferrand, Faculté de droit, Université de Clermont-Ferrand, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 1997, n° 561 et suiv.; Arnaud REYGROBELLET, « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *RTD com.* 1999.314.

<sup>683</sup> Gauthier BLANLUET, « La cession d'actions nanties », D. 1999.chr.109; A. PELISSIER, préc., note 154, n° 396, p. 205, à la note 867, cite un auteur, H. Hovasse, à propos d'un arrêt, Crim., 30 mai 1996 : « Qu'en fait de valeurs mobilières, l'inscription vaut titre. »

<sup>684</sup> Didier R. MARTIN, « Du gage d'actifs scripturaux », D. 1996.chr.263; Didier R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996.chr.47; Didier R. MARTIN, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001.chr.1228; *Contra* : François-Guy TREBULLE, *L'émission des valeurs mobilières*, Paris, Economica, 2002, n° 588; Jean-Philippe BOUERE et Hubert DE VAUPLANE, « Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de compte et son client », *Bulletin Joly Sociétés* 1997.7-8.617; V. ALLEGAERT, préc., note 678. *Contra*, D. ROBINE, préc., note 301.

<sup>685</sup> *Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers*, préc., note 468.

<sup>686</sup> *Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale*, J.O. 26 juin 2004, texte n° 11.

régime unique de transfert de propriété des instruments financiers<sup>688</sup> désormais appelés titres financiers. Désormais, les articles L.211-16 et L.211-17<sup>689</sup> du *Code monétaire et financier* « posent les bases du droit commun du transfert de propriété des titres financiers<sup>690</sup> ». Le transfert de propriété intervient à la date de l'inscription au compte de l'acheteur. À cette date, les titres sont réputés être transférés au profit de l'acheteur<sup>691</sup>. L'ordonnance précise aussi le transfert des titres financiers admis aux opérations d'un dépositaire central. Seule la double inscription auprès de l'intermédiaire et auprès du dépositaire central Euroclear a une valeur acquise. Le transfert définitif n'intervient qu'en cas de concordance entre les deux inscriptions (art. L. 211-17, al. 2).

Par ailleurs, l'une des innovations de l'ordonnance est de transposer en quelque sorte la règle de l'article 2276 du Code civil français aux titres financiers<sup>692</sup>. En effet, l'article L. 211-16 du *Code monétaire et financier* précise que « nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits ». Cette disposition est importante puisqu'elle renforce la protection des droits de celui qui a acquis de bonne foi

---

<sup>687</sup> Ordonnance n° 2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert de propriété des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de règlement et de livraison, J.O. 1 avr. 2005, p. 5884.

<sup>688</sup> Anc. art. L. 431-2 C. monét. et fin. issu de l'Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, préc., note 686, et de l'Ordonnance n° 2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert de propriété des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de règlement et de livraison, préc., note 687, soumettait tous les instruments financiers à un régime unique de transfert de propriété, que ce soit admis aux opérations d'un dépositaire central ou livré dans un système de règlement et de livraison, sous réserve de quelques exceptions L. 432-2 al. 4 C. monét. et fin.. Aucune distinction n'est faite entre cession sur un marché réglementé et cession hors marché. D. ROBINE, préc., note 301.

<sup>689</sup> L'article L. 211-17 al. 1 du C. monét. et fin. reprend et modifie l'article L. 228-1 al. 9 *in fine* du C. com. pour les valeurs mobilières, aucune limite n'était prévue à la primauté de l'inscription en compte contrairement au nouvel article L. 211-16 du C. monét. et fin. qui impose la bonne foi.

<sup>690</sup> Jean-Jacques DAIGRE et Pauline PAILLER, « Commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *Rev. soc.* 2009.1.37, n° 39.

<sup>691</sup> Cette disposition règle des difficultés pratiques liées à la circulation des titres et à la double inscription tout comme celle prévue par l'ancien article L. 431-2 du C. monét. et fin.; D. ROBINE, préc., note 301, 50 :

En effet, sur un marché comptant, les intermédiaires constatent le transfert de propriété par l'inscription au compte de leurs clients au plus tard le lendemain du jour de la négociation, alors que la livraison sur leur compte chez le dépositaire central n'intervient que dans le délai de trois jours de bourse qui suivent la négociation.

<sup>692</sup> J.-J. DAIGRE et P. PAILLER, préc., note 690, n° 37.

des titres financiers auprès d'une personne qui n'est pas propriétaire<sup>693</sup>. Désormais, c'est la règle d'inopposabilité des exceptions qui s'applique<sup>694</sup>. Si l'inscription n'est toujours pas constitutive de droit de propriété qui résulte clairement d'un transfert de propriété, elle permet tout de même le bénéfice d'une présomption irréfragable de propriété vis-à-vis des tiers et d'une présomption simple de propriété envers son auteur<sup>695</sup>.

**208.** Or, récemment, à propos de titres non cotés et non inscrits dans les registres de la société émettrice, la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>696</sup> a admis la propriété au profit du cessionnaire du fait de la preuve de sa possession de bonne foi lors de la cession des actions litigieuses. En l'espèce, les actions nominatives avaient été cédées avant l'ordonnance du 24 juin 2004 modifiée par celle du 8 janvier 2009, n'avaient pas été inscrites en compte, ni dans les registres de la société, et ne pouvait bénéficier de la présomption de propriété de titres désormais inscrite à l'article L. 228-1, alinéa 9 du *Code de commerce*<sup>697</sup>. La Chambre commerciale « reçoit comme un moyen possible d'établir la qualité de propriétaire par acquisition dérivée la possession des biens incorporels que sont les actions, ici caractérisée par le fait que celui qui s'en prévalait avait exercé les droits politiques et économiques attachés aux titres et avait perçu et déclaré à l'administration fiscale des dividendes<sup>698</sup>. » Ainsi, le droit commun trouve une application résiduelle<sup>699</sup> aux opérations de transfert de titres financiers qui sont régies en principe par le droit spécial (en l'occurrence, le *Code de commerce* et le *code monétaire et financier*) qui édicte une

---

<sup>693</sup> *Id.*, n° 39.

<sup>694</sup> *Id.*, n° 40.

<sup>695</sup> Matthieu DUBERTRET et Dominique MANGENET, « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », D. 2009.448, n° 18.

<sup>696</sup> Com., 5 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 66; Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, « Preuve de la propriété des actions : quand la présomption fondée sur la possession de bonne foi prend le relais de la présomption fondée sur l'inscription en compte », *RTD com.* 2009.770; Matthieu DUBERTRET, « La propriété d'actions non inscrites en compte », *Rev. soc.* 2009.3.580; Rémy LIBCHABER, « L'adage en fait de meubles, possession vaut titre étendu aux titres non inscrits en compte », *Bulletin Joly Sociétés* 2009.12.1064.

<sup>697</sup> Pour l'ensemble des titres financiers sans distinction entre valeurs mobilières cotées ou non : art. L. 211-17 al. 1 C. monét. et fin.

<sup>698</sup> Thierry REVET, « En l'absence de tenue d'un registre de transfert des titres sociaux au moment d'une cession, le juge peut admettre la preuve de la propriété par la possession de bonne foi de ces titres par celui qui s'en prévaut cessionnaire », *RTD civ.* 2010.136.

<sup>699</sup> Louis D'AVOUT, « De l'utilité résiduelle du droit commun en matière de transfert d'actions et autres titres financiers », D. 2010.123.



présomption de propriété du fait de l'inscription en compte des titres financiers. Par ailleurs, il sera fort peu probable de voir cette solution étendue au cas du créancier dont le nantissement porte sur des valeurs mobilières en raison de la généralisation de l'inscription en compte des titres financiers et de la double règle concernant la constitution et l'opposabilité du nantissement qui retient la date de réception de la déclaration signée par le créancier nanti et adressée au teneur de compte-tires. Ainsi, tout éventuel conflit avec les ayants cause du constituant (autre créancier gagiste, créancier saisissant ou autres) sera tranché au regard de la date de réception de la déclaration de nantissement à l'établissement teneur de compte<sup>700</sup>. L'application de la théorie possessoire de l'article 2276 du Code civil français pourrait difficilement s'appliquer au profit d'un créancier ayant nanti des valeurs mobilières inscrites sur un compte-titres, mais peut-être dans le cas d'un nantissement d'actions nominatives non inscrites en compte et non enregistrées dans les livres de l'émetteur et relevant du droit commun du gage.

## § 2. L'abandon de l'action possessoire en droit des sûretés québécois

**209.** La protection possessoire de l'article 2022 du *Code civil du Bas Canada*, qui fut une reprise de l'adage « En fait de meuble, possession vaut titre » en vigueur sous la Coutume de Paris, fut dans certains cas appliquée au bénéfice du prêteur sur gage<sup>701</sup> qui avait eu, dans une affaire, droit au remboursement de la somme avancée de bonne foi sur un meuble qu'on lui avait frauduleusement remis à gage. Avait aussi été jugé valable le gage de la chose d'autrui constitué par un commerçant en faveur d'un créancier de bonne foi<sup>702</sup>.

<sup>700</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 538, p. 263.

<sup>701</sup> *Beaudry v. Bissonnette*, (1879) 2 L.N. 407; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p. 557; Witold RODYS, *Traité de droit civil du Québec. Art. 2183-2270*, vol. 15, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957, p. 102.

<sup>702</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 74, p. 77; *Grondin v. Lefavre*, [1931] S.C.R. 102; *In re Bertrand : Trans-Canada Credit Corporation c. Savage*, préc., note 73; *Productions Michel Desrochers Inc. c. Bourbeau*, [1983] C.S. 522.

**210.** Il a été parfois admis que les créanciers gagistes, même sans dépossession, pouvaient revendiquer leurs biens mis en gage et freiner ainsi le recours des autres créanciers du constituant. Ainsi, certains juges accordaient un droit de revendication au créancier muni d'un nantissement commercial<sup>703</sup> ou agricole<sup>704</sup>. En revanche, d'autres juges le refusaient, préférant l'octroyer seulement aux créanciers justifiant d'une dépossession<sup>705</sup>.

**211.** En réalité, le rôle protecteur de l'adage s'est progressivement réduit comme peau de chagrin et notamment sous l'effet de l'admission des nantissements sans dépossession comme les nantissements agricoles, forestiers et commerciaux<sup>706</sup>. La grande réforme de 1991 a poursuivi le mouvement en consacrant l'hypothèque mobilière sans dépossession. Elle a eu pour effet de doter le créancier hypothécaire d'un droit de suite et d'abroger l'adage de sa législation<sup>707</sup> inscrit à l'article 2022 du *Code civil du Bas Canada*.

---

<sup>703</sup> *B. Fabian Inc. c. Restaurant Le Carafon de vin ltée*, [1980] C.S. 768, 771; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. L. Monette & Fils Inc.*, [1983] n° AZ-83021210 (C.S.); *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Bédard*, [1985] R.D.F.Q. 161 (C.S.); *Spécialités B-Pro Inc. c. Monuments Fleury Inc.*, [1986] n° AZ-86031207 (C.P.); *Molloy c. Bouchard*, [1990] R.J.Q. 1941 (C.S.). Pour l'admission large d'un tel droit de revendication pour les créanciers munis d'un nantissement commercial, agricole ou forestier, P. CIOTOLA, préc., note 71, p. 132-140; P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 40 et 41.

<sup>704</sup> *Lemay c. Banque Royale du Canada*, [1992] R.D.I. 648, 655 (C.A.), l'Honorable Jean-Louis Baudouin :

Le créancier bénéficiaire d'un nantissement agricole acquiert des droits dans la chose et pas seulement des droits sur celle-ci. En second lieu, ce droit de revendication s'explique bien par la situation privilégiée dans laquelle l'article 1979c C.c.B.C. place le créancier en lui permettant, contrairement à ce qui se passerait dans une situation normale, de se faire remettre le bien et de décider lui-même de sa vente en dehors de la vente en justice. Pour lui permettre d'exercer ce droit, il me semble logique que la loi lui octroie un droit de revendication, lorsque le débiteur est en défaut, pour obtenir la possession actuelle et effective de l'objet de sa sûreté. Je ne crois pas que son droit de revendication, comme l'a laissé entendre une certaine jurisprudence, ait pour condition *sine qua non* de son exercice la possession du bien et que celui-ci soit donc seulement restreint au cas où le créancier est parvenu, d'une façon ou d'une autre, à obtenir la possession effective. Ce serait limiter la revendication à la seule protection d'un droit de rétention. Or, c'est plutôt le droit spécial et particulier que lui confère la loi de prendre possession des biens nantis et de réaliser la vente qui, à mon avis, justifie de lui accorder ce droit de revendication.

<sup>705</sup> *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Fountainhead Fun Center Ltd.*, [1981] R.D.F.Q. 105 (C.S.); *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Équipements Laporte Inc.*, D.F.Q.E. 82F-145 (C.P.); *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Benro Inc.*, D.F.Q.E. 83F-45 (C.S.); *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Restaurant chez Gisèle Forget Ltée*, [1984] C.S. 488; *Caisse populaire de Bromptonville c. West*, [1991] n° AZ-92021044 (C.S.).

<sup>706</sup> P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 62, 40-45.

<sup>707</sup> L'adage reproduit sous l'article 2022 C.c.B.C. a été supprimé; François FRENETTE, « De la prescription », dans *La réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, vol. 3 « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé,

Cette suppression a pu être aussi possible du fait de la consécration parallèle et innovante de l'hypothèque mobilière sans dépossession. Désormais, les articles 2660, 2665, 2751 du nouveau *Code civil du Québec* reconnaissent expressément un droit de suite pour les hypothèques mobilières avec et sans dépossession. En ce qui concerne la revendication du créancier gagiste, l'article 2706 du *Code civil du Québec* lui permet de revendiquer le bien s'il est empêché par un tiers dans sa détention. Toutefois, l'article 2706 du *Code civil du Québec* ne lui permet pas de revendiquer entre les mains d'un tiers saisissant ou d'un autre créancier hypothécaire. Dans ce cas, le créancier gagiste ne pourra qu'exercer son droit de préférence sur le produit de la vente en vertu de l'article 604 du *Code de procédure civile*<sup>708</sup>.

**212.** On pourrait voir une transposition de la protection possessoire dans le cas précis et dérogoire au droit commun, celui du gage par maîtrise sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés conférée par les articles 109 paragraphe 3, 110 et 111 de la L.T.V.M. qui octroient une immunité à l'acquéreur et au titulaire des droits sur un actif financier. Ils peuvent contrer la revendication des tiers et même du véritable propriétaire si ces derniers n'avaient pas été avisés de l'existence de cette revendication au moment de l'acquisition.

## Conclusion

**213.** La théorie possessoire est encore utilisée en droit français pour protéger le créancier gagiste avec dépossession sur ses biens corporels. Les tribunaux reconnaissent, de manière constante, au créancier gagiste l'un des effets traditionnels attachés à la possession; ce qui lui permet de s'opposer à toute action en revendication diligentée par un véritable propriétaire. Toutefois, l'action possessoire n'a pas sa raison d'être dans le domaine des

---

dispositions transitoires », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 567, à la page 578; Denise PRATTE, « Le droit de suite et l'hypothèque mobilière », dans *Revue du Barreau*, 1997, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1997RDB70.

<sup>708</sup> *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Meubles J.T. inc.*, [1994] R.D.F.Q. 243 (C.Q.); *Matériaux J.L. Gauthier inc. c. Cantine Chez Claudia*, [1998] n° AZ-98031434 (C.Q.); *Socomec Industriel inc. c. Plasti-Systèmes inc.*, [2000] n° AZ-50079236 (C.Q.).

garanties portant sur des biens meubles incorporels. Prôner son extension, ne serait pas signe d'adaptabilité du droit aux réalités juridiques de notre époque, mais serait plutôt favoriser un inconfort conceptuel et vider de sa substance le mécanisme juridique du gage<sup>709</sup>. Ainsi, adopter une conception dite dématérialisée de la possession, comme certains auteurs l'ont souhaitée<sup>710</sup>, est certainement envisageable pour l'acquisition des biens incorporels. Cela aurait le mérite notamment de corriger une erreur historico-juridique en alignant le régime des biens corporels sur celui des biens incorporels. En revanche, la possession sur les biens tant corporels qu'incorporels ne devrait pas agir comme pansement protecteur dans le domaine des garanties portant notamment sur des biens incorporels. Cette fonction protectrice devrait être assurée par la mise en place d'un système généralisé de publicité qui assurerait l'effectivité d'un droit de suite, comme il existe actuellement au Québec depuis la réforme de 1991.

**214.** C'est sur cette voie que le législateur français s'est dirigé lors de la réforme de 2006 puisqu'il a exclu du domaine du gage sans dépossession l'application de l'article 2276 du Code civil pour les ayants cause à titre particulier du constituant<sup>711</sup>. Ainsi, les créanciers saisissant, les acquéreurs, les créanciers gagistes postérieurs ne pourront plus invoquer la possession du constituant avec lequel ils ont traité même de bonne foi. Les droits du créancier gagiste par inscription primeront les autres créanciers du constituant. L'acquéreur ne sera plus protégé par l'article 2276 du Code civil français, il devra se renseigner auprès du fichier national pour connaître l'étendue des droits réels accessoires sur le bien susceptible d'acquisition.

### **Conclusion de la Première partie**

**215.** Tout d'abord, le gage s'est imposé, à tort, comme le seul modèle possible de sûreté mobilière sur des biens incorporels pour des raisons historiques alors que

---

<sup>709</sup> *Contra* : C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57, notamment n° 37 et suiv., p. 241 et 242.

<sup>710</sup> *Id.*, notamment n° 37 et suiv. et A. PELISSIER, préc., note 154; B. PARANCE, préc., note 665; C. KUHN, préc., note 665, n° 8 et 9.

<sup>711</sup> C. civ., art. 2337 al. 3.

l'hypothèque mobilière aurait pu être privilégiée. Mais, l'adage coutumier « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » et la maxime « *res mobilis res vilis* » ont conduit à l'interdiction de l'hypothèque mobilière. Ces raisons historiques ne sont plus justifiées aujourd'hui. Il est en effet reconnu que les biens meubles, compte tenu de leur valeur économique certaine, constituent des actifs composant les patrimoines des individus et des entreprises. De surcroît, les techniques informatiques permettent aujourd'hui l'identification ou la traçabilité des biens meubles ce qui rend possible la publicité des droits réels mobiliers. Enfin, l'hypothèque mobilière qui se conçoit par nature sans dépossession est une sûreté plus avantageuse que le gage puisqu'elle permet au débiteur de jouir des utilités de la chose et de ne pas gaspiller son crédit auprès des institutions financières prêteuses.

**216.** Des causes techniques expliquent l'inadéquation du modèle du gage lorsqu'il porte sur des biens incorporels. Même si les législations française et québécoise ont pendant longtemps choisi de conserver le gage comme modèle de sûreté mobilière pour répondre aux besoins du commerce afin de prendre en garantie des créances civiles ou commerciales et d'autres biens incorporels. Parallèlement à ces contraintes liées à l'évolution de la vie économique, le dogme de la matérialité du gage a continué à exercer une emprise sur la façon de penser et de concevoir les sûretés mobilières en France et au Québec. Des raisons dogmatiques pourraient ainsi être avancées pour expliquer l'inadaptation du modèle du gage et elles pourraient s'énoncer de la manière qui suit.

**217.** L'histoire du droit des sûretés mobilières en France et au Québec nous montre, de manière générale, que le gage a été admis comme la sûreté mobilière par excellence qui impliquait nécessairement et en raison de la tradition, une dépossession matérielle du bien gagé entre les mains du créancier gagiste. Cette dépossession matérielle a été imposée,

pendant longtemps, - et encore aujourd'hui sous une forme nouvelle<sup>712</sup>- comme la condition essentielle de validité et d'opposabilité du gage.

**218.** Face aux besoins du commerce et du crédit, les législateurs québécois et français ont donc dû envisager des adaptations lorsque le gage devait porter sur une créance. Le gage a donc été renommé en nantissement et son opposabilité a dû être repensée. Par ailleurs, ce gage portant sur des créances baptisé « nantissement » a été façonné pour être conforme à la tradition classique grâce à la théorie juridique de l'incorporation de la créance dans le titre. Ainsi, les créances au moyen de leur représentation sur un support matériel pouvaient être envisagées comme des biens corporels. Le gage pouvait ainsi servir de véhicule juridique. Quant à la technique d'opposabilité de ce nantissement sur créance, la signification de l'acte de nantissement au débiteur cédé<sup>713</sup> a permis de le rendre opposable au débiteur cédé. Il a donc été importé dans le mécanisme du gage les formalités d'opposabilité de la cession de créances pour rendre valide et public ce nouveau type de gage pris sur un bien incorporel, à savoir une créance.

**219.** Par la suite, la même méthode a été appliquée à d'autres biens incorporels. En effet, la prolifération des biens incorporels, comme les valeurs mobilières, les contrats d'assurance-vie, les fonds de commerce, les biens résultant de la propriété intellectuelle (logiciel) ou industrielle (brevet), a étendu la gamme possible de biens susceptibles de former l'assiette de sûretés mobilières. Parallèlement, l'avantage économique reconnu dans l'absence de dépossession a conduit les législateurs français et québécois à envisager, par voie d'exception, des sûretés sans dépossession sur des biens corporels et incorporels.

---

<sup>712</sup> La dépossession matérielle s'est transformée en une dépossession scripturale ou par maîtrise derrière laquelle se cache en réalité une hypothèque: par inscription sur un compte-titres (en France, pour le nantissement de compte-titres et au Québec pour le gage par maîtrise sur des valeurs mobilières non représentées par un certificat ou sur de titres intermédiés); par inscription sur un registre public (en France, pour le nantissement de fonds de commerce, de film ou de logiciel) ou sur le registre de l'émetteur (en France, nantissement de parts sociales ou de parts commerciales; au Québec, le gage de valeurs mobilières représentées par certificat nominatif).

<sup>713</sup> Par l'accomplissement des formalités des articles 1641 C.c.Q., et art. 2075 (ancien) C. civ.

**220.** Dans ces conditions, le maintien du gage a été possible grâce : 1) à des techniques de publicité<sup>714</sup> - comme la remise du titre représentant la créance, la signification, la notification ou l'enregistrement de l'acte de nantissement ou de gage auprès de registres multiples et spéciaux 2) à une nouvelle perception de la condition de la dépossession matérielle qui est remplacée par à un concept intellectuel, celui de maîtrise ou de contrôle<sup>715</sup>.

On peut dire alors que la mécanique du gage a été adaptée aux biens incorporels au prix de transformations parfois profondes. La dépossession matérielle envisagée comme un dogme a été refaçonnée pour se conformer aux réalités économiques. Or, la majorité de ces nantissements, parfois aussi appelés clairement gages, portant sur des créances et d'autres biens incorporels ne sont plus en réalité des gages. leur essence est altérée et servent en fait à camoufler de véritables hypothèques mobilières. Ce mouvement législatif qui consiste à adapter le gage aux biens incorporels sous couvert d'une dépossession fictive et dématérialisée ne permet pas de respecter la fonction de la dépossession. Les substituts trouvés par les législateurs à la condition de dépossession ne permettent pas d'informer suffisamment les tiers de l'existence d'une garantie. Dans ces conditions, la sécurité juridique des transactions se trouve compromise par cette absence ou ce défaut de publicité affectant les gages sur les bien incorporels au prix même d'une dénaturaison du concept de gage.

**221.** On peut dire aussi qu'en dépit de certains changements terminologiques<sup>716</sup> et arrangements juridiques, il a toujours été question d'adapter à tout prix l'archétype du gage

---

<sup>714</sup> Exemples du nantissement de créances commerciales sous le C.c.B.C., du nantissement de créances civiles sous le C.c.B.C., du gage sur des créances représentée par un titre prévue par le C.c.Q. ou sous le C. civ français., exemples du nantissement de fonds de commerce, du nantissement de parts sociales ou celui de parts commerciales, nantissement de logiciel ou de brevet.

<sup>715</sup> Par exemple, le concept de maîtrise permet de mettre en gage des valeurs mobilières et des titres intermédiés en droit québécois (art. 2714.1-2714.7 C.c.Q. et voir la L.T.V.M.). En droit français, ce même concept permet le nantissement de compte-titres (art. L. 211-20 C. monét. et fin.).

<sup>716</sup> Le C. civ. français définit le nantissement comme « l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens incorporels, présents ou futurs » (art. 2355 al. 1 C. civ). Sous

aux biens incorporels. Cette méthode consistant à conserver un semblant ou un ersatz de dépossession du bien<sup>717</sup> a pour prétention de croire à une bonification du droit napoléonien ou coutumier qui avait en quelque sorte « tout prévu ».

Les législateurs français et québécois ont dès lors persisté à choisir la voie de l'adaptation du gage, ce qui a conduit à des incohérences juridiques et a produit des effets négatifs sur l'efficacité même des sûretés mobilières corporelles et incorporelles. L'instauration de l'hypothèque mobilière nous est donc apparue comme la forme la mieux adaptée pour concevoir toute sûreté mobilière de nature corporelle et même incorporelle.

**222.** Nous avons vu que le droit québécois, contrairement au droit français, a suivi, partiellement, ce raisonnement en consacrant l'hypothèque mobilière lors de sa réforme du Code civil en 1991. Toutefois, il n'a pas pour autant supprimé le gage sur des biens corporels ou celui portant sur des biens incorporels comme des valeurs mobilières. Par ailleurs, le législateur québécois a posé certaines restrictions concernant l'hypothèque mobilière sans dépossession prise par les personnes physiques n'exploitant pas une

---

cette appellation, le C. civ. régleme le nantissement de créances civiles et commerciales, de parts sociales et de parts civiles. D'autres nantissements sont visés comme celui d'instruments financiers, de fonds de commerce, de polices-d'assurance, de logiciels ou de brevets, mais ils sont soumis à des dispositions spéciales. Il existe donc une hétérogénéité des régimes des nantissements de biens incorporels. Par ailleurs, les créances comme les titres au porteur ou nominatif sont soumis au régime du gage de bien corporel. Par ailleurs, le C. civ. rappelle qu'à défaut de dispositions spéciales, les autres meubles incorporels sont soumis aux règles du gage de meubles corporels (art. 2355 *in fine* C. civ.). Ceci marque les limites du régime de nantissement de bien incorporel. Sous cette appellation française pourrait donc se cacher en réalité un régime de gage de bien corporel. En droit québécois, sous l'ancien C.c.B.C., le nantissement était une appellation générale désignant une sûreté mobilière et s'opposait à une hypothèque immobilière. Actuellement, il n'est plus question de nantissement. La seule terminologie retenue est celle d'hypothèque avec dépossession appelée aussi gage et d'hypothèque sans dépossession. Toutefois, en dépit de cette terminologie binaire, nous verrons qu'il existe plusieurs régimes concernant les biens meubles incorporels influencés parfois selon que le constituant est une personne physique exploitant ou non une entreprise. Par exemple, cohabitent le gage de titre au porteur ou nominatif, le gage de créances, le gage d'assurance-vie, le gage de valeurs mobilières, l'hypothèque de créance, l'hypothèque de valeurs mobilières, l'hypothèque de police d'assurance vie, les hypothèques sur les propriétés intellectuelles, l'hypothèque sur l'achalandage.

<sup>717</sup> Que ce soit sous le C.c.B.C., ou sous le C.c.Q., et aujourd'hui, avec la L.T.V.M., le gage sur des créances ou des valeurs mobilières est soumis à la condition de validité et d'opposabilité de la dépossession matérielle. Lorsque la valeur mobilière et le titre intermédiaire ne le permettent pas, le concept de maîtrise à remplacer la dépossession.



entreprise<sup>718</sup>. Il ressort donc du droit positif québécois actuel une complexité réelle et un certain nombre d'incohérences qui ont été abordées dans la première partie.

**223.** Quant au droit français, il a adopté une position encore moins satisfaisante. Malgré sa récente réforme, la multitude de régime de nantissements de biens incorporels, consacrés par le droit commun et par des droits spéciaux comme le droit financier ou le droit des assurances, n'a pas participé à une approche cohérente et moins complexe du droit des sûretés mobilières.

Compte tenu de ce double état des lieux constaté en France et au Québec, nous entendons démontrer, dans la deuxième partie, qu'il serait souhaitable de concevoir un mécanisme de garantie dénué de tout carcan corporel. La notion de sûreté mobilière devra être repensée dans une acceptation fonctionnelle et l'hypothèque mobilière pourra aussi servir dans certains cas de véhicule juridique. Cette nouvelle notion de sûreté fonctionnelle devra être conçue comme un droit préférentiel ou exclusif portant sur la valeur d'un bien et envisagée selon le principe de l'essence de l'opération.

---

<sup>718</sup> C.c.Q., art. 2683. Il n'existe pas un tel critère distinctif en droit français pour considérer l'accès au gage avec et sans dépossession entre les personnes exploitant ou non une entreprise. En revanche, récemment le législateur a imposé des formalités tendant à limiter la constitution de sûretés réelles sur des biens non affectés à l'exploitation de l'entrepreneur individuel, favorisant de manière corrélative celles de sûretés sur les biens de l'entreprise : C. monét. et fin., art. L. 313-21 al. 1 :

A l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution ou d'une société de caution mutuelle mentionnée aux articles L. 515-4 à L. 515-12. L'établissement de crédit indique, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir.

## **SECONDE PARTIE - Pour un dépassement du modèle du gage : la consécration de l'hypothèque mobilière et du caractère fonctionnel de la notion de sûreté mobilière**

**224.** Partant de l'idée dégagée dans la première partie que le mécanisme du gage a pu s'imposer comme un modèle de sûreté mobilière, d'une part, pour des raisons historiques, notamment du fait de l'interdiction coutumière de constituer une hypothèque sur les biens meubles et, d'autre part, pour des raisons techniques liées à une conception extensive et fictive de la notion de dépossession, nous allons démontrer dans cette deuxième partie qu'il est temps de consacrer en premier lieu l'hypothèque mobilière et, en second lieu, d'instaurer le principe de l'essence de l'opération qui servira de guide aux droits des sûretés français et québécois afin de qualifier de sûreté mobilière toute opération juridique qui aura pour finalité de garantir une obligation.

**225.** La consécration de l'hypothèque mobilière ne pourra se faire que si, au préalable, une assise théorique est proposée pour rendre compte de la mécanique juridique interne à toute sûreté mobilière. Le droit sur la valeur, concept déjà avancé par certains auteurs<sup>719</sup>, pourrait remplir ce rôle. Ce droit sur la valeur favorise une nouvelle approche juridique tant il agit, à la fois, dans le domaine du droit des biens que dans celui du droit des sûretés mobilières (Titre I). Les notions de bien et de sûreté mobilière devront être réexaminées. La notion de bien devra être comprise comme l'appropriation d'une chose ayant une valeur économique sans nécessairement faire référence à l'enveloppe corporelle

---

<sup>719</sup> P. CATALA, préc., note 8; F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 8, n° 43, p. 49; Frédéric ZENATI, « L'immatériel et les choses », *Ar. philo. dr.* 1999.43.79; A. PIEDELIÈVRE, préc., note 8, à la page 62; T. REVET, préc., note 8; P.-C. LAFOND, préc., note 8, n° 67, 69, 70 et 72, p. 34 et 35; S. NORMAND, préc., note 8, 179 et 180; S. QUINCARLET, préc., note 135, p. 520 et 521; Christian ATIAS, « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », dans *Le gage commercial*, Colloque de Deauville, les 11 et 12 juin 1992, Association Droit et commerce, *R.J. com.* 1994.72; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 551, p. 369; C. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283*, préc., note 49; C. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2393 à 2395*, préc., note 49, notamment n° 25, 28, 30, 31, 34.

ou incorporelle de la chose, objet de droit. La multitude de biens incorporels comme les valeurs mobilières, les clientèles civiles, l'information confidentielle, le savoir-faire ou la force de travail, nous conduit à nous interroger sur le bien-fondé de la division classique entre les biens corporels et les biens incorporels reprise par les législations française et québécoise. L'analyse des droits positifs français et québécois permet de croire que le droit sur la valeur devrait être retenu comme critère de qualification pour les biens mobiliers. Quant à la notion de sûreté mobilière, elle pourrait être perçue comme un mécanisme unique qui pourrait prendre la forme d'une hypothèque mobilière pour laquelle une fonction et une finalité précise lui seraient attribuées. Sa fonction consisterait à utiliser la valeur d'un bien meuble ou d'un ensemble de biens meubles pour parvenir à une finalité précise, à savoir la satisfaction du créancier qui réside en fait dans l'exécution par le débiteur de son obligation. Cette finalité peut être comprise sous l'angle du principe de l'essence de l'opération qui sera examiné en détails dans un titre second. Il sera alors question d'expliquer que toute opération juridique pourrait désormais être qualifiée de sûreté mobilière si sa finalité essentielle - en dépit de la terminologie retenue par les parties au contrat<sup>720</sup> - est de garantir une obligation. L'essence de l'opération juridique doit viser la garantie d'une obligation, soit le remboursement d'une dette. Ainsi, le principe de l'essence de l'opération combiné avec celui du droit sur la valeur pourrait amener le juriste à concevoir la notion de sûreté mobilière, selon notre propre définition, comme « l'affectation à titre préférentiel ou à titre exclusif d'un droit sur la valeur d'un bien meuble ou d'un groupe de biens meubles ayant pour finalité essentielle de garantir une obligation ». En fonction de cette définition, le régime des sûretés mobilières devrait donc être appliqué à l'opération juridique envisagée. Cela supposerait une inscription préalable et obligatoire auprès d'un registre de publicité national pour assurer l'opposabilité de la sûreté mobilière. Une définition commune pour toutes les formes de sûretés mobilières corporelle ou incorporelle et un seul régime de validité et d'opposabilité seraient donc mis en place pour assurer la cohérence et l'efficacité d'un droit des sûretés mobilières français et québécois (Titre II).

---

<sup>720</sup> Par exemple, contrat de vente, contrat de vente à tempérament, contrat de vente à réméré, contrat de bail comportant une clause de réserve de propriété, contrat de crédit-bail.

## **TITRE I – L’hypothèque mobilière comme un droit préférentiel sur la valeur économique d’un bien meuble**

**226.** La reconnaissance du droit sur la valeur permet, d’une part, de revoir la notion de bien en éliminant toute référence aux corps matériel ou immatériel des choses et, d’autre part, de proposer une nouvelle définition de la notion de sûreté mobilière. Sa consécration est d’autant plus aisée puisque ce droit sur la valeur est, *de facto*, reconnu par les auteurs et les tribunaux français et québécois. Dans un premier chapitre, nous évoquerons la notion de valeur, son contenu et les critères d’identification possibles qui permettent de plaider en faveur de l’existence d’un droit sur la valeur en droit français et en droit québécois (Chapitre I).

**227.** Dans le domaine du droit des biens, nous soutenons que pour dépasser le clivage existant entre les biens corporels et les biens incorporels, il est nécessaire de redéfinir le mot « bien » en privilégiant la valeur économique des choses mobilières (sans qu’il soit nécessaire de les distinguer selon leur nature corporelle ou incorporelle). Les biens seraient alors des choses susceptibles d’appropriation qui confèreraient un droit sur la valeur économique à leur titulaire. Dans le domaine du droit des sûretés, la consécration du droit sur la valeur permettraient de fournir une assise théorique au concept d’hypothèque mobilière et rendrait possible son instauration pour la prise en garantie des biens meubles corporels et incorporels. Ainsi, dans un second chapitre, nous examinerons les principales raisons évoquées ci-dessus qui nous conduisent à considérer l’utilité du droit sur la valeur tant en droit des biens qu’en droit des sûretés mobilières (Chapitre II).

**228.** Enfin, dans un troisième chapitre, nous verrons les différentes applications du droit sur la valeur consacrées par les tribunaux français et québécois. En matière de droit des biens, les juges français et québécois ne sont pas insensibles à cette notion économique de valeur puisque, pour protéger les biens immatériels (comme les valeurs mobilières, les

clientèles ou l'achalandage, les secrets commerciaux, le savoir-faire), ils utilisent soit le droit de propriété, soit la responsabilité civile. En matière de droit des sûretés, nous constaterons qu'en réalité, le droit de gage français et, au Québec, celui de l'hypothèque mobilière avec ou sans dépossession québécois sont presque conformes à cette vision. Le droit préférentiel sur la valeur existe en effet et ce, même s'il n'a pas été expressément consacré. La réalité juridique des mécanismes de garantie proposés par les droits français et québécois, comme le nantissement de compte-titres, le nantissement de créances, le nantissement de fonds de commerce ou celui du logiciel ou bien encore le gage ou l'hypothèque sur créances, l'hypothèque sur les brevets, sur la clientèle civile, font clairement appel au droit sur la valeur. Les deux législateurs ont tantôt appelé gage ou nantissement, tantôt appelé hypothèque leurs sûretés mobilières portant sur des biens incorporels. Un même constat s'impose, peu importe le choix terminologique et le régime juridique retenus : ces mécanismes de sûretés utilisent sans conteste un droit préférentiel sur la valeur. Par ailleurs, l'exécution ou la réalisation de ces gages, nantissements ou hypothèques, supposent la mise en œuvre d'un tel droit préférentiel sur la valeur. La reconnaissance du droit sur la valeur appliquée à l'ensemble du droit des sûretés français et québécois est donc possible (Chapitre III).

## **Chapitre I : De la valeur économique au droit sur la valeur**

**229.** L'envahissement des biens incorporels a accentué l'importance de la notion économique de valeur dans la sphère juridique. Cette notion de valeur qui devrait s'inscrire au cœur de la définition du mot bien pourrait être soumise à des critères d'évaluation afin de parvenir à une meilleure appréhension de ce concept par le droit (Section I). La valeur a même été très tôt reconnue par certains auteurs sous le concept de droit sur la valeur, notamment dans le domaine du gage (Section II).

## Section I - La valeur économique

**230.** La notion de valeur a toujours existé en droit des biens. Depuis le milieu ou la fin du XXe siècle, elle a pris une importance telle qu'elle est présentement le facteur déterminant qui contribue à qualifier une chose de bien (§1). Cerner les critères possibles d'identification de la notion de valeur permettrait de mieux définir le concept de bien sans avoir à distinguer entre une chose corporelle ou une chose incorporelle (§2).

### § 1. La notion de valeur, une notion expansionniste<sup>721</sup>

**231.** Un grand nombre d'auteurs<sup>722</sup> se sont prononcés sur l'importance de la notion de valeur en droit des biens. La notion de valeur avait vocation un jour à devenir elle-même un bien selon Savatier<sup>723</sup>. Cette réalité savante a pu donner la mesure d'une notion qui existait même intuitivement avant toute idée du Droit, voire d'une notion émergente de l'état de nature. Elle tire son origine du début des échanges vitaux, notamment d'ordre alimentaire, entre les individus. Elle est déjà nettement présente lors des balbutiements du commerce, à l'ère du troc<sup>724</sup>.

**232.** La notion de valeur, au demeurant hautement philosophique avant d'être économique, repose sur plusieurs critères. En effet, la valeur des choses peut se définir

---

<sup>721</sup> Notamment P. BERLIOZ, préc., note 8; Samuel BECQUET, *Le bien industriel*, Paris, L.G.D.J., 2005; C. LASSALAS, préc., note 682, p. 110; Virginie MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, thèse de doctorat, Aix-en-Provence, Faculté de droit, Université d'Aix-Marseille, P.U.F. d'Aix Marseille, 2005, p. 98; J.-F. RIFFARD, préc., note 61.

<sup>722</sup> Notamment Charles AUBRY et Charles Frédéric RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 9, Paris, Marchal et Billard, 1917, n° 573 et 575, p. 334, 335 et 340; Emmanuel LÉVY, *Les fondements du droit*, Paris, Félix Alcan, 1922; Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Sirey, 1938, n° 1317; R. SAVATIER, préc., note 45, n° 494 et suiv.; Pierre CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966.185; Pierre CATALA, « L'immatériel et la propriété », *Ar. philo. dr.* 1999.43.61; Philippe LE TOURNEAU, « Le parasitisme dans tous ses états », *D.* 1993.chr.310; A. PIEDELIÈVRE, préc., note 8; F. ZENATI, préc., note 719, 81; F. ZENATI, préc., note 8; Thierry REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, Paris, Litec, 1992; Jean-Marie MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Thierry REVET, « De la propriété comme modèle », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281; Jean-Christophe GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994.229.

<sup>723</sup> R. SAVATIER, préc., note 45, n° 494.

<sup>724</sup> F. ZENATI, préc., note 8.

selon leur rareté, leur utilité et même le travail nécessaire à leur réalisation<sup>725</sup>. Nous reviendrons en détails sur ces critères. En tout état de cause, ils permettent de mesurer la valeur échangeable de la chose. Précisément, cette valeur d'échange permettra à la chose de devenir un bien par sa représentation économique dans la société. Toutefois, la chose, à l'état initial, a une valeur en soi indépendamment des critères d'évaluation énoncés. La société n'intervient que comme « un agent extérieur dont la seule fonction est de découvrir les valeurs non de les créer<sup>726</sup> ». La valeur objective des choses n'accède à la réalité sociale que si la collectivité, puis le droit, décident de leur conférer une commercialité. Pour reprendre un exemple déjà utilisé par une auteure, la molécule de fer existait avant même que son existence ne soit portée à la connaissance de l'humanité<sup>727</sup>. Leur valeur n'a été révélée que lorsque la société a décidé de leur représentation économique. L'exemple du corps humain est encore plus criant de vérité. Il est considéré comme une chose hors commerce selon la société choisie et l'époque considérée. Chaque société décide alors des choses qu'elles souhaitent voir consacrer ou en révéler la valeur. Ainsi, la valeur d'échange de la chose lui permet d'acquérir une valeur économique qui la transformera en un bien. Les biens sont donc des choses auxquelles est attachée une valeur économique<sup>728</sup>.

**233.** L'un des critères évoqué est celui de l'utilité de la chose. Affirmer qu'une chose qui procure une utilité peut être un bien<sup>729</sup>, c'est reconnaître en fait qu'elle possède une valeur. Ce sont les avantages que procure le bien qui lui permettront de lui reconnaître une valeur<sup>730</sup>. Pour le doyen Carbonnier<sup>731</sup>, la « finalité utilitaire des choses corporelles ou incorporelles, c'est-à-dire leur adaptation aux besoins de l'homme, leur octroie le statut de bien, les aident à se transformer en biens ». Il est intéressant de noter que cette notion de valeur évoquée sous les traits de l'utilité a permis aux rédacteurs des Codes civils français

<sup>725</sup> Catherine KRIEF-VERBAERE, *Recherches sur la possession en droit des sûretés réelles*, thèse de doctorat, Paris XII, Faculté de Droit Saint-Maur, Université de Paris Val de Marne, 2005, p. 32.

<sup>726</sup> *Id.*, p. 36.

<sup>727</sup> *Id.*, p. 37.

<sup>728</sup> *Id.*, p. 55.

<sup>729</sup> QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 528.

<sup>730</sup> Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 47.

<sup>731</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, t. 2, Paris, P.U.F., 2004, n° 707, p. 1596.

et québécois de distinguer les biens meubles des biens immeubles. Ce critère de l'utilité a conduit notamment à justifier une différence de traitement entre les biens meubles et les immeubles illustrée, à une certaine époque, par l'existence de l'adage *res mobilis, res vilis*<sup>732</sup>.

**234.** Aujourd'hui, la notion de valeur est en plein essor même si elle a toujours été présente dans les législations considérées tant au sujet des biens meubles que des biens immeubles. Mais compte tenu de l'évolution de la fortune mobilière et de la diversité des biens meubles notamment incorporels, la valeur est devenue l'élément incontournable qui permet d'opérer la qualification d'une chose en bien. D'ailleurs, un courant doctrinal moderne désigne la valeur comme un élément fondamental de la notion de biens. Certains auteurs affirment qu'elle lui est « consubstantielle<sup>733</sup> ». On peut noter une évolution très nette dans la pensée des auteurs pour définir la notion de biens. Les juristes ont d'abord expliqué que les choses étaient en fait des droits sur des choses, puis actuellement, certains auteurs n'hésitent pas à désigner moins la chose ou le droit mais, plutôt, la valeur économique que comporte ce droit<sup>734</sup>. Ce mouvement doctrinal « moderne » consiste donc à mettre en exergue la valeur plutôt que le droit sur la chose. En tout état de cause, le bien qu'il soit corporel ou incorporel doit justifier d'une valeur économique. Ainsi pour ces auteurs français et québécois : la valeur est le « dénominateur commun<sup>735</sup> ». Le professeur québécois Pierre-Claude Lafond l'affirme clairement :

---

<sup>732</sup> « Chose mobilière, chose viles ». Cet adage signifie que la valeur des meubles est faible. De nos jours, cet adage a perdu sa force persuasive face à l'évolution des fortunes mobilières dans nos sociétés post-industrialisées. Toutefois, la *summa divisio* se maintient et conserve quelques utilités en matière procédurale ou de publicité des droits : F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 8, n° 29, p. 34; *Id.*, n° 710, p. 1599.

<sup>733</sup> Christophe CARON et Hervé LÉCUYER, *Le droit des biens*, Paris, Dalloz, 2002, p. 18.

<sup>734</sup> Même si ce raisonnement a déjà été admis par le passé par certains auteurs classiques: Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Michel CHAUVÉAU, *Traité théorique et pratique de droit civil. Les biens*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1896, n° 10, p. 11.

<sup>735</sup> P. CATALA, préc., note 8; F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 8, n° 43, p. 49; F. ZENATI, préc., note 8; A. PIEDELIÈVRE, préc., note 8, à la page 62; T. REVET, préc., note 8; P.-C. LAFOND, préc., note 8, n° 67, 69, 70 et 72, p. 34 et 35; S. NORMAND, préc., note 8, 179 et 180. Toutefois, silencieux sur la notion de valeur, Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n° 5, 7 et 48, p. 8 et 29.



Dans l'évolution de la société contemporaine, les biens incorporels connaissent un développement spectaculaire et occupent une place grandissante dans l'économie mondiale. Comme pour les biens corporels, une valeur économique leur est rattachée, à tel point que cette dernière constitue le facteur déterminant dans leur reconnaissance en tant que biens<sup>736</sup>.

À l'appui, il cite certains exemples jurisprudentiels fournis par les tribunaux québécois. Le droit d'exploitation d'un site d'enfouissement sanitaire sur des terrains loué a été jugé comme un bien incorporel. Il devient alors susceptible d'expropriation<sup>737</sup>. Un permis de transport délivré pour le camionnage<sup>738</sup>, comme un permis de taxis<sup>739</sup>, ont été considérés comme des biens incorporels susceptibles d'appropriation et même d'hypothèque. Nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur la question de l'appropriation de certains biens incorporels, au travers de l'appréhension du droit sur la valeur, par les tribunaux québécois<sup>740</sup>.

**235.** Comme il a été expliqué précédemment, certains auteurs dits modernes ont revisité la notion de biens en faisant jaillir la substance même de la notion de bien qui réside précisément dans la valeur<sup>741</sup>. La notion de valeur est donc essentielle en tant que critère de la notion de bien. Une chose a une valeur économique parce qu'elle peut être échangée. C'est « cette valeur économique échangeable qui permet à une chose d'être érigée en bien, et c'est parce que la chose est un bien, qu'elle est susceptible d'appropriation<sup>742</sup> ». La valeur vénale permettra de donner une estimation chiffrée de la chose en fonction de ses qualités intrinsèques et également en fonction de critères extrinsèques, comme la facilité avec laquelle on pourra disposer de la chose<sup>743</sup>.

<sup>736</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 735, n° 69, p. 34.

<sup>737</sup> *Tremblay c. Régie intermunicipale de l'Est de Portneuf*, [1982] R.P. 321 (C.S.).

<sup>738</sup> *2553-1314 Québec Inc. (Syndic)*, [1995] n° AZ-96021045 (C.S.).

<sup>739</sup> *Ceracaise c. Caltafamo*, 2007 QCCA 40, [2007] R.J.Q. 225.

<sup>740</sup> Voir nos développements *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I.

<sup>741</sup> V. MERCIER, préc., note 721, n° 164 et 165, p. 83.

<sup>742</sup> *Id.*, n° 192, p. 98 et 99.

<sup>743</sup> C. LASSALAS, préc., note 682, n° 320, p. 110, V. MERCIER, préc., note 721, n° 175-177, p. 92.

**236.** Ainsi, par exemple, les valeurs mobilières ne doivent plus être entendues comme de simples créances, mais plutôt comme de véritables biens conférant à l'associé la qualité de propriétaire<sup>744</sup>. Les valeurs mobilières représentent indéniablement une valeur d'échange susceptible d'appropriation<sup>745</sup>. La valeur d'échange, qu'elle se réfère à une cote boursière ou à un bilan de société et à d'autres indicateurs subjectifs comme les perspectives d'activité de l'entreprise (pour les actions non cotées), permettra à celui qui se l'approprie de revendiquer des droits à l'encontre de la société émettrice.

Le savoir-faire permet également d'illustrer notre propos. Il bénéficie, lui aussi, d'une valeur d'échange reconnue puisqu'en France, dans les sociétés à responsabilité limitée, il est reconnu légalement que l'apport en savoir-faire<sup>746</sup> est autorisé<sup>747</sup>. Des parts sociales en industrie peuvent donc être souscrites en échange de ce savoir-faire. Ce dernier participe donc à la formation du capital social. Cette possibilité est admise dans d'autres types de sociétés françaises comme les sociétés civiles professionnelles<sup>748</sup> ou les sociétés en commandite par actions<sup>749</sup>. Plusieurs projets et études françaises<sup>750</sup> souhaiteraient étendre cette possibilité aux sociétés anonymes cotées et non cotées. Les apports en savoir-faire, terminologie suffisamment large pour englober les « apports intellectuels », pourraient ainsi favoriser les créateurs d'entreprises et permettraient de valoriser le capital humain « intellectuel » comme une richesse de l'entreprise<sup>751</sup>.

<sup>744</sup> V. MERCIER, préc., note 721, n° 164, p. 85.

<sup>745</sup> *Id.*, n° 172, p. 90.

<sup>746</sup> Catherine MALECKI, « L'apporteur en savoir-faire: du mal aimé au bien aimé? », *Bulletin Joly Sociétés* 2004.10.1169 : L'apport est défini, selon l'article 1843-2 al. 1 C. civ., comme le bien (somme d'argent, immeuble, fonds de commerce, brevet...) dont l'associé transfère la propriété ou la jouissance à la société et en contrepartie duquel il reçoit des parts ou actions.

<sup>747</sup> Depuis la *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, J.O. 16 mai 2001, p. 7776, les parts sociales en industrie peuvent être souscrites dans les SARL, selon l'article L. 223-7 C. com.

<sup>748</sup> Yves GUYON, « Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », Rép. Defrénois 1999.1.3.

<sup>749</sup> C. com., art. L. 222-1.

<sup>750</sup> ANSA, MEDEF et AFEP, *Pour un droit moderne des sociétés*, rapport commun, octobre 2003, en ligne : <[http://archive.medef.com/medias/upload/55783\\_FICHER.pdf](http://archive.medef.com/medias/upload/55783_FICHER.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012); CCIP, *Pour une réforme de la société anonyme non cotée*, rapport adopté à l'Assemblée générale du 23 octobre 2003, Paris, 2003, p. 22, en ligne : <<http://www.etudes.ccip.fr/sites/www.etudes.ccip.fr/files/upload/prises-position/cou0310.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>751</sup> C. MALECKI, préc., note 746, n° 3.

L'information<sup>752</sup> confidentielle ou la clientèle civile ou plutôt l'achalandage<sup>753</sup> représentent également une valeur vénale qui permet une circulation économique. Cette valeur vénale leur octroie la qualité de bien ce qui les rend susceptible d'appropriation. Les contrats portant sur la cession de clientèle civile fournissent un exemple en ce sens. À ce titre, elles méritent la protection du droit. Nous verrons plus en détails dans la partie qui est consacrée à l'information confidentielle et à la clientèle civile<sup>754</sup> que cette protection par le droit leur est conférée au « compte-gouttes », selon les préoccupations du moment et l'attrait économique pour le bien immatériel considéré.

## § 2. Une notion à délimiter

**237.** La notion de valeur est au cœur du droit des biens et par conséquent, du droit des sûretés mobilières. Comme nous le verrons, selon certains auteurs et certaines décisions rendues par les tribunaux français et québécois, la valeur économique du bien peut être un élément déterminant dans sa qualification juridique en bien<sup>755</sup>. Toutefois, la valeur est rarement prise et analysée de manière isolée. Le juge sera pris d'un « malaise<sup>756</sup> » s'il doit effectuer un calcul de la valeur d'une chose pour la qualifier en bien. Certes, et comme il a été mentionné, cette valeur peut être chiffrée lorsqu'il s'agit d'évaluer la valeur des actions formant le capital social d'une société cotée ou non en bourse<sup>757</sup>. Le marché boursier ou le

---

<sup>752</sup> J.-C. GALLOUX, préc., note 722, n° 10: « L'information pour le juriste n'est pas toute chose incorporelle en soi, mais elle est information en raison de sa forme particulière : elle est secret, logiciel, savoir-faire, signe distinctif, [...] donnée, invention découverte », citant André Lucas; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc., note 722, à la page 281, n° 14 : l'information est toute forme ayant une valeur économique « en raison du public qui la convoite ».

<sup>753</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 283; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 2001, *Bull. civ.* I, n° 449; *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 47. Éric LABBÉ, « L'achalandage : *vis attractiva* de l'entreprise », (2009) 39 R.G.D. 379, 408, n°2 et 5: « L'achalandage représente une valeur appropriable et cessible, rien ne s'oppose donc à ce qu'elle constitue, en soi, un bien au sens du droit civil ».; Voir nos amples développements, *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre III, Section I, B.

<sup>754</sup> Voir nos développements, *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre III, Section I, B.

<sup>755</sup> Voir nos développements, *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre III, Section I.

<sup>756</sup> C. ATIAS, préc., note 719, 74.

<sup>757</sup> Nadine GALATAUD, « Évaluation des titres non cotés », J.C.P. éd. N. 2011.16.1137.

bilan comptable de la société sont des indicateurs permettant d'évaluer la valeur économique des biens-actions. Ces éléments comptables offriront alors des critères objectifs établissant la valeur d'échange. En dehors d'éléments comptables, la recherche de signes tangibles peut paraître plus difficile. Or, certains biens (clientèle civile, savoir-faire ou force de travail) évoluent en dehors de la sphère boursière ou ne se définissent pas en fonction d'un marché. Pourtant ces biens sont des acteurs juridiques de la vie des affaires, ils doivent aussi être appréhendés comme des valeurs économiques en tant que telles. Leur valeur doit être alors établie selon d'autres critères plus adéquats, plus adaptés à leur nature<sup>758</sup>. Avant de proposer quelques critères, il est intéressant de rappeler que même les économistes ont connu des difficultés pour concevoir une théorie autour de la valeur<sup>759</sup>. La fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle a connu un mouvement hostile à l'endroit du concept de valeur au profit de celui de prix<sup>760</sup>. Certains économistes l'ont qualifié d'élément parasite, à bannir du langage économique<sup>761</sup>. Un grand nombre d'auteurs et notamment trois économistes français<sup>762</sup> ont combattu ardemment cette offensive et ont soutenu notamment que la valeur était la clef de voûte de l'économie politique.

**238.** Il faut dès lors rappeler que, généralement, la valeur de la chose est l'importance que l'on lui attribue. Deux échelles d'analyse peuvent être utilisées<sup>763</sup> : soit on

---

<sup>758</sup> Danielle DAY, Jean FORTIER et Nicolas PANAGIS, « L'évaluation des actifs incorporels — Aspects économiques, légaux et fiscaux », (1998) 20 *R.P.F.S.* 529 : Les auteurs se sont interrogés sur l'évaluation des actifs incorporels qui occupent une part importante de la valeur d'une entreprise. Ils ont proposé des définitions de cet actif incorporel en prenant en compte sa dimension économique et commerciale et ont examiné les différentes méthodes pour établir la juste valeur marchande des éléments d'actif incorporels autres que l'achalandage.

<sup>759</sup> Récemment, A. ORLÉAN, préc., note 48.

<sup>760</sup> Gaëtan PIROU, *La valeur et les prix*, Paris, Sirey, 1945, p. 5 et 6.

<sup>761</sup> *Id.*, p. 5 et 6, aux notes 1 et 2.

<sup>762</sup> Charles TURGEON et Charles-Henri TURGEON, *La valeur*, 2<sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, Sirey, 1927, chap. VI et VII; François PERROUX, *La valeur*, Paris, P.U.F., 1943.

<sup>763</sup> D'autres échelles d'analyse peuvent être proposées, tout dépend de la conception de la valeur. Pour une conception originale : A. ORLÉAN, préc., note 48, p. 12 et 13 :

Pour le dire succinctement, nous refusons d'admettre que la valeur marchande puisse s'identifier à une substance, comme l'utilité, qui préexiste aux échanges. Il faut plutôt la considérer comme une création *suis generis* des rapports marchands, par laquelle la sphère économique accède à une existence séparée, indépendante des autres activités sociales. Les relations marchandes possèdent leur propre logique de valorisation dont la finalité n'est pas la satisfaction des consommateurs mais l'extension indéfinie du règne de la marchandise.

prend en compte les appréciations personnelles de tel individu déterminé (possesseur de la chose) pour établir la valeur de cette chose, ce qui paraît dangereux, en raison du nombre infini de valeurs individuelles possibles, puisqu'il y aura autant de valeurs qu'il existe d'individus ; soit on retient l'appréciation collective comme échelle d'analyse. Concrètement on pourrait déterminer la valeur d'une chose selon la « quantité d'autres objets ou marchandises contre laquelle s'échangera sur le marché l'objet dont il s'agit<sup>764</sup> ». Cette valeur peut être qualifiée d'échange et elle existe autant dans des économies dites modernes qui connaissent la monnaie que dans celles plus primitives, fonctionnant avec le troc. Cette valeur d'échange se distingue de la valeur d'usage, plus subjective<sup>765</sup>. La valeur d'usage est un critère trop restreint et se confond souvent avec l'*usus* et le *fructus* d'un droit sur une chose comme pour le droit de propriété<sup>766</sup>. À l'instar de l'économiste Gaétan Pirou, la détermination de la valeur d'une chose implique nécessairement une comparaison, explicite ou implicite, entre plusieurs objets. La valeur ne doit alors pas se confondre avec l'usage de la chose qui implique une confrontation entre l'objet et l'individu et plus précisément entre l'objet et ses désirs<sup>767</sup>. Par ailleurs, la valeur d'échange se distingue du prix de la chose, qui n'est que sa représentation finale dans une société dont l'économie fonctionne au moyen d'une monnaie. Sans reprendre les théories anciennes et modernes sur la valeur et leurs critiques<sup>768</sup>, il en ressort que la valeur du marché ou la valeur d'échange paraît être le critère le plus adapté pour déterminer si une chose peut être un bien.

---

Que, pour ce faire, la marchandise prenne appui sur le désir d'utilité des individus est possible, et même avéré, mais l'utilité n'entre dans la valorisation que comme une composante parmi d'autres. Il n'y a pas lieu d'enfermer la valeur dans sa propre logique. [...] dans de multiples situations la valeur se trouve recherchée pour elle-même, en tant que pouvoir d'achat universel. Notre projet de refondation trouve ici sa définition : *saisir la valeur marchande sans son autonomie, sans chercher à l'identifier à une grandeur préexistante, comme l'utilité, le travail ou la rareté*. Cette autonomie qui donne à voir la valeur en majesté, dans sa plénitude de sa puissance, c'est grâce à la monnaie qu'elle s'obtient. Pour cette raison, [...], la monnaie joue un rôle essentiel. Elle est l'institution qui fonde la valeur et les échanges.

<sup>764</sup> G. PIROU, préc., note 760, p. 11 et 15.

<sup>765</sup> *Id.*, p. 15 et 57.

<sup>766</sup> Marc MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », R.R.J. 2006.1805, n° 78, 1844.

<sup>767</sup> G. PIROU, préc., note 760, p. 15.

<sup>768</sup> Voir, pour un exposé complet, *id.*, p. 15-124.

**239.** Les juges devront alors se référer à cette valeur d'échange<sup>769</sup> pour parvenir à qualifier un bien. Ils pourront apprécier sa valeur d'échange selon la rareté et l'utilité du bien<sup>770</sup>. Certains économistes ont fait de l'utilité, avec la rareté, le fondement de la valeur, tout en reconnaissant qu'il n'y a pas d'identité entre la valeur et l'utilité<sup>771</sup>.

Tout d'abord, la valeur d'échange pourra s'apprécier sous le prisme de la rareté de la chose. Pour les choses corporelles, le concept de rareté renvoie à la rareté naturelle comme l'or ou le fer ou à la quantité disponible de l'objet sur un marché considéré. Pour les choses incorporelles, la rareté peut résulter de l'invention de l'homme, de l'originalité apportée à une chose pour en faire une œuvre<sup>772</sup> (propriété intellectuelle ou industrielle, comme un brevet ou une œuvre littéraire) c'est-à-dire du travail intellectuel de l'homme (clientèle<sup>773</sup> ou savoir-faire).

De plus, comme il a été déjà évoqué, le critère de l'utilité<sup>774</sup> pourrait s'avérer être pertinent. Il fait référence, en fait, à la relation entre l'homme et la chose. Le concept d'utilité vise à satisfaire les besoins ou les aspirations des individus<sup>775</sup>. Ce critère devrait être apprécié le plus objectivement possible comme celui qui vise à satisfaire les besoins des individus dans une société donnée. Le juge ne devrait pas prendre uniquement en considération l'importance que l'objet représente aux yeux de son possesseur. Il devrait procéder à une évaluation objective et rechercher si cet objet est utile pour une catégorie d'individus vivant dans une société à un moment donné. Il est vrai que cette utilité sera appréciée de manière relative en fonction des considérations de l'instant. En fait cela rejoint, le phénomène de

<sup>769</sup> M. MIGNOT, préc., note 766, 1821-1825, n° 30-39.

<sup>770</sup> David AUREL, « Le dépassement du droit », dans « Les biens et leur évolution », *Ar. philo. dr.* 1963.8.167, 167 et 168; Ejan MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 9 et 10 novembre 1989, Paris, Litec, 1991, p. 219.

<sup>771</sup> C. TURGEON et C.-H. TURGEON, préc., note 762, cité par G. PIROU, préc., note 760, p. 15, à la note 2.

<sup>772</sup> M. MIGNOT, préc., note 766, 1824, n° 38.

<sup>773</sup> É. LABBÉ, préc., note 753, 410 et 411 : « L'achalandage constitue une rareté dont la valeur peut être, en partie ou en totalité, cédée en tant qu'accessoire d'une entreprise. »

<sup>774</sup> Nicos POULANTZAS, *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 140 et 141.

<sup>775</sup> Léon HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974, p. 390.

réserve du droit<sup>776</sup>. Le législateur ou le juge prendra en compte l'intérêt ou l'avantage que procure une chose pour savoir s'il est opportun de la considérer comme un bien. Souvent, c'est une considération d'intérêt général qui justifiera l'octroi d'un droit réel sur une chose<sup>777</sup>. Pour les choses incorporelles, le droit rendra hommage à l'investissement financier ou intellectuel dans la création (valeur mobilière, œuvre, brevet, base de données), ou il récompensera le travail intellectuel réalisé (clientèle, savoir-faire). De la sorte, le droit en favorisant la production de certaines choses, participera au progrès au sein d'une société et améliorera les conditions de vie collective<sup>778</sup>.

## **Section II – L'émergence du droit sur la valeur**

**240.** De la notion de valeur, nous reprenons le concept développé par plusieurs auteurs, celui de droit sur la valeur qui nous permettra d'affiner notre démonstration. Nous verrons ultérieurement que le droit sur la valeur sera utile pour mieux appréhender les droits portant sur des biens corporels ou incorporels, comme le droit de propriété, mais surtout ce concept servira à dépasser la conception matérielle du gage et permettra de redéfinir la notion de sûreté mobilière<sup>779</sup>. Mais avant tout, il est important de comprendre le contenu du droit sur la valeur.

**241.** Tout d'abord, ce droit sur la valeur a été affirmé clairement par certains auteurs français, comme Simon Quincardet, Christian Mouly, Michel Cabrillac et Christian Atias dans le domaine des sûretés. Selon ces auteurs, la valeur est seule affectée en garantie au

---

<sup>776</sup> Jean-Marc MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans *Mélanges offerts à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, 1991, p. 277, n° 7, à la page 279, qui définit le mot bien comme « tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réserve et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale ».

<sup>777</sup> M. MIGNOT, préc., note 766, 1854 et 1855, n° 103 et 104.

<sup>778</sup> *Id.*, 1855, n° 104.

<sup>779</sup> Ce point fera l'objet de développements ultérieurs, *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre II – De l'utilité du droit sur la valeur en droit des biens et en droit des sûretés.

profit du créancier garanti<sup>780</sup>. Simon Quincaret a développé le droit sur la valeur à propos du contrat de gage. Il a proposé de définir le gage comme un droit préférentiel sur la valeur du bien affecté à la garantie. Pour reprendre son idée originale, le gage serait « l'affectation directe et immédiate à la garantie d'une créance de la valeur économique d'un bien déterminé<sup>781</sup> ». Le droit de gage proprement dit « traduit juridiquement l'appropriation de la valeur économique du bien considéré par le créancier<sup>782</sup> ». Qu'il s'agisse du gage portant sur un bien corporel ou un bien incorporel :

[I]l n'y a pas d'impossibilité radicale de les englober dans une seule et même notion dont ils constitueront deux aspects différents. Il suffira seulement de ne retenir que les deux caractères communs qu'ils présentent : 1° d'avoir pour but et pour objet l'affectation de la valeur pécuniaire d'un élément déterminé du patrimoine du débiteur; 2° de ne pouvoir atteindre la valeur de l'élément patrimonial, du bien considéré qu'à travers son individualité organique, ce qui suppose que l'affectation de la valeur du bien devra réagir sur le bien considéré en lui-même et comporter à son égard une certaine mainmise, un certain pouvoir de fait dont les modalités d'ailleurs varieront avec la nature de ce bien<sup>783</sup>.

**242.** Selon cette idée reprise par d'autres auteurs, la valeur est l'objet véritable de l'affectation<sup>784</sup>. Sous couvert d'une commodité de langage et de perception, la valeur demeure masquée derrière un bien ou un ensemble de biens qui ne sont qu'en apparence objet de la sûreté réelle. En dépit de cette constatation doctrinale, le droit positif ne tire aucune conséquence de cette réalité juridique et a même considéré, pendant longtemps, le contrat de gage comme un contrat réel. Actuellement, débarrassé de son caractère réel<sup>785</sup>, le contrat de gage qui peut se muer parfois en hypothèque mobilière ne parvient, toutefois, pas à montrer son véritable visage, celui d'un droit préférentiel sur la valeur d'un bien. La

<sup>780</sup> S. QUINCARLET, préc., note 135, p. 520 et 521; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 551, p. 369; C. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283*, préc., note 49.

<sup>781</sup> S. QUINCARLET, préc., note 135, p. 521.

<sup>782</sup> *Id.*, p. 520 et 521.

<sup>783</sup> *Id.*, p. 528.

<sup>784</sup> En ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 551, p. 369; C. ATIAS, préc., note 719, 72-80; J.-F. RIFFARD, préc., note 61, n° 656, p. 234; C. LASSALAS, préc., note 682; V. MERCIER, préc., note 721.

<sup>785</sup> Il lui reste néanmoins l'exigence de la dépossession, vestige du caractère réel du contrat de gage.



conséquence directe de cette qualification serait de lui ôter enfin toute empreinte matérialiste, de le doter d'un droit de préférence et d'un droit de suite qui seraient exercés sur la valeur.

**243.** Le professeur Christian Atias a suivi cette même analyse lorsqu'il n'a pas hésité à affirmer que seule la valeur dans un contrat de gage était engagée<sup>786</sup>. Selon cet auteur, « ce que le créancier sait pouvoir attendre du gage, c'est la valeur de la chose<sup>787</sup> ». Cette valeur est réservée au profit du créancier qui la détient à titre conservatoire durant le gage et qui pourra, le cas échéant, la réaliser en cas de recouvrement de la créance gagée<sup>788</sup>.

**244.** Nous poussons plus loin l'analyse du droit sur la valeur faite tant par Simon Quincarlet que par le professeur Christian Atias qui l'ont réservée au seul concept de gage. Ce droit sur la valeur pourrait être appliqué à toute forme de sûreté mobilière comme l'ont d'ailleurs préconisé Christian Mouly, Michel Cabrillac et Francois Jacob<sup>789</sup>. Selon Christian Mouly et Francois Jacob:

L'hypothèque est un droit réel sur un autre droit, mobilier ou immobilier, toujours accessoire à la créance dont elle garantit le paiement, indivisible et qui, sans déposséder le constituant, confère à son titulaire la possibilité de se faire payer par préférence sur la valeur du droit, saisi au besoin dans quelque patrimoine qu'il se trouve [...] dans chaque analyse, l'hypothèque apparaît comme un droit cantonné à la valeur du droit que le constituant détient sur le

<sup>786</sup> C. ATIAS, préc., note 719, 74.

<sup>787</sup> *Id.*

<sup>788</sup> *Id.*, 78 et 79.

<sup>789</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 551, p. 369; C. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283*, préc., note 49, n° 4, 30, 32, et 33; C. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2393 à 2396*, préc., note 719, n° 25, 28, 30, 31 et 34 :

La définition donnée de l'hypothèque par le code a été parfois mise en cause en raison de son caractère jugé trop étroit. En précisant que l'hypothèque ne porte que sur les immeubles le texte rétrécirait une institution apte à de plus larges utilisations. En vérité, l'hypothèque serait un droit réel sur un autre droit ... mobilier ou immobilier. Ainsi y aurait-il des "hypothèques mobilières" : l'hypothèque maritime, par exemple, ou l'hypothèque sur les aéronefs, qui portent l'une et l'autre sur des meubles soumis à immatriculation, "localisation fictive qui permet la publicité" (*L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, op. cit., n° 518*). Ce n'est pas son assiette qui distinguerait l'hypothèque mais essentiellement l'absence de dépossession (remplacée par une publicité) et le droit de suite.

bien grevé [...]. Ainsi donc l'hypothèque ne porte pas vraiment sur le bien grevé; elle porte sur le droit possédé sur ce bien. Plus précisément, l'hypothèque porte non sur la totalité du droit, mais simplement sur la valeur de ce droit. Plus précisément encore l'hypothèque porte sur la contre-valeur en argent de ce droit<sup>790</sup>.

Nous estimons que ce droit préférentiel sur la valeur concédé par le constituant au créancier gagiste ou hypothécaire opère pour l'ensemble des sûretés mobilières et dépasse ainsi largement le contrat de gage. Plus encore, l'intérêt actuel de voir reconnaître un tel droit préférentiel sur la valeur est d'en faire l'élément à la fois générateur et fédérateur en droit des sûretés mobilières pour précisément qualifier une opération de garantie en une sûreté mobilière<sup>791</sup>. Le mouvement des tribunaux français et québécois nous invite aussi à le croire. Nous y reviendrons lors de l'examen des applications du droit sur la valeur par les tribunaux français et québécois<sup>792</sup>.

**245.** Ce droit sur la valeur pourrait être utilisé dans le domaine du droit des biens. La valeur a tout de même été reconnue, comme on l'a déjà expliqué, par une partie de la doctrine comme l'élément fondamental et déterminant pour permettre de qualifier une chose de bien<sup>793</sup>. La possibilité pour un individu de disposer d'une valeur apparaît alors comme le mécanisme par lequel la valeur se métamorphose en bien<sup>794</sup>. Le droit permet à l'individu d'agir sur la valeur; il s'octroie la maîtrise de fait sur cette valeur, mais il ne pourra effectivement en disposer que si cette valeur n'est pas exclue du commerce juridique<sup>795</sup>. Ainsi, deux éléments interviennent dans la définition du mot bien : la

<sup>790</sup> C. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283*, préc., note 49, n° 30 et 32.

<sup>791</sup> Voir nos développements, Section II – Le droit sur la valeur et le dépassement du gage, p. 222

<sup>792</sup> Voir nos développements, §1. Le droit préférentiel sur la valeur en droit des sûretés québécois, p. 280.

<sup>793</sup> P. CATALA, préc., note 8; F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 8, n° 43, p. 49; F. ZENATI, préc., note 8; A. PIEDELIÈVRE, préc., note 8, à la page 62; T. REVET, préc., note 8; P.-C. LAFOND, préc., note 8, n° 67, 69, 70 et 72, p. 34 et 35; S. NORMAND, préc., note 8, 179 et 180. Toutefois, silencieux sur la notion de valeur, D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 735, n° 5, 7 et 48, p. 8 et 29.

<sup>794</sup> A. PELISSIER, préc., note 154, n° 240, p. 111; P. BERLIOZ, préc., note 8, n° 541, p. 176.

<sup>795</sup> A. PELISSIER, préc., note 154, n° 240, p. 111.

réserve et la commercialisation de la valeur par le droit<sup>796</sup>. La protection juridique par le droit conforte cette idée de valeur, elle ne la crée pas<sup>797</sup>. Le droit intervient pour protéger et reconnaître cette maîtrise de fait de la valeur, ce pouvoir de disposition de la valeur. Plusieurs auteurs<sup>798</sup> sont favorables à l'attribution d'un droit de propriété « créateur d'une valeur<sup>799</sup> ». Le professeur Philippe Le Tourneau<sup>800</sup> milite même pour assurer une protection aux idées qui sont devenues des valeurs économiques et qui procurent « un avantage concurrentiel à ceux qui les ont imaginées et une plus value durable ». L'idée doit être le résultat d'un travail créatif et doit avoir une valeur marchande.

Pendant un temps<sup>801</sup>, le professeur Le Tourneau pensait que la responsabilité civile suffisait pour ériger ces valeurs économiques en biens. Or, elle n'a pas à remplir un tel office. Elle protège des intérêts multiples et différents qui peuvent être aussi bien une chose, que l'activité de la personne ou la personne elle-même<sup>802</sup>. Le but ultime de la responsabilité civile est de protéger l'individu, propriétaire ou non. Il revient donc à la propriété de jouer ce rôle. Il suffit pour cela qu'elle continue à être ce « pilier porteur de la notion de bien<sup>803</sup> ».

**246.** Le professeur Le Tourneau considère désormais que c'est le droit de propriété qui doit consacrer le droit sur la valeur. Il rejoint ainsi les professeurs Thierry Revet et Frédéric Zénati qui militent clairement pour la reconnaissance tant de la propriété des choses incorporelles que de l'extension de la propriété à toutes sortes de richesses économiques. Une chose ne sera un bien que si l'on envisage de « l'appréhender

---

<sup>796</sup> J.-M. MOUSSERON, préc., note 776, n° 7, à la page 279, qui définit le mot bien comme « tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réserve et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale ».

<sup>797</sup> J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc., note 722.

<sup>798</sup> T. REVET, préc., note 8, à la page 289; Philippe LE TOURNEAU, « De la modernité du parasitisme », *Gaz. Pal.* 2001.303.4 : fervent défenseur de la théorie du parasitisme et favorable à la reconnaissance de « nouveaux droits de propriété ».

<sup>799</sup> Expression de P. BERLIOZ, préc., note 8, n° 595, p. 194.

<sup>800</sup> Philippe LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *Communication Commerce électronique* 2001.2.8, n° 4.

<sup>801</sup> P. LE TOURNEAU, préc., note 722.

<sup>802</sup> P. BERLIOZ, préc., note 8, n° 1713, p. 530. Voir C. civ., art. 1382 et C.c.Q., art. 1457.

<sup>803</sup> Rémy LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », dans *Le Code civil, 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, p. 303, n° 6.

exclusivement afin de pouvoir en disposer<sup>804</sup> ». La propriété se réduira alors à un acte essentiel, celui de pouvoir disposer de la valeur d'une chose<sup>805</sup>. La propriété porterait alors non plus sur la chose matérielle ou immatérielle qui la porte, mais sur sa valeur<sup>806</sup>. La propriété serait un droit qui porte sur une valeur<sup>807</sup>. Ainsi, le droit sur la valeur permettrait d'éviter le recours à la qualification entre les droits réels et personnels qui crée des droits *suis generis* ou mixtes<sup>808</sup>; ce droit permet de jouir, d'user et de disposer de la valeur du bien.

Ainsi, la doctrine moderne rend compte d'une conception dématérialisée des biens<sup>809</sup>. La jurisprudence actuelle a emboîté le pas. En effet, les tribunaux français et québécois tendent vers cette conception rénovée de la notion de bien en admettant, par exemple, le savoir-faire, l'information confidentielle, la clientèle civile, les dossiers clients comme des valeurs économiques dignes de protections.

**247.** Nous pensons que les tribunaux français et québécois utilisent en réalité ce mécanisme de droit sur la valeur même si, parfois, ils le font sans le désigner nommément. Les décisions jurisprudentielles rendues en matière de cession de clientèle civile ou de

---

<sup>804</sup> T. REVET, préc., note 8, à la page 289; Frédéric ZENATI, *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, Université Jean Moulin, 1981, p. 788.

<sup>805</sup> P. BERLIOZ, préc., note 8, n° 619, p. 201.

<sup>806</sup> V. MERCIER, préc., note 721, n° 276, p. 132.

<sup>807</sup> Philippe MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004, n° 278, p. 294.

<sup>808</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 118; Madeleine CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés, essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3; Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, « La notion de bien », dans S. NORMAND, préc., note 62, p. 127, à la page 140; Catherine FRUTEAU, « Les "nouvelles" définitions de la proposition de la réforme du livre II du Code civil », L.P.A. 2010.241.6 : Le nouvel article 608 de l'avant-projet prévoit que : « Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles de l'ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un ou de plusieurs de ses biens. » Selon cette auteure, le droit de pêche ou de faire de la barque sur un lac ou d'utilisation d'installations sportives pourraient être considérés comme des droits réels : « Le droit de jouissance spéciale apparaît largement ouvert et particulièrement adapté à la valorisation des biens, reflétant l'approche économique du droit des biens, si chère aux auteurs de la réforme. »; Hugues PÉRINET-MARQUET, « La proposition de réforme du droit des biens », D. 2009.152 : « [L]e groupe de travail, sans faire de chapitre spécifique aux biens incorporels, a veillé à ce que ces derniers soient systématiquement présents dans les différentes définitions des biens, de la propriété ou de l'usufruit. »

<sup>809</sup> Mikhaïl XIFARAS, *La propriété. Étude philosophique du droit*, Paris, P.U.F., 2004, p. 225.

transfert d'information confidentielle ou de savoir-faire illustrent cette réalité juridique<sup>810</sup>. Pour ne citer ici qu'un exemple significatif, les tribunaux français ont, depuis un arrêt du 7 novembre 2000<sup>811</sup>, admis la cession directe de clientèle civile d'un praticien libéral. En considérant la valeur patrimoniale de la clientèle civile, ils ont considéré qu'elle pouvait faire l'objet d'un contrat de cession. La clientèle civile est donc qualifiée de bien, objet de propriété. Les tribunaux québécois ont récemment adopté le même raisonnement en matière de clientèle civile d'un dentiste<sup>812</sup>. Dans d'autres affaires, concernant des liquidations de communauté entre époux ou en matière successorale<sup>813</sup>, les juges français ont pris en compte la valeur de la clientèle civile d'un des époux ou d'un héritier pour l'inclure dans l'actif à partager. Ceci démontre, une fois de plus, qu'il existe un droit sur la valeur d'une clientèle civile.

---

<sup>810</sup> Voir nos développements, *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre III, Section I.

<sup>811</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 753.

<sup>812</sup> *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 47, par. 27.

<sup>813</sup> Civ., 12 janv. 1994, *Rep. Défrénois* 1994.6.430, n° 39, obs. Aynès, *RTD civ.* 1994.642, note Zénati; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1996, *Rep. Défrénois* 1997.6.430, n° 2 et 3, note Grimaldi :

La clientèle civile créée ou acquise au cours du mariage doit être portée pour sa valeur à l'actif de la communauté : elle ne constitue pas un propre par nature en application de l'article 1404 C. civ. [...] [L]'indivision post-communautaire profite [aussi] des plus values et des fruits de la clientèle civile, et que l'époux dont l'activité a engendré ces plus values et ces fruits peut simplement prétendre à la rémunération de son travail.

Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1993, *Bull. civ.* I, n° 157.

## **Chapitre II – De l'utilité du droit sur la valeur en droit des biens et en droit des sûretés**

**248.** Dans un premier temps, nous verrons que le droit sur la valeur pourrait nous permettre de dépasser la traditionnelle distinction juridique faite entre les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels, d'autant que cette distinction serait, selon certains auteurs<sup>814</sup>, le fruit d'une erreur d'interprétation du droit romain. Cette distinction - bien meuble corporel et bien meuble incorporel - serait fondée sur un malentendu doctrinal - héritage de la période romaniste - qui a imprégné les droits positifs français et québécois. Nous verrons également que cette distinction a eu des retentissements importants sur le modèle de la propriété, sur la notion de possession et sur la mécanique du gage (Section I).

**249.** Dans un second temps, nous verrons que la notion de droit sur la valeur pourrait apporter à la définition juridique du mot bien une vision économique plus juste. L'envahissement des biens immatériels dans le commerce juridique, par exemple les valeurs mobilières, les clientèles civiles, l'information confidentielle, le savoir-faire ou la force de travail, nous conduit à nous interroger sur le maintien du clivage classique entre les biens corporels et les biens incorporels repris par les droits français et québécois. Même si la question de leur qualification de bien vacille parfois devant les tribunaux français ou québécois, nous pensons que la notion de droit sur la valeur pourrait être le critère de qualification. Cette évidence ressort tant de l'étude des droits positifs français et québécois. La notion de valeur gagne sans conteste du terrain et se tient comme un élément central au cœur de la définition du mot « bien » et devrait, à ce titre, être pleinement consacrée. Le mot « bien » pourrait alors se définir comme une chose ayant une valeur économique et susceptible d'être appropriée ou faire l'objet d'une sûreté (Section II).

---

<sup>814</sup> F. ZENATI, préc., note 804; F. ZENATI, préc., note 8; Anne-Marie PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens, 3<sup>e</sup> journées René Savatier, Poitiers, les 4 et 5 octobre 1990*, Paris, P.U.F., 1991, p. 3, aux pages 3-12; Y. EMERICH, préc., note 166, p. 16-56.

**250.** Enfin nous constaterons que cette notion de valeur est d'autant plus fondamentale qu'elle servira, aussi, de critère pour conceptualiser la notion de sûreté mobilière. Le droit sur la valeur permettra de proposer de dépasser la conception matérielle du gage ce qui militera en faveur d'une nouvelle définition de la notion de sûreté mobilière. Toute sûreté mobilière pourrait désormais se concevoir comme l'affectation d'un droit sur la valeur d'un bien afin de garantir une obligation et ce, à titre préférentiel (Section III).

### **Section I – La fin du clivage entre les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels**

**251.** L'incorporalité est une notion ancienne. Rome l'avait déjà consacrée. La distinction entre les biens corporels et incorporels existait déjà à cette époque; néanmoins elle désignait une réalité différente de celle retenue par notre société moderne. Toutefois, avant même d'être intégrée dans nos Codes civils français et québécois, cette distinction a fait l'objet d'une mauvaise interprétation des romanistes, lesquels se sont évertués à l'adapter à la société féodale de leur époque. Ce malentendu historique a été repris par notre doctrine actuelle et a imprégné notre droit civil (1§). Les conséquences de ce malentendu doctrinal sont importantes. En effet, cette erreur d'interprétation est vraisemblablement à l'origine de la difficulté chez certains auteurs à concevoir la propriété incorporelle ou encore, la possession de biens incorporels. Il sera utile de faire état de cette tension doctrinale puisque le modèle du gage en a subi les inconvénients, s'étant construit sur le dogme de la matérialité des biens (2 §).

#### **§ 1. Un malentendu doctrinal**

Le droit romain distinguait clairement les choses incorporelles des choses corporelles ainsi que le droit de propriété. Le droit de propriété ne se confondait pas avec les choses corporelles. Or, la conception de la doctrine classique au sujet des choses corporelles, incorporelles et du droit de propriété a repris une erreur d'interprétation des

post-glossateurs qui consiste à opposer les droits et leurs objets. Selon cette interprétation, les biens ne sont que des corps et la propriété ne peut porter que sur des biens corporels.

### A) Le droit romain et son interprétation par la doctrine classique

**252.** En droit romain, la division entre les choses incorporelles (*res incorporales*) et les choses corporelles (*res corporales*) remonterait au deuxième siècle et trouverait notamment sa source dans les *Institutes de Gaius*<sup>815</sup>. Selon les professeurs Frédéric Zénati et Thierry Revet :

Pour les Romains, il y a deux formes de biens, ceux qui sont le produit du commerce juridique et consistent donc dans un rapport juridique – un droit (créances, servitudes, etc.) – et les autres, les biens ordinaires, qu'ils ne concevaient pas, à leur époque, autrement que de manière corporelle. De cette vision résultent deux corollaires tout aussi fondamentaux. Le premier est que les biens peuvent être dépourvus de matérialité et même être de purs concepts (en l'occurrence produits par l'esprit juridique). Le second est que les biens, contrairement à ce qui est couramment enseigné de nos jours [...], ne sont pas nécessairement des droits : les choses corporelles ne sont pas des droits de propriété, comme on l'a soutenu de manière divinatoire, mais des biens eux-mêmes, comme le perçoit justement le sens commun. La propriété n'est pas, à Rome, un droit inclus dans une forme particulière de chose mais une puissance qui porte indifféremment sur les choses corporelles et sur les droits (les choses incorporelles)<sup>816</sup>.

**253.** L'erreur d'interprétation<sup>817</sup> réside dans le fait que cette distinction n'aurait pas été considérée comme une véritable distinction des biens, mais comme une opposition entre les droits et leur objet. À partir de cette mauvaise approche<sup>818</sup>, les auteurs classiques en ont

---

<sup>815</sup> Jan Willem TELLEGEN, « “Res incorporalis” et les codifications modernes du droit civil », *Labeo* 1994.43.35 et 38; A.-M. PATAULT, préc., note 814, aux pages 4 et 5; René-Marie RAMPENBERG, « Pérennité et évolution des res incorporales après le droit romain », *Ar. philo. dr.* 1999.43.35, 35 et 36.

<sup>816</sup> Frédéric ZENATI et Thierry REVET, *Les Biens*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2008, p. 91.

<sup>817</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 59 et 60.

<sup>818</sup> F. ZENATI et T. REVET, préc., note 816, p. 91 et 92.



déduit que les biens ne pouvaient être que des corps<sup>819</sup>. Ainsi, certains historiens du droit<sup>820</sup> ont enseigné que les Romains désignaient sous l'appellation *res corporales* les biens que l'on pouvait appréhender directement ou qui faisait l'objet d'une maîtrise matérielle et directe par l'homme. Les *res incorporales*, fruits de l'intelligence humaine, seraient, selon ces auteurs, des rapports de droit qui permettraient aux hommes de maîtriser les choses comme la servitude ou l'usufruit. Ainsi, il s'agirait, selon cette analyse proposée et erronée<sup>821</sup>, d'une opposition entre les droits et leurs objets<sup>822</sup>.

**254.** Par ailleurs, la difficulté de classer le droit de propriété au sein de la division entre les choses corporelles et incorporelles a aussi participé à cette erreur d'interprétation. En effet, les Romains ne rangeaient pas la propriété parmi les droits<sup>823</sup>. C'était une puissance sur des choses corporelles ou incorporelles. Avoir la propriété d'une chose était selon les Romains, l'avoir comme sienne et de manière absolue. Ils avaient adopté une formulation elliptique du droit de propriété « *meum esse aio* » (j'affirme que ceci est à moi)<sup>824</sup> sans préciser la nature du droit dont il était question, ce qui aurait conduit facilement la doctrine classique à incorporer le droit de propriété dans la chose<sup>825</sup>. Dès lors, la division entre les choses corporelles et incorporelles est ainsi devenue une opposition entre le droit de propriété, nécessairement considéré comme un bien corporel, et les autres droits.

---

<sup>819</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, v. 9, t. 1, Paris, Imprimerie Générale, 1865-1884, n° 32, 538-540, p. 18 et 458-460; M. PLANIOL et G. RIPERT, préc., note 118, n° 564; Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 1, Paris, Dalloz, 1957, n° 695, 1420 et 1476, p. 419, 841 et 864; Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Sirey, 1932, n° 1317; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit Civil. Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1980, n° 2 et 308; François CHABAS, Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 8<sup>e</sup> éd., t. 2, vol. 2, Paris, Montchrestien, 1994, n° 1351, p. 117; F. ZENATI, préc., note 804, p. 47 et 61.

<sup>820</sup> Joseph ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, 8<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Videcoq Fils Aîné, 1870, p. 273 et 274; André Edmond GIFFARD, *Précis de droit romain*, 4<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Dalloz, 1951, n° 539, p. 320.

<sup>821</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 59 et 60.

<sup>822</sup> P. F. GIRARD, préc., note 136, p. 273; Paul OURLIAC et Jean DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 2, Paris, P.U.F., 1961, p. 4.

<sup>823</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 194.

<sup>824</sup> Carl Wium WESTRUP, « Quelques remarques sur la propriété primitive », R.H.D. 1933.223, 227.

<sup>825</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 60 et 195.

**255.** La doctrine française majoritaire et classique a donc réduit la propriété aux biens corporels et a compris la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles comme une division entre les droits et leur objet<sup>826</sup>. Elle a attribué à la théorie classique de la propriété un prétendu héritage romain<sup>827</sup>. Toutefois, cette manière de penser n'a pas fait l'unanimité.

### **B) La redécouverte de la distinction par les romanistes : l'origine du malentendu**

**256.** Cette approche majoritaire consistant à réduire la propriété romaine aux corps a été contestée par un certain nombre d'auteurs<sup>828</sup>. Elle ne reposerait en fait sur aucun texte romain et serait « le fruit de l'imagination des commentateurs<sup>829</sup> ». Les juristes du Moyen-Âge et notamment Bartole auraient arbitrairement assigné à la propriété un objet corporel alors que rien ne prouverait que les Romains en faisaient autant<sup>830</sup>. Il a été notamment démontré par Bonfante<sup>831</sup> que la propriété romaine portait, en réalité, autant sur les biens corporels qu'incorporels, ce qui n'avait pas toujours été compris en ce sens par tous les auteurs<sup>832</sup>.

---

<sup>826</sup> *Id.*, p. 47 et 61.

<sup>827</sup> Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1935, n° 262, p. 364.

<sup>828</sup> F. ZENATI, préc., note 804, références citées aux notes 6 et 10, p. 194 et 195 : Vittorio SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Rome, Anonima Romana, 1933, p. 25 et suiv., Louis RIGAUD, *Le droit réel. Histories et théories. Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, p. 48 et suiv.; Edmond VERMOND, *De jure rerum corporalium privatarum*, Paris, De Boccard, 1928, p. 338-340; A. PIEDELIÈVRE, préc., note 8, à la page 56; Daniel DESURVIRE, « L'atomisation de la propriété », L.P.A. 1994.90.14; Y. EMERICH, préc., note 804, p. 16-56; F. ZENATI et T. REVET, préc., note 816, p. 20 et 26; T. REVET, préc., note 8, à la page 284.

<sup>829</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 195.

<sup>830</sup> *Id.*, p. 196.

<sup>831</sup> Pietro BONFANTE, *Histoire du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Sirey, 1928, p. 206 et 207; voir F. ZENATI, préc., note 8, 307, à la note 9.

<sup>832</sup> Monier avait soutenu l'inverse et son disciple, Michel VILLEY, « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », R.H.D. 1945.201, 223 et 225, a combattu cette thèse. Pour plus de détails voir F. ZENATI, préc., note 8, 307, à la note 9.

257. Cette distinction romaine entre les *res incorporales* et les *res corporales* a donc été redécouverte par les juristes du Moyen-Âge, les romanistes. Ces derniers ont tenté d'expliquer un passage dans les *Institutes de Gaius* en l'adaptant à la société féodale de leur époque<sup>833</sup>. Cette distinction fut qualifiée, par les romanistes, d'obscur et d'illogique menant à « l'inquiétante notion de droits sur droits<sup>834</sup> ». Aussi, ils se sont donnés pour mission de l'interpréter le plus adéquatement possible avec le système féodal. Cela fut fait sans prendre en compte la différence de culture juridique existante entre la propriété médiévale et les mécanismes romains. Par exemple, la propriété foncière du Moyen-Âge ne distinguait pas le corporel de l'incorporel. Par ailleurs, le Moyen-Âge connaissait un système foncier très différent de celui des Romains : sur la même portion de terre, coexistaient plusieurs propriétaires bénéficiant d'utilité différentes; le seigneur, le tenancier et d'autres personnes pouvaient arguer de propriétés simultanées sur le même sol. Ces propriétés s'assimilaient plus à des jouissances d'utilités qu'au concept de propriété corporelle envisagé par le droit romain<sup>835</sup>. Dans la société féodale, les propriétaires de la terre étaient rares, nombreux étaient ceux qui l'utilisaient et pouvaient justifier d'un droit sur la chose d'autrui. Néanmoins, les romanistes n'ont eu de cesse que de déformer les concepts romains pour les adapter et finalement qualifier de propriétaires la plupart des possesseurs de biens<sup>836</sup>. On a donc généralisé le *jus in re*, le droit dans la terre, pour l'appliquer aux multiples concessions du système complexe féodal<sup>837</sup>. Cette construction juridique ne laissait guère de place pour les choses incorporelles puisque les droits étaient ramenés à des biens corporels. Aussi, les romanistes ont cru voir dans le *mancipium*<sup>838</sup> du droit romain, un équivalent du droit de propriété, soit l'ancêtre du *dominium*, afin d'appliquer la technique romaine au monde juridique féodal<sup>839</sup>. Or, le *mancipium* ne visait pas, en réalité, exclusivement des corps, puisque certaines servitudes en faisaient partie<sup>840</sup>.

<sup>833</sup> J. W. TELLEGEN, préc., note 815, 38 et 39; R.-M. RAMPENBERG, préc., note 815, 38 et 39.

<sup>834</sup> J. W. TELLEGEN, préc., note 815, 41.

<sup>835</sup> A.-M. PATAULT, préc., note 814, aux pages 6 et 7.

<sup>836</sup> D. DESURVIRE, préc., note 828, n° 90.

<sup>837</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 271.

<sup>838</sup> La propriété-mancipium désignerait une puissance générale de la personne sur tous ses biens et droits : *Id.*, p. 202; D. DESURVIRE, préc., note 828, n° 90.

<sup>839</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 199-202 et 308.

<sup>840</sup> *Id.*, p. 202.

Ainsi, la propriété des droits du *mancipium* a fini par jouer un rôle secondaire et Bartole a fini par considérer la propriété des droits comme impropre<sup>841</sup>.

**258.** Ce malentendu doctrinal serait donc à l'origine d'une mauvaise perception de l'incorporalité. La responsabilité reviendrait initialement aux romanistes et notamment à Bartole, précurseur d'un mouvement qui a connu, par la suite, son achèvement sous les travaux des post-glossateurs<sup>842</sup>. Ces derniers<sup>843</sup> ont notamment fusionné les concepts de *dominium* et de *jus in re*, balayant ainsi la propriété des droits et la réduisant ainsi aux seuls corps. C'est dans ces conditions que la propriété en tant que droit subjectif a pu triompher, plus tard, dans la pensée juridique moderne<sup>844</sup>.

## § 2. Les conséquences du malentendu doctrinal

**259.** Voyons maintenant comment ce malentendu doctrinal a été perçu par les législateurs modernes afin de vérifier si des traces subsistent dans les droit civils français et québécois. En effet, les Codes civils français et québécois ont été influencés par cette conception matérielle de la propriété et de la possession.

### A) Le dogme de la matérialité de la propriété

**260.** Ce malentendu a été relayé par l'école de l'exégèse qui a cantonné les choses au domaine des corps, « aboutissant à substituer une vision féodale de la propriété à la conception romaine<sup>845</sup> » contrairement à ce qu'avaient voulu adopter les rédacteurs du Code Napoléon. Il est vrai que le Code civil Napoléon a subi l'influence de jurisconsultes

<sup>841</sup> F. ZENATI, préc., note 8, 308; F. ZENATI, préc., note 719, 79 et 85-87.

<sup>842</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 277 et 278.

<sup>843</sup> Édouard Jean Marie MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique*, Montpellier, Imprimerie général du midi, 1906, p. 409; F. ZENATI, préc., note 804, p. 241-264; F. ZENATI, préc., note 719, 85; Y. EMERICH, préc., note 166, p. 38.

<sup>844</sup> Frédéric ZENATI, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006.445, 452 et 455.

<sup>845</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 339.

comme Domat ou encore Pothier qui étaient étrangers à la pensée des post-glossateurs. Ces auteurs ont sensiblement été imprégnés de la distinction romaine des choses corporelles et incorporelles, affranchie de la pensée romaniste<sup>846</sup>. Aussi, le Code civil napoléonien faisait référence aux choses incorporelles; il traitait de l'usufruit, des servitudes ou de nantissement de droits de créances et autres meubles corporels.

**261.** Toutefois, les commentateurs du Code Napoléon n'ont pu éviter de confondre le droit de propriété de son objet puisque l'ambiguïté autour du mot « bien » n'a jamais complètement disparue<sup>847</sup>. Les biens sont perçus à la fois comme des choses corporelles susceptibles d'appropriation et comme des droits, au sens de droits subjectifs, qui s'exercent sur des choses<sup>848</sup>. Cette ambivalence a conduit à créer un malaise au sujet de la catégorie des choses incorporelles puisque cela revient à dire que ce sont des droits sur des droits, ce qui fait sourciller une certaine doctrine<sup>849</sup>. Or, malgré les réactions de certains juristes<sup>850</sup>, la théorie de la propriété des corps véhiculée par une doctrine classique française<sup>851</sup> a trouvé un écho actuel qui, néanmoins, n'apparaît pas clairement inscrit dans aucune règle de droit positif<sup>852</sup>. Selon certains auteurs contemporains, dans un sens primitif ou ordinaire du terme, le bien s'identifierait à une chose corporelle sur laquelle porte un droit réel et ce serait ainsi que le livre II relatif aux biens du Code civil aurait été conçu<sup>853</sup>.

---

<sup>846</sup> Marcel BUGNET, *Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*, 2<sup>e</sup> éd., t. 9, Paris, Cosse, 1848, n° 4 et 232; F. ZENATI, préc., note 804, p. 302; Y. EMERICH, préc., note 166, p. 40-42; André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 63 et 72.

<sup>847</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 341; F. ZENATI et T. REVET, préc., note 816, p. 21 et 33; C. DEMOLOMBE, préc., note 819, n° 30 et suiv.

<sup>848</sup> M. MIGNOT, préc., note 766, 1832-1835, n° 50 et 52-56.

<sup>849</sup> Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 2941; Jean DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créances*, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 259.

<sup>850</sup> A.-M. PATAULT, préc., note 814, aux pages 8-10; R.-M. RAMPENBERG, préc., note 815, 40 et 41.

<sup>851</sup> Jean DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962.20; André ROUAST, « L'évolution du droit de propriété », dans *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 1, 1946, p. 45.

<sup>852</sup> F. ZENATI, préc., note 804, p. 59 et 311.

<sup>853</sup> Alex WEILL, *Droit civil. Les Biens*, Paris, Dalloz, 1970, n° 3, p. 2; Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI, Sylvie CIMAMONTI et Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les Biens*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 1, p. 1; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil. Les sûretés*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2010, n° 8, p. 6; Christian ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2005, n° 45, p. 27; Denys-Claude LAMONTAGNE,

**262.** Ainsi, la majorité des civilistes français a adopté cette définition « bicéphale<sup>854</sup> » de la notion de bien. Ils ont tendance à analyser les biens comme des objets de droit nécessairement matériels<sup>855</sup>. Lorsqu'il est question de définir l'objet de la propriété, les biens corporels sont visés et la doctrine exclut qu'elle puisse porter sur un droit. Pour ce qui est de la distinction entre les biens corporels et incorporels, les auteurs la déduisent notamment des articles 516, 526, 529 du Code civil français et aussi de l'article 2075 du même Code qui fait référence au gage sur des biens incorporels placé dans le livre intitulé « des différentes manières dont on acquiert la propriété<sup>856</sup> ». La doctrine classique française perçoit les biens incorporels comme des droits portant sur des choses.

**263.** En revanche, quelques auteurs dénoncent ce dogme de la matérialité, cette confusion patente entre la chose et le droit de propriété et souhaiteraient alors une reconnaissance, dans le Code civil français, de la propriété des biens incorporels<sup>857</sup>. Ainsi, le droit civil français actuel porte encore les marques de cette théorie classique de la propriété alors que celles-ci apparaissent moins saillantes en droit québécois.

**264.** Il est vrai que le *Code civil du Bas Canada* a subi l'influence de la doctrine française<sup>858</sup>. L'article 406 du *Code civil du Bas Canada* tout comme les dispositions de l'article 516 du Code civil français visaient la chose en tant qu'objet de propriété. Le *Code*

---

*Biens et propriété*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB-2002BEP4, n° 46-48, p. 28 et 29.

<sup>854</sup> Yaëll EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46 *C. de D.* 739.

<sup>855</sup> Patrice JOURDAIN, *Les Biens*, Paris, Dalloz, 1995, n° 1, p. 1; Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1999, n° 45, p. 30.

<sup>856</sup> C. DEMOLOMBE, préc., note 819, n° 30 et suiv.; F. ZENATI et T. REVET, préc., note 816, n° 83, p. 132.

<sup>857</sup> Louis JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges juridiques, dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Paris, Sirey, 1940, p. 95; A. PIEDELIÈVRE, préc., note 8, aux pages 55, 56, 60 et 61; F. ZENATI, préc., note 8, 309; Y. EMERICH, préc., note 854; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 43, p. 46; F. ZENATI et T. REVET, préc., note 816, p. 99.

<sup>858</sup> Madeleine CANTIN CUMYN, « Le droit privé des biens: à l'enseigne de la continuité », dans H. P. GLENN, préc., note 28, p. 375, à la page 375; Pierre-Gabriel JOBIN, « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois: le rapprochement et l'éloignement des deux continents », dans H. P. GLENN, préc., note 28, p. 91, à la page 94.

*civil du Bas Canada* a certes été moins séduit par le Code civil Napoléon que par la Coutume de Paris, qu'il a maintenue pendant longtemps comme système de droit civil et dont il s'est inspiré lors de la première codification. Néanmoins, les auteurs québécois ont repris cette théorie classique de la propriété et ont admis notamment que seules les choses matérielles pouvaient constituer l'objet du droit de propriété, mais aussi des autres droits réels<sup>859</sup>. Selon certains auteurs, les codificateurs avaient envisagé le droit de propriété comme « une emprise directe et immédiate sur un ou des objets corporels<sup>860</sup> ». Le droit de propriété était traditionnellement considéré comme incorporé dans son objet<sup>861</sup>. Les biens incorporels étaient perçus comme des droits sur les biens, à l'exclusion du droit de propriété<sup>862</sup>.

**265.** Le *Code civil du Québec* actuel utilise le terme de « bien » à la place du mot « chose », à l'article 947, pour définir l'objet de la propriété. Le législateur n'a pas pris la peine d'en donner une définition considérant cet exercice non nécessaire<sup>863</sup>. Il n'a toutefois pas abandonné le terme « chose » que l'on trouve aux articles 913, 914 et 921 du *Code civil du Québec*. Certains auteurs y voient un simple changement terminologique avec la législation passée<sup>864</sup>. L'objet traditionnel de la propriété demeurerait alors corporel<sup>865</sup>. En ce sens, les commentaires du ministre de la Justice sont édifiants puisqu'il esquisse une définition du mot « bien » comme une chose matérielle susceptible d'appropriation « ou, à l'occasion », procurant une utilité<sup>866</sup>.

<sup>859</sup> Pierre MARTINEAU, *Les biens*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1979, p. 2; M. CANTIN CUMYN, préc., note 808; M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 808, à la page 140.

<sup>860</sup> Michel POURCELET, « L'évolution du droit de propriété depuis 1866 », dans *Le droit dans la vie économique-sociale. Livre du centenaire du Code civil (II)*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 3, à la page 6.

<sup>861</sup> William DE MONTMOLLIN MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 31. P. B. MIGNAULT, préc., note 701, p. 1, 2 et 4; W. RODYS, préc., note 701, p. 67.

<sup>862</sup> P. MARTINEAU, préc., note 859, p. 2; François FRENETTE, « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) 17 *C. de D.* 991, 996 et 997, cet auteur attribue clairement cette erreur à une interprétation erronée d'un texte de Gaius.

<sup>863</sup> S. NORMAND, préc., note 8, 179.

<sup>864</sup> Roderick A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests, Other Heresies », (1994) 39 *R.D. McGill* 761, 803 et 804.

<sup>865</sup> John BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau *Code civil du Québec* », (1995) *R.I.D.C.* 33, 36; M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 808, aux pages 129, 144 et 148; S. NORMAND, préc., note 8, 180.

<sup>866</sup> QUÉBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE, préc., note 729, p. 581.

**266.** D'autres auteurs ont dénoncé cette confusion générée par l'emploi des deux termes<sup>867</sup> et l'absence de définition du mot bien<sup>868</sup> dans le *Code civil du Bas Canada* tout comme dans le *Code civil du Québec*. Ils ont qualifié « d'erreur séculaire » d'inclure dans la notion de biens autant les choses que les droits<sup>869</sup>. Toutefois, ils ont repris les explications erronées de la doctrine classique qui consistent à attribuer cette faute au droit romain, lequel aurait confondu le droit de propriété et la chose qui en est l'objet<sup>870</sup>. Cet état législatif où règne la confusion sur le sens matériel du mot bien se maintient d'autant que le *Code civil du Québec* a repris la distinction entre les biens corporels et incorporels et ce, en dépit des recommandations contraires de l'O.R.C.C.<sup>871</sup>.

**267.** Il faut remarquer, cependant, qu'une partie de la doctrine au Québec serait favorable à admettre que le droit de propriété pourrait autant porter sur un bien corporel que sur un bien incorporel<sup>872</sup>. Ainsi, le droit québécois se démarque du droit français en paraissant bien plus ouvert sur ce point. En effet, sous l'impulsion de la réalité extérieure, il semble favorable à une remise en cause de la théorie classique de la propriété. Toutefois, la théorie classique de la propriété des corps a laissé des traces bien réelles, dans le droit civil québécois comme dans le droit français, que l'on peut constater sur la notion de possession et sur le modèle du gage.

---

<sup>867</sup> Paul-Yvan MARQUIS, « De la distinction des biens et de leur appropriation et de la propriété », (1988) 3 *C.P. du N.* 1, n° 10.

<sup>868</sup> Pierre MARTINEAU, *Les biens*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal, Éditions Thémis, 1977, p. 2 et 3; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret, 1896, p. 396; André MONTPETIT et Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 15; F. FRENETTE, préc., note 862, 995; M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 808, aux pages 142 et 228.

<sup>869</sup> P.-Y. MARQUIS, préc., note 867, n° 10.

<sup>870</sup> *Id.*, n° 11; M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 808, aux pages 141 et 142; sur l'origine romaine de l'erreur de classification, OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, préc., note 335, p. 345 et 383; P.-C. LAFOND, préc., note 8, n° 78-80, p. 37 et 38.

<sup>871</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, préc., note 335, p. 345, 383 et 384 : L'O.R.C.C. souhaitait éviter de répéter la confusion entre la chose et le droit régnante autour de la conception de la propriété. En reprenant les analyses de Jhering et Savatier, elle a, dès lors, proposé une définition du mot bien : « Les biens sont des droits personnels et réels; ils constituent l'actif du patrimoine. »

<sup>872</sup> A. PERRAULT, préc., note 46, à la page 224; S. NORMAND, préc., note 8, 183; P.-C. LAFOND, préc., note 8, p. 37, 42 et 43; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 735, p. 135; S. NORMAND, préc., note 730, p. 96; Sylvio NORMAND, « La notion de modalité de la propriété », dans S. NORMAND, préc., note 62, p. 255, à la page 269; R. A. MACDONALD, préc., note 864, 796 et 798; F. FRENETTE, préc., note 862, 996 et 997.



## B) Les liens imbriqués entre possession et propriété

**268.** La possession joue un rôle essentiel dans le régime de la propriété, elle y remplit une double fonction; probatoire et acquisitive. La possession d'une chose révèle sa propriété ou la fait naître grâce à la prescription acquisitive. La possession est au cœur de la mécanique de la propriété. Elle est à l'origine de la propriété. Cette possession suppose un élément intentionnel, l'*animus domini*, la volonté de se comporter comme un propriétaire. Elle nécessite aussi un élément matériel, le *corpus*, soit la maîtrise réelle de la chose possédée. Des actes positifs doivent publiquement révéler au public l'apparence d'un propriétaire. Ces actes doivent s'exercer matériellement sur la chose. Ainsi, dans une vision classique, la possession ne s'exerce que sur des choses corporelles<sup>873</sup>. En raison de l'existence du lien très étroit entre propriété et possession, il ne peut avoir de propriété véritable donc de possession que sur des choses corporelles<sup>874</sup>. C'est cette vision, certes imparfaite, qui a influencé très nettement le Code civil français et le *Code civil du Québec* dans l'élaboration de la notion de bien. Par un effet de miroir réfléchissant, le dogme de la matérialité a eu des répercussions tant sur la notion de possession que sur celle de la propriété.

Ainsi, une chose qui n'est pas susceptible d'appréhension physique ne peut justifier ni d'une possession réelle et utile, ni donc d'une propriété véritable. Un droit, par ce qu'il est incorporel, selon la doctrine classique, n'est dès lors susceptible d'appréhension matérielle et ne peut donc faire l'objet de propriété<sup>875</sup>.

---

<sup>873</sup> Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Montchrestien, 2005, n° 1129, p. 478; P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 853, n° 574, p. 175 et 176; P. MARTINEAU, préc., note 859, p. 51; Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, n° 13-15, p. 9 et 10.

<sup>874</sup> P. BERLIOZ, préc., note 8, p. 64 et 65; D. VINCELETTE, préc., note 873, n° 13-15; P.-C. LAFOND, préc., note 8, n° 514, p. 204; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 853, n° 658, p. 426.

<sup>875</sup> Renvoi, à la note 819, notamment F. CHABAS, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, préc., note 819, n° 1351, p. 117; P. MARTINEAU, préc., note 859, p. 51; D. VINCELETTE, préc., note 873, n° 13-15, p. 9 et 10.

Loin d'être une exception à la vision classique, la théorie de l'incorporation l'a confortée, en ce sens qu'elle a permis de croire que la propriété pouvait s'étendre du droit au support matériel qui l'incorpore. Néanmoins, certains auteurs français<sup>876</sup> ont préféré parler de « titularité » et non de propriété des droits de créances. En revanche, d'autres auteurs français<sup>877</sup> défendent la propriété scripturale comme une nouvelle forme moderne de la propriété corporelle, certains vont même en faire l'apologie<sup>878</sup>. En ce sens, ces auteurs prônent l'absorption par la propriété corporelle de la propriété incorporelle en lui déniait toute spécificité. Certains auteurs contemporains français<sup>879</sup> vont jusqu'à se montrer carrément hostiles à la propriété des créances, en ce sens qu'ils campent sur la classique opposition entre le droit personnel et le droit réel et refusent de qualifier les créances de biens.

**269.** À l'opposé et de manière plus juste, en France et au Québec, une autre doctrine milite ouvertement en faveur de la reconnaissance tant de la propriété incorporelle, que de la possession des créances ou des biens incorporels<sup>880</sup>. Certains auteurs français se montrent plus circonscrits<sup>881</sup> et se prononcent davantage sur la possession des droits comme le prévoit l'article 2255 du Code civil français. Ils admettent que la possession peut avoir pour objet autant des choses corporelles ou incorporelles ou des droits. La possession étant

---

<sup>876</sup> Hervé LE NABASQUE, « Les actions sont des droits de créance négociables », dans Yves GUYON, *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 263.

<sup>877</sup> Com., 23 nov. 2003, *Droit des sociétés* 1994.41.19, note Hovasse; C. LASSALAS, préc., note 682.

<sup>878</sup> D. R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », préc., note 684; Didier R. MARTIN, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998.chr.15; Didier R. MARTIN, « Du corporel », D. 1994.2286.

<sup>879</sup> Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU et Grégoire LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, Paris, L.G.D.J., 2005, n° 11, p. 11 et 12.

<sup>880</sup> F. ZENATI, préc., note 804; Y. EMERICH, préc., note 166; F. ZENATI et T. REVET, préc., note 816, p. 329; Thierry REVET, « Notion de bien: tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », *RTD civ.* 2005.164. Dans le même sens, C. KUHN, préc., note 665; C. LASSALAS, préc., note 682, n° 416, p. 143 et 144 : « La propriété des droits n'est pas une hérésie [...] Il serait donc plus préférable de dire que le créancier a un droit de propriété sur sa créance plutôt que de lui reconnaître directement un droit de créances. »

<sup>881</sup> A. PELISSIER, préc., note 154, n° 115, p. 104

considérée alors comme un pouvoir de fait<sup>882</sup> sur une chose ou sur un droit, ce qui ne se traduit pas nécessairement comme la manifestation d'une emprise matérielle<sup>883</sup>.

**270.** Quant à la doctrine québécoise, et pour synthétiser la diversité des opinions, certains auteurs sont réfractaires<sup>884</sup> ou silencieux<sup>885</sup> à l'idée d'une possession sur des biens incorporels. Pour être fidèle à cette conception matérialiste de la possession le professeur Denis Vincelette<sup>886</sup> va jusqu'à élargir la notion de droits réels en y englobant les droits réels principaux, les droits réels accessoires comme l'hypothèque, les modalités de la propriété comme le droit de superficie et les droits réels dits de jouissance<sup>887</sup>, comme le droit de pêche et de chasse. Ainsi, selon cet auteur, la possession pourrait s'appliquer à tous ces droits, qualifiés de réels, sans renier sa matérialité. Un jugement rendu par la Cour supérieure du Québec semble adopter cette interprétation en admettant la possession d'un droit d'extraction de gravier<sup>888</sup>. Le juge a reconnu le droit d'extraction du gravier comme un « droit réel de jouissance, de la nature d'un démembrement du droit de la propriété<sup>889</sup> » et a considéré que les titulaires de ce droit ne pouvaient en revendiquer ni la propriété entière, ni la nue-propriété<sup>890</sup>. Quant à l'ancien *Code civil du Bas Canada*, il retenait une conception plus large en prévoyant la possession des créances. Le *Code civil du Québec* n'a pas repris cette idée mais pourrait l'admettre<sup>891</sup>. En même temps, certains auteurs québécois paraissent clairement favorables à la possession des créances comme celle des biens incorporels<sup>892</sup>.

---

<sup>882</sup> P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 853, n° 489, p. 145; F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 8, n° 152, p. 145; P. JOURDAIN, préc., note 855, n° 17.

<sup>883</sup> P. BERLIOZ, préc., note 8, p. 320.

<sup>884</sup> P. MARTINEAU, préc., note 859, p. 51; D. VINCELETTE, préc., note 873, p. 9 et suiv.

<sup>885</sup> D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 853, n° 658, p. 426 et 427.

<sup>886</sup> D. VINCELETTE, préc., note 873, n° 15 et 16, p. 10 et 11.

<sup>887</sup> M. CANTIN CUMYN, préc., note 808; En ce sens, l'article 608 de l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil français : C. FRUTEAU, préc., note 808.

<sup>888</sup> *Fortier c. Grenier*, 2006 QCCS 1929.

<sup>889</sup> *Id.*, par. 68.

<sup>890</sup> *Id.*, par. 115.

<sup>891</sup> C.c.Q., art. 921. Par ailleurs, l'ancien article 1145 C.c.B.C. permettait la possession des droits, comprenant vraisemblablement celles des créances.

<sup>892</sup> S. NORMAND, préc., note 8; Y. EMERICH, préc., note 166.

271. Ainsi, la propriété des créances et plus généralement celles des biens incorporels reste une question juridique difficile en dépit d'un courant doctrinal militant<sup>893</sup> et de quelques décisions jurisprudentielles plutôt favorables<sup>894</sup>. En effet, les tribunaux québécois ont reconnu lors de la qualification d'une cession de créance utilisée notamment à titre de garantie un droit de propriété dans la créance cédée<sup>895</sup>. Toutefois, ces solutions ne peuvent plus se maintenir depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* puisque les cessions de créances utilisées « par voie détournées » sont requalifiées d'hypothèques sur des créances<sup>896</sup>. Les tribunaux ont aussi assimilé la possession d'actions ou de créances déposées sur un compte épargne à la possession de biens meubles corporels pour admettre leur propriété par le jeu de la prescription acquisitive<sup>897</sup>. Dans d'autres causes, les tribunaux ont pu admettre la « propriété de créance » dans des cas de rachat d'actions<sup>898</sup>. Toutefois, il n'y aurait aucune décision majeure de la Cour suprême ou de la Cour d'appel se prononçant expressément sur la nature ou la question de la propriété des créances<sup>899</sup> ou sur l'admission

<sup>893</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 8, p. 42; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 735, p. 135; S. NORMAND, préc., note 730, p. 96; S. NORMAND, préc., note 872, à la page 269; R. A. MACDONALD, préc., note 864, 796 et 798; S. NORMAND, préc., note 8; F. FRENETTE, préc., note 862, 996 et 997; Y. EMERICH, préc., note 166.

<sup>894</sup> Sous l'empire de l'ancien C.c.B.C.: *Lemaire c. Tourville*, préc., note 220; *Place Québec Inc. c. Desmarais*, préc., note 218; voir les analyses détaillées de Y. EMERICH, préc., note 166, n° 204 et 205, p. 117 et 118. Sous le nouveau C.c.Q.: *Kaussen, succession (Syndic) c. Langlois Robert*, [1996] J.Q. 3553, n° 22. Sur le droit de pêche: *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426: le juge a considéré que le droit de pêche pouvait être distrait du droit de propriété et être l'objet, de manière isolée, de propriété; voir les critiques de Sylvio NORMAND, « Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », (1988) 29 *C. de D.* 807, cet auteur y voit plutôt, un démembrement de propriété et plus exactement une servitude; *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, [2008] 3 R.C.S. 166; par une interprétation téléologique, le juge a considéré que la notion de bien prévue à l'article 2 de la L.F.I., préc., note 54, pouvait inclure, un bien immatériel, tel un droit de pêche; plutôt contraire, admission de la possession de créances considérée, en fait, comme des biens meubles corporels et non incorporels: *Angelini c. Conseils financière Sun Life Inc. (Financière Sun Life Inc./Sun Life Financial)*, 2008 QCCQ 5314: reconnaissance de la possession de créances déposées sur un compte REER, acquisition par prescription acquisitive; *Morin-Gagné c. Capital Midland Walwyn Inc.*, [1998] n° AZ-99031073 (C.Q.): possession d'obligations au porteur, acquisition par prescription acquisitive; à comparer avec l'article 608 de l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil français: C. FRUTEAU, préc., note 808.

<sup>895</sup> *Lemaire c. Tourville*, préc., note 220; *Place Québec Inc. c. Desmarais*, préc., note 218; *Kaussen, succession (Syndic) c. Langlois Robert*, préc., note 894, n° 22.

<sup>896</sup> *Boisclair (Syndic)*, [2001] R.J.Q. 2815 (C.A.).

<sup>897</sup> Assimilation des créances à des biens corporels: *Angelini c. Conseils financière Sun Life Inc. (Financière Sun Life Inc./Sun Life Financial)*, préc., note 894: reconnaissance de la possession de créances déposées sur un compte REER, acquisition par prescription acquisitive; *Morin-Gagné c. Capital Midland Walwyn Inc.*, préc., note 894: possession d'obligations au porteur, acquisition par prescription acquisitive.

<sup>898</sup> *Banque Nationale du Canada c. G. Beaudet & Cie*, [1998] n° AZ-98021525 (C.S.); *Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec*, [1998] R.J.Q. 2261 (C.A.).

<sup>899</sup> De cet avis, Y. EMERICH, préc., note 166, n° 211, p. 121.

de la possession sur un bien incorporel. Néanmoins, dans un jugement de la Cour supérieure, les juges ont constaté l'existence d'un démembrement du droit de propriété portant sur des actions lorsque les droits de vote rattachés à ces actions étaient attribués à un mandataire en vertu d'une convention de vote<sup>900</sup>.

**272.** La théorie classique de la propriété réduite aux corps qui est étroitement liée à la notion de possession est toujours présente dans les droits positifs français et québécois d'où l'utilité du droit sur la valeur qui permettrait de transcender ces difficultés. Il est à présent intéressant de voir de quelle manière cette théorie classique de la propriété réduite aux corps a pu agir, elle aussi, sur le modèle du gage, en lui allouant un objet nécessairement corporel.

## **Section II – Le droit sur la valeur et le dépassement du gage**

**273.** Le droit sur la valeur permettrait d'une part, de dépasser la conception matérielle du gage et, d'autre part, d'envisager une nouvelle assise théorique pour définir la notion de sûreté mobilière. En effet, il ne serait plus utile de prendre en compte la nature du bien pour former l'assiette de la sûreté.

### **§ 1. Le dépassement de la conception matérielle du gage**

**274.** Autant il est difficile de séparer la propriété des corps, autant il est malaisé de dissocier le gage des corps. Le modèle du gage s'est construit autour de la matérialité de l'objet du bien remis en gage. Le gage se concentre plus sur la matérialité du bien remis en gage que sur la nature du bien. Vraisemblablement, la conception de la propriété matérielle a influencé le modèle du gage puisque le mécanisme consiste pour un propriétaire à

---

<sup>900</sup> *Regroupement des marchands actionnaires Inc. c. Métro Inc.*, 2006 QCCS 3159, par. 78 et 79.

remettre son bien, objet de propriété, entre les mains d'un tiers pour le paiement d'une obligation et ce, à titre de garantie. Historiquement, et l'exigence de la dépossession le prouve, le gage fut conçu initialement comme la remise matérielle d'un bien afin de garantir une obligation. Le gage a été contaminé par une conception matérialiste et minimaliste qui consiste à le réduire à un corps. Le gage ou le nantissement de créances selon le pays considéré, qui pourrait a priori faire croire en l'évolution du gage, n'a fait que confirmer, par la suite, cette conception en ayant recours à la fiction de la remise de l'acte de nantissement<sup>901</sup> ou la remise du titre représentant la créance<sup>902</sup>, utilisant dans ce dernier cas la théorie de l'incorporation du droit de créance dans le titre, support matériel.

**275.** La décision rendue par la Cour suprême du Canada *Val-Brillant*<sup>903</sup> confirme notre propos. Les mots « bien » et « titre » prévus à l'article 2702 du *Code civil du Québec* ont été interprétés de manière extensive pour rendre le gage sur des créances non représentées par un support matériel valide et opposable. Cette affaire illustre les difficultés conceptuelles du gage portant sur des biens incorporels<sup>904</sup>. Ces péripéties surviennent notamment en raison de l'absence de définition précise des mots « bien » et « titre » visés à l'article 2702<sup>905</sup> et vraisemblablement en raison de l'erreur doctrinale d'interprétation de la division entre les biens corporels et les biens incorporels. Les errements d'interprétations romanisantes qui consistent à opposer les droits et leurs objets ont vraisemblablement eu un impact sur la matérialité du gage atteint en quelque sorte par ricochet. Ainsi, militer pour une conception large du mot bien « conduit » nécessairement à déformer le mécanisme du gage, idéalement conçu en fonction de la matérialité du bien affecté en garantie. C'est une des critiques formulée par l'honorable juge Marie Deschamps (dissidente) à l'égard de la

<sup>901</sup> Sous le C.c.B.C., les articles 1570, 1571 et 1966 prévoyaient pour fins de remise en possession de créancier nanti sur des créances notamment la conclusion d'un acte notarié ou la délivrance d'un acte sous seing. L'article 2356 du C. civ. actuel prévoit la simple conclusion d'un acte écrit daté pour la constitution et l'opposabilité du nantissement sur créances.

<sup>902</sup> Le C.c.Q. prévoit la remise du titre pour le gage sur créances (art. 2702), ce titre devra faire l'objet d'un endossement s'il est nominatif (art. 2709).

<sup>903</sup> *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97.

<sup>904</sup> Pour de plus amples développements *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, §2. Les difficultés actuelles en matière de gage sur les créances et de gage sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés.

<sup>905</sup> Voir les autres raisons de la régression du concept du gage lors de nos précédents développements *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, §2.

position des juges majoritaires dans l'affaire *Val-Brillant* puisqu'il a été finalement admis le gage sur un bien incorporel au profit des personnes physiques n'exploitant pas une entreprise<sup>906</sup>.

**276.** La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* a modifié l'article 2702 du *Code civil du Québec* pour ajouter le vocable « matérielle » à l'expression « remise du bien ou du titre ». Elle a également créé une deuxième forme de gage possible, celui par maîtrise. La dépossession peut s'opérer par maîtrise<sup>907</sup> lorsque le gage porte sur des valeurs mobilières avec ou sans certificat et des titres intermédiés. La maîtrise consistera soit par une livraison<sup>908</sup> des valeurs mobilières avec certificat<sup>909</sup>, soit par l'inscription dans les livres de l'émetteur ou la conclusion d'un accord de maîtrise pour les valeurs mobilières sans certificat<sup>910</sup>. Pour ce qui concerne les titres dits intermédiés soit détenus par un intermédiaire financier (courtier et CDS, dépositaire central pour la Canada), la maîtrise s'opère par titularité<sup>911</sup> ou par accord de maîtrise<sup>912</sup>. Ainsi, la dépossession persiste à jouer un rôle même dans des cas où le titre est non négociable<sup>913</sup> ou lorsque le titre est intermédié, elle demeure alors totalement immatérielle.

---

<sup>906</sup> En ce sens, la dissidence de la juge Marie Deschamps, dans *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97.

<sup>907</sup> C.c.Q., art. 2714.1.

<sup>908</sup> L.T.V.M., art. 50 et 55.

<sup>909</sup> Il y a une distinction à opérer si le certificat est aux porteur ou nominatif, dans le premier cas, une simple livraison suffit, dans le second cas la livraison doit s'accompagner soit de l'endossement du certificat au nom de l'acquéreur ou à l'ordre soit de l'inscription du certificat au nom de l'acquéreur ou l'inscription du transfert par l'émetteur : C.c.Q., art. 2714.1 et application des articles 50 et 55 L.T.V.M., au sujet de l'endossement art. 39-49, 65 et suiv. L.T.V.M. Pour un tableau récapitulatif, voir É. LAMBERT, préc., note 431, p. 355 et 356.

<sup>910</sup> L.T.V.M., art. 51 et 56.

<sup>911</sup> L.T.V.M., art. 113 al. 1 et 103: le créancier gagiste acquiert la titularité du compte lorsque l'intermédiaire a crédité son compte titre de l'actif, objet du gage, selon les instructions du client-débiteur du courtier, L. PAYETTE, préc., note 98, p. 432.

<sup>912</sup> L'intermédiaire en valeurs mobilières conclut avec le titulaire du compte de titres une entente aux termes de laquelle l'intermédiaire convient de se conformer aux ordres du créancier relativement à ces titres spécifiquement identifiés ou à tous ceux crédités au compte : L.T.V.M., art. 113 al. 1 par. 2.

<sup>913</sup> Par exemple, les certificats de dépôt sont considérés comme des titres non négociables. Les actions représentant des titres au porteur sont des valeurs mobilières négociables, elles se transmettent facilement. Les actions dites nominatives sont des valeurs mobilières qui portent le nom de leur titulaire et sont inscrites dans les registres de la société émettrice, leur négociabilité est moins facile puisque pour être transférées, elles devront être endossées par le propriétaire inscrit dans les registres. Voir tableau récapitulatif, É. LAMBERT,

## § 2. Le droit sur la valeur : un fondement théorique pour un concept fédérateur

277. Le droit sur la valeur pourrait offrir une assise théorique au concept fédérateur d'hypothèque mobilière. Les droits français et québécois des sûretés connaissent un certain nombre d'incohérences et ont provoqué quelques incertitudes juridiques<sup>914</sup>.

278. En effet, le droit québécois actuel maintient une délimitation entre 1) le gage classique (exigeant une remise matérielle<sup>915</sup> du bien ou du titre) opérant sur tous les biens corporels et sur les créances représentées par des titres à ordre ou au porteur (biens incorporels assimilés par le législateur québécois à des biens corporels), 2) le gage par maîtrise sur les valeurs mobilières mobilières et les titres intermédiés, 3) l'hypothèque mobilière sans dépossession opérant sur certains types de biens meubles incorporels énumérés par la loi et permise pour les particuliers et 4) l'hypothèque mobilière sans dépossession opérant sur tous types de biens corporels et incorporels, accessible aux personnes physiques exploitant une entreprise ou aux personnes morales.

Par ailleurs, ces frontières délimitant le régime des sûretés mobilières portant sur des biens corporels et incorporels au Québec ne sont pas étanches. Quelques interrogations<sup>916</sup> subsistent en effet notamment eu égard au gage portant sur des créances représentées par des titres non négociables, au gage sur des contrats d'assurance-vie, aux hypothèques sans

---

préc., note 431, p. 336. Toutefois, l'article L. 211-16 du C. monét. et fin., en imposant l'inscription en compte pour tous les titres financiers et leur transfert de compte en compte, exprime ce caractère négociable même pour les titres nominatifs pour lesquels les conséquences de leur négociabilité n'étaient pas clairement affirmées par les tribunaux selon Thierry BONNEAU et France DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2010, n° 92-2, p. 112 et suiv.

<sup>914</sup> Voir nos développements *infra*, Partie I, Titre II – Les conséquences liées à la dépossession fictive : entre incohérences et effets juridiques contestables.

<sup>915</sup> Le vocable matériel a été ajouté récemment à l'article 2702 C.c.Q., suite à l'adoption de la L.T.V.M.

<sup>916</sup> Pour des explications, *infra*, Partie I, Titre II - Les conséquences liées à la dépossession fictive : entre incohérences et effets juridiques contestables.



dépossession sur des brevets, sur des inventions non brevetées et sur des clientèles civiles<sup>917</sup>.

Quant au droit des sûretés français, il souffre d'un éparpillement des régimes de sûretés mobilières portant sur des biens incorporels et sur des biens corporels. Le législateur français a instauré des régimes différents entre le gage avec et sans dépossession sur des biens corporels, le gage sur les stocks, les nantissements sur des créances, le nantissement sur des créances professionnelles, sur des valeurs mobilières, des fonds de commerces, des logiciels, des brevets, et les nantissements sur des biens incorporels autres que des créances peuvent se voir appliquer le régime du gage sur des biens corporels. Les incohérences juridiques produites par une telle inflation législative ont déjà été dénoncées<sup>918</sup>.

Dans ces conditions, l'hypothèque mobilière devrait permettre d'offrir une forme de sûreté fédératrice portant indifféremment sur un bien corporel ou sur bien incorporel et sous les mêmes conditions de formation et d'opposabilité. Pour cela, son mécanisme doit prendre appui sur un concept théorique. Cette assise théorique se trouve dans la notion de droit sur la valeur. Ce droit sur la valeur pourra dépasser les délimitations encore existantes en droit québécois et en droit français entre le gage, le nantissement et l'hypothèque. Le clivage entre les sûretés portant sur les biens corporels et sur celles portant sur des biens incorporels devra aussi être transcendé pour parvenir à une cohérence du système interne des sûretés mobilières en France et au Québec.

---

<sup>917</sup> Ces hypothèques pourraient-elles faire l'objet d'une véritable hypothèque sans dépossession par simple inscription alors que les particuliers ne pouvaient, en théorie et jusqu'alors ne les prendre qu'en gage ? En réalité, la voie du gage, était en pratique impossible pour ce type de biens intellectuels. La dépossession par voie de signification notamment ne pouvait valablement opérer. Par ailleurs, l'inscription sur un registre spécial comme l'O.P.I.C. est nécessaire pour rendre opposable aux tiers une sûreté portant sur un brevet.

<sup>918</sup> Pour des explications, voir nos développements *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre I.

### **Chapitre III – Les applications du droit sur la valeur en droit des biens et en droit des sûretés français et québécois**

**279.** Il est clair qu'à la lecture de la jurisprudence tant française que québécoise, il ressort que la qualification juridique de bien-objet de propriété (non au sens matériel) dépend en fait de la reconnaissance de la valeur économique du bien objet du litige. La notion de valeur permettra d'octroyer le fameux statut de bien. Cette réalité n'est pas nouvelle mais elle n'a jamais été autant affirmée qu'aujourd'hui et ce, avec conviction par les auteurs confrontés à l'ascension fulgurante des biens immatériels (Section I). Les tribunaux optent dans certains cas pour la reconnaissance implicite du droit sur la valeur afin de protéger des biens immatériels. Même si, dans la majorité des cas, les juges préfèrent le recours à la responsabilité civile pour défendre l'atteinte à certaines valeurs économiques comme l'utilisation parasitaire du travail ou de l'investissement d'autrui. Cela ne vient que conforter notre position. Il est donc temps d'introniser la notion de valeur au rang de concept civiliste juridique afin de l'inclure dans la définition du mot bien prévue dans le Code civil. En effet, sa réservation juridique par le droit de propriété ne fait aucun doute. Par ailleurs, le droit sur la valeur sert d'assise théorique à la technique de sûreté mobilière. Les droits civils français et québécois fournissent des exemples significatifs d'utilisation de la valeur du bien lors de constitution ou de la réalisation d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque mobilière. Ce fameux droit préférentiel sur la valeur n'est guère une invention doctrinale mais une réalité juridique qui doit être consacrée explicitement par le législateur (Section II).

#### **Section I – Le droit sur la valeur en droit des biens français et québécois**

**280.** Les biens incorporels ou immatériels ont connu ces dernières années une ascension fulgurante. Le phénomène de la réservation et de la commercialisation de

certaines biens immatériels par le droit, décrit il y a quelques années par plusieurs auteurs<sup>919</sup>, est toujours aussi actuel.

Le rôle fut un temps dévolu à la loi qui consacra certaines propriétés dites intellectuelles ou industrielles. Actuellement, les tribunaux ont repris le relais, lesquels interviennent, au cas par cas, lorsque la notion de valeur économique du bien est d'une évidence manifeste. Ils décident alors de la qualification comme bien en contournant souvent le débat sur la qualification mais en appliquant néanmoins un régime de responsabilité civile<sup>920</sup> ou pénale les assimilant ainsi à des biens<sup>921</sup>. Ce phénomène de réservation et de commercialisation par le droit a été décrit et conceptualisé par certains auteurs français (§1). Il est aussi intéressant de se rendre compte que ce phénomène est devenu en fait un mode de raisonnement appliqué par les tribunaux français et québécois. Ainsi, il ressort de cette évolution fulgurante que certains biens<sup>922</sup> immatériels se sont vus consacrés par les deux droits positifs français et québécois, comme les valeurs mobilières, les clientèles civiles et commerciales (2§). Tandis que pour d'autres biens immatériels, comme le savoir-faire, les secrets commerciaux, l'information confidentielle ou la force de travail, la question de leur qualification en bien-objet de propriété vacille. Ils font l'objet de l'attention des droits positifs français et québécois, qui les admettent ou les rejettent et ce, au gré des circonstances (3 §). Au regard de la doctrine et des décisions des tribunaux, nous demeurons cependant convaincus que la notion de droit sur la valeur est le critère de qualification.

---

<sup>919</sup> J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, préc., note 722.

<sup>920</sup> Les actions en responsabilité civile comme celles en concurrence déloyale ou en concurrence parasitaire sont admises par les juges français et québécois.

<sup>921</sup> Le droit positif français, sous couvert des infractions comme l'abus de confiance ou le vol, reconnaît le contenu informationnel comme un bien. Le droit positif québécois adopte le même raisonnement.

<sup>922</sup> Il ne s'agira pas ici d'en faire un recensement, au demeurant impossible, seulement certains biens seront étudiés à titre d'exemple.

## § 1. La réservation et la commercialisation des biens incorporels par le droit de propriété : un mécanisme appliqué

**281.** Il est vrai que les juges, à défaut de droit privatif reconnu légalement, protègent certaines valeurs économiques tout en évitant d'établir une relation d'appropriation entre la personne et la chose sur laquelle porte la valeur. Les tribunaux français et québécois ont alors recours aux règles de la responsabilité civile pour assurer la réservation de ces valeurs. Au Québec, l'action en commercialisation trompeuse permet au travers de la reconnaissance de l'achalandage d'une entreprise de sanctionner un comportement trompeur aux yeux du public<sup>923</sup>. Aussi, dans le droit français, l'action en concurrence déloyale permet aussi de sanctionner la communication d'un savoir-faire obtenu au prix d'un investissement long et coûteux<sup>924</sup>. De même, l'utilisation de la valeur issue du travail d'autrui par un tiers peut être l'objet d'une action en concurrence parasitaire<sup>925</sup>. En effet, la théorie du parasitisme<sup>926</sup> économique, reconnue dans un premier temps, pour l'usurpation de la notoriété d'une personne physique ou morale<sup>927</sup>, ou de ses éléments attractifs de

---

<sup>923</sup> Le droit commun de la responsabilité civile de l'article 1457 du C.c.Q. permet l'octroi de dommages et intérêts. Les juges appliquent les critères de l'action en *passing-off* de Common law : *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120 : Le juge Gonthier a retenu trois critères : 1) l'existence d'un achalandage, 2) la représentation trompeuse induisant le public en erreur et 3) des dommages actuels ou possibles pour le demandeur. *Kisber & Co. c. Ray Kisber & Associates Inc.*, [1998] R.J.Q. 1342 (C.A.); *9055-6473 Québec inc. c. Montréal Auto Prix inc.*, 2006 QCCA 627, par. 21; Alexandra STEELE, « Tromperie commerciale et passing-off : Développements récents », 2003, en ligne, <<http://www.robic.ca/admin/pdf/715/311-AST.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012); Jean-Philippe MIKUS, « La protection des marques de commerce notoires au Canada », dans Services de la fonction permanente, Barreau du Québec, vol. 215, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2004)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 63 : la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce peut être sanctionnée par l'action en responsabilité extracontractuelle dans le droit civil québécois..

<sup>924</sup> Com., 13 juill. 1966, J.C.P. 1967.II.15, 131.

<sup>925</sup> M. le Tourneau définit le parasitisme comme « l'utilisation illégitime et intéressée d'une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir-faire spécifique et d'un travail intellectuel lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit spécifique » : Philippe LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988.505, 516; L'affaire dites des *Chantiers Modernes* : Com., 3 oct. 1978, D. 1980.jur.55, note Schmidt-Szalewski; également Rouen, 13 janv. 1981, D. 1983.jur.53, note Lucas. « En s'appropriant le fruit desdites recherches, qui avaient nécessité la mise en oeuvre de certaines techniques, même si les éléments combinés n'étaient ni nouveaux, ni originaux. » (responsabilité).

<sup>926</sup> Marie MALAURIE-VIGNAL, « Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui », D. 1996.177.

<sup>927</sup> Paris, 18 mai 1989, D. 1990.340, obs. Cadiet, approuvé par Com., 6 mai 1991, P.I.B.D. 1991.III.699, sur le fondement, non du détournement des investissements d'autrui, mais du parasitisme de notoriété.

clientèle<sup>928</sup>, s'est étendue, ensuite, à la protection des noms des domaines, pour finalement permettre de protéger actuellement le fruit d'un savoir-faire ou les produits d'un travail intellectuel<sup>929</sup>.

Ce recours à la responsabilité civile est appréciable<sup>930</sup> puisqu'il permet de défendre tout agissement qui viendrait parasiter le travail intellectuel d'une personne qui ne jouit pas d'un droit privatif protégé<sup>931</sup>. Toutefois, le droit de propriété portant sur la création du travail de l'homme devrait être consacré de manière générale et non pas seulement, ponctuellement, comme il a été admis pour certains biens dits intellectuels.

---

<sup>928</sup> Com., 25 oct. 1977, D. 1978.IR.164; Com., 24 mai 1976, *Bull. civ.* IV, n° 172; Paris, 20 déc. 1989, D. 1991.somm.91, obs. Colombet: « [C]onstitue des agissements caractéristiques de concurrence déloyale le fait de procéder à la reproduction servile d'un modèle de tissu cachemire ». Les concurrents « n'ont pas à assumer les frais de mise au point, profitant indûment de ses efforts et peuvent ainsi détourner une partie de la clientèle ».

<sup>929</sup> Paris, 22 mai 1990, D. 1990.175 (reproduction de tableaux comparatifs d'écoute portant sur l'ensemble des stations de radio et de chaîne de télévision) :

Même si elles ne sont pas protégées par un droit privatif spécifique, des études statistiques sont le fruit d'un savoir-faire dans la conception des méthodes de sondages, d'importantes prestations de service pour l'exécution de ceux-ci et d'un travail intellectuel pour leur exploitation. En publiant de telles données sans la moindre contrepartie, un organe de presse s'approprie ce qui n'a pu être obtenu que par l'oeuvre d'autrui et commet un acte de concurrence parasitaire.

Paris, préc., note 927; Com., 26 janv. 1999, D. 2000.87, qui a énoncé que « le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'imisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, [...] de son savoir-faire »; Com., 30 janv. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 27; Philippe LE TOURNEAU, « D'utiles mises au point sur le parasitisme », *J.C.P.* 2001.I.340, p. 1498, obs. Viney, D. 2001.1939 :

Toute oeuvre ou toute création, quelle qu'elle soit (y compris le « simple » savoir-faire), non protégé par un « droit privatif », l'est le cas échéant au titre du parasitisme, sa reproduction ou son imitation constituant en soi une faute [...] Les juges du fond n'ont donc pas à quantifier l'importance des efforts et des coûts du créateur, ni les économies du parasite.

<sup>930</sup> *Contra* Jacques AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, Paris, P.U.F., 1989, n° 165; Michel VIVANT, *Lamy droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 1995, n° 245 et suiv.; André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, n° 18. Doctrine Favorable : P. LE TOURNEAU, préc., note 722; André LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Paris, Litec, 1975, n° 381 et suiv.; Xavier DESJEUX, « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie », *Cah. dr. entr.* 1985.II.14490; Jean-Marc MOUSSERON, « Recherche, développement et parasitisme économique », dans Jean-Marc MOUSSERON, « Le parasitisme économique », *Gaz. Pal.* 1988.29; plus nuancée Marie MALAURIE-VIGNAL, *Le droit interne de la concurrence*, Paris, Armand Colin, 1996.

<sup>931</sup> Frédéric BELOT, « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », *L.P.A.* 2006.6, n° 243.

**282.** Des signes très forts en droit positif français<sup>932</sup> et québécois révèlent cette tendance contemporaine qui consiste à chercher refuge dans le droit des biens et plus précisément du côté du droit de la propriété.

## § 2. Les biens immatériels consacrés

**283.** Seuls quelques exemples choisis parmi tous les biens immatériels permettront d'illustrer notre propos. Les valeurs mobilières et les instruments ou actifs financiers comptent parmi les premiers biens immatériels, que les droits positifs français et québécois ont consacré plus ou moins clairement comme des biens-objets de propriété, pouvant faire l'objet notamment d'une appropriation ou d'une prise en garantie. Toutefois, nous verrons que le droit positif n'est pas entièrement cohérent (A). La clientèle et l'achalandage ont, elles aussi, fait l'objet d'un long débat doctrinal et judiciaire avant que la Cour de cassation n'admette, avec quelques réserves, leur qualification comme biens. Le droit québécois parvient lui aussi, avec certaines réticences, à leur consacrer une place à part entière et à proposer une définition à leur endroit. Il admet qu'ils puissent être considérés comme des biens susceptibles d'appropriation et d'hypothèque (B).

---

<sup>932</sup> Même une proposition de loi française fut déposée en ce sens du 30 juin 1992 par M. Godfrain conférant à la « création réservée » un droit d'exploitation exclusif, temporaire et opposable à tous et définissant une telle création comme toute création exploitable à des fins lucratives résultant d'un travail et non protégée par un droit de propriété intellectuelle (FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Proposition de loi de M. Jacques Godfrain relative à la protection des créations réservées*, n° 2858, déposée le 30 juin 1992, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/9/dossiers/922858.asp> - ETAPE144611> (site consulté le 4 mai 2012)). Ce projet de loi a pour souci de protéger un travail intellectuel, fût-il ni original, ni innovant, mais destiné à être exploité en vue d'un profit; Christian LE STANC, « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste: observation sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des "créations réservées" », D. 1993.chr.4; Xavier DESJEUX, « La reprise de la prestation d'autrui: l'idée commerciale et l'investissement économique (esquisse d'un projet de loi) », *Gaz. Pal.* 1992.doctr.973.

## **A) Les valeurs mobilières et les instruments financiers : des biens consacrés**

**284.** Dans un souci de clarté, nous présenterons successivement le traitement des valeurs mobilières et des instruments ou actifs financiers selon le droit français et selon le droit québécois. Toutefois, certains points de comparaison seront évoqués au gré des développements dans l'une ou l'autre des sous-parties.

1) Les valeurs mobilières, les instruments et titres financiers selon le droit français

**285.** Les valeurs mobilières ainsi que les autres instruments financiers opérant sur les marchés financiers sont incontestablement des biens immatériels, objets de propriété. Il est vrai que leur définition est souvent discutée (a), leur nature incorporelle a fait couler beaucoup d'encre et la question de la propriété ou de la possession des valeurs mobilières est souvent difficile à concevoir pour certains juristes qui dénigrent la propriété des créances. Ces considérations doctrinales ne devront que conforter leur reconnaissance comme des biens de nature incorporelle (b). Par ailleurs, la dématérialisation accélérée et généralisée des valeurs mobilières ne peut être un argument nouveau pour asseoir une matérialisation de type moderne. L'inscription en compte a remplacé le support papier. Elle permet de faire présumer la propriété des titres à l'égard des tiers. Elle ne peut être assimilée à un titre de type nouveau permettant de prétendre à une matérialisation des instruments financiers (c). Nous verrons que les mêmes interrogations d'ordre doctrinal et jurisprudentiel se sont posées en droit québécois qui est finalement parvenu à reconnaître les valeurs mobilières et les actifs financiers comme des biens immatériels susceptibles d'appropriation et d'hypothèque (d).

a) Difficultés liées à la définition des valeurs mobilières, des instruments financiers et des titres financiers

**286.** Cette merveilleuse invention du capitalisme moderne<sup>933</sup> (à propos des valeurs mobilières) ne peut, au grand désarroi des juristes français, faire l'objet ni d'une définition unique, ni d'un recensement précis puisque ces valeurs mobilières<sup>934</sup> prennent de multiples formes<sup>935</sup>. Loin d'en donner une définition juste et satisfaisante<sup>936</sup>, on pourrait néanmoins les présenter comme « des titres négociables qui représentent des droits, identiques par catégorie, acquis par ceux qui ont apporté à une personne morale, publique ou privée, les espèces ou les biens nécessaires à son financement. Elles représentent, selon le cas, soit une quotité du capital de la personne morale émettrice, soit une créance à long terme contre celui-ci<sup>937</sup> ».

L'article L. 211-2 du *Code monétaire et financier* issu de l'Ordonnance française du 24 juin 2004<sup>938</sup> consacrait une telle définition générale de la notion de valeur mobilière. Ce texte, aujourd'hui modifié, précisait qu'elles étaient transmissibles par inscription en compte ou par tradition. Toutefois, le caractère négociable n'était pas visé dans la définition légale. Or,

<sup>933</sup> François-Xavier LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bulletin Joly Sociétés* 2000.8-9.765, n° 1.

<sup>934</sup> Après plusieurs interventions législatives notamment la *Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières*, préc., note 522, l'*Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale*, préc., note 686 et l'*Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers*, préc., note 468. Cette dernière ordonnance a étendu la liste des instruments financiers en ajoutant la catégorie des titres financiers - qui comprend les valeurs mobilières - et les contrats financiers (art. nouveaux L. 211-1 et L. 211-2 C. monét. et fin).

<sup>935</sup> F.-X. LUCAS, préc., note 933, n° 5.

<sup>936</sup> Sur les difficultés d'une définition, voir notamment V. MERCIER, préc., note 721, n° 24, 31 et 32, p. 20, 23 et 24; C. LASSALAS, préc., note 682, n° 119 et 134, p. 48 et 52.

<sup>937</sup> V. MERCIER, préc., note 721, p. 19.

<sup>938</sup> Anc. art. L. 211-2 du C. monét. et fin. issu de l'*Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale*, préc., note 686, définissait les valeurs mobilières comme :

[L]es titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine.



la majorité des auteurs<sup>939</sup> reconnaissent la négociabilité comme étant une caractéristique principale de la valeur mobilière ainsi que son caractère fongible. De cette définition, une liste des critères distinctifs propres aux valeurs mobilières peut être dressée<sup>940</sup> : la négociabilité, la fongibilité, la cotation en Bourse ou la possibilité d'une cotation, la possibilité de procurer des revenus, l'accès direct à une quotité du capital ou à un droit de créance général sur le patrimoine de la société émettrice.

**287.** Le nouvel article L. 228-1 du *Code de commerce* modifié par l'Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 assimile les valeurs mobilières à des titres financiers et renvoie simplement aux nouvelles dispositions descriptives de l'article L. 221-1 du *Code monétaire et financier*. Cet article énonce que les instruments financiers sont des titres financiers et des contrats financiers. Il énonce une liste des titres financiers en désignant : 1. Les titres de capital émis par les sociétés par actions; 2. Les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse; 3. Les parts ou actions d'organismes de placement collectif. Ces dispositions législatives sont à l'image d'un jeu de poupées russes qui ne nous fournit aucune définition légale<sup>941</sup>.

L'Ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers avait pour ambition de donner une définition aux instruments financiers comme l'avait fait en son temps l'ordonnance du 24 juin 2004 pour les valeurs mobilières. Le défi n'a pas été relevé. En réalité, aucune définition légale n'en découle<sup>942</sup>.

La loi dite de modernisation des activités financières de 1996 avait eu pour effet d'insérer les valeurs mobilières dans une catégorie plus large, celle des instruments financiers. Sous cette appellation générique d'instruments financiers, d'inspiration européenne, sont regroupés les actions, les obligations, les titres dérivés dématérialisés comme les certificats

<sup>939</sup> F.-X. LUCAS, préc., note 933, n° 24-30; V. MERCIER, préc., note 721, n° 32, p. 24; C. LASSALAS, préc., note 682, n° 128, p. 51.

<sup>940</sup> Christophe DE WATRIGANT, « Instrument financier et valeur mobilière », L.P.A. 2010.84.6.

<sup>941</sup> Thierry BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », J.C.P. éd. E. 2009.1105.

<sup>942</sup> *Id.*

d'investissement, les bons autonomes ou les titres participatifs ou associatifs et valeurs mobilières composées ainsi que les titres de créances négociables à court terme ou moyen terme<sup>943</sup>.

Cette approche descriptive et énumérative ne semblait guère, à l'époque, convenir au législateur qui maintenait la notion centrale de valeur mobilière notamment dans les ordonnances du 24 juin 2004<sup>944</sup> et du 31 mars 2005<sup>945</sup>. Actuellement, la nouvelle ordonnance du 8 janvier 2009 classe les valeurs mobilières au sein d'une sous-catégorie particulière, celle des titres financiers.

En clair, les articles L. 228-1 du *Code de commerce*, L. 211-1 du *Code monétaire et financier* n'apportent aucune définition des valeurs mobilières et des instruments financiers. La loi offre une description de ces biens et une énumération des catégories de produits financiers possibles<sup>946</sup>. L'ordonnance du 8 janvier 2009 distingue les titres de capital qui comprennent les actions et les autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote (article L. 212-1 du *Code monétaire et financier*) et les titres de créances qui représentent chacun un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de titrisation qui les émet (article L. 213-1 du *Code monétaire et financier*).

Or, même si cette notion de valeur mobilière n'englobe pas l'ensemble des produits financiers offerts sur le marché et qu'elle n'est plus une notion centrale<sup>947</sup>, elle permet tout de même d'être un outil de référence, une sorte de concept sur lequel les émetteurs et leurs

---

<sup>943</sup> Pour un aperçu, voir, notamment C. LASSALAS, préc., note 682, p. 52-62.

<sup>944</sup> Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, préc., note 686, voir, notamment Daniel OHL, « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », *Bulletin Joly Bourse* 2004.6.689.

<sup>945</sup> Ordonnance n° 2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert de propriété des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de règlement et de livraison, préc., note 687, voir notamment D. ROBINE, préc., note 301.

<sup>946</sup> Thierry BONNEAU, « Valeurs mobilières et titres financiers en droit français », *R.D. bancaire et fin.* 2009.2.75.

<sup>947</sup> Yann PACLOT, « La réforme des instruments financiers par l'ordonnance du 8 janvier 2009 », *Bulletin Joly Bourse* 2009.1.59.

conseils peuvent raisonner en termes de fongibilité et de négociabilité, notamment pour appréhender de nouveaux produits financiers. Toutefois, la négociabilité<sup>948</sup> ne doit pas à être le critère fondamental en raison de l'existence d'instruments financiers non négociables (exemples de parts de SCPI, de société d'épargne forestière, de Sofica, et faute de décret d'application de d'actions de SICAV et de parts de FCP<sup>949</sup>). Certains instruments financiers sont considérés comme négociables par détermination de la loi<sup>950</sup>. Par ailleurs, le recours à la notion de valeur mobilière pourrait aussi se maintenir compte tenu de l'hétérogénéité<sup>951</sup> de la catégorie des instruments financiers.

---

<sup>948</sup> G. CORNU, préc., note 9, s.v. « négociabilité » : « Qualité attachée à certains titre représentatifs d'un droit ou d'une créance qui en permet une transmission plus rapide et plus efficace que les procédés de Droit civil ». Un titre négociable est un titre qui se transmet par des procédés de droit commercial, comme l'inscription en compte, la tradition, ou la cession de créances. L'article L. 211-15 du C. monét. et fin. exprime cette négociabilité des titres financiers qui se transmettent de compte à compte. Par ailleurs, selon l'article L. 211-16 dudit code, l'acquéreur des titres financiers de bonne foi est protégé d'une éventuelle action en revendication d'un tiers. Cette circulation simplifiée échappant au formalisme de la cession de créance est de la sorte sécurisée. Les titres au porteur et nominatifs sont considérés comme des titres négociables selon notamment l'*Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers*, préc., note 468 : T. BONNEAU et F. DRUMMOND, préc., note 913, n° 92-2, p. 112.

<sup>949</sup> Christophe DE WATRIGANT, préc., note 940.

<sup>950</sup> Yann PACLOT, « L'introuvable notion d'instrument financier », *Droit des sociétés* 2009.1.3.

<sup>951</sup> Par exemple, les contrats d'assurances-vie en unité de compte peuvent constituer des instruments financiers complexes : Myriam BOURREAU-GUERINIERE, « Commercialisation des assurances-vie en unités de compte constituées d'instruments financiers complexes », *L'Essentiel Droit des assurances* 2010.2.6. Sur la question des quotas d'émission de gaz à effet de serre comme instruments financiers voir notamment le *Règlement n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise en enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive n° 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté*, [2010] J.O. L 302/1; pour la reconnaissance du caractère négociable des quotas sur un marché réglementé et l'assimilation des autorisations d'émission à des contrats financiers voir l'article L. 211-1 qui renvoie à l'article D. 211-1 A- I- par. 7 du C. monét. et fin. Les contrats à terme relatifs à des autorisations d'émission sont assimilés à des contrats financiers qui sont une espèce d'instruments financier. De manière engagée, un auteur leur reconnaît les caractéristiques principales des instruments financiers : inscription en compte, négociabilité, le fait qu'ils confèrent des droits identiques à tous les détenteurs, et qu'ils sont des droits de créance contre l'Etat même si le règlement du 12 novembre 2010 ne les qualifie pas les quotas : Thierry BONNEAU, « Quotas d'émission de gaz à effet de serre », *R.D. bancaire et fin.* 2011.2.76; Thierry BONNEAU, « Quotas de CO<sub>2</sub>, biens et titres financiers », *Bulletin Joly Bourse* 2011.3.207, plus nuancé Marc MIGNOT, « Le nantissement de quotas d'émission de gaz à effet de serre », *R.D. bancaire et fin.* 2009.4.26, qui y voit des instruments financiers à terme sur actifs sous jacents non financiers. Toujours selon cet auteur, ces contrats sont des instruments financiers mais pas des titres financiers, ce qui les exclut de l'assiette du nantissement de compte de titres financiers. Cet auteur examine les conditions de validité et d'opposabilité d'un nantissement sur les quotas d'émission de gaz à effet de serre de qui prendrait la forme d'un nantissement de créance ; *Contra* Michel PRADA, *La régulation des marchés du CO<sub>2</sub>*, Rapport, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 2010, en ligne : <<http://www.minefe.gouv.fr/services/rap10/100419rap-prada.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012) et Sylvie

**288.** Les valeurs mobilières ont une caractéristique essentielle qui les distingue des autres titres financiers, celle de conférer des droits identiques par catégorie selon l'article L.211-1 du *Code monétaire et financier*. Elles font partie d'une émission globale divisée en un grand nombre de titres qui représentent toute une fraction globale de la créance.

L'apport le plus significatif de l'Ordonnance du 8 janvier 2009 est d'avoir regroupé toutes les dispositions sur les instruments financiers jusque là éparpillées dans le *Code monétaire et financier* concernant les grands principes de fonctionnement (propriété, négociabilité, inscription en compte..) et les différents types d'opérations possibles (transfert de propriété, nantissement, prêt, pension)<sup>952</sup>. L'essentiel est de comprendre que ces titres sont inscrits en compte et transmissibles par virement de compte à compte. Toutefois, l'identité de régimes de tous les instruments financiers n'est pas totale puisque certains instruments non négociables comme les droits collectifs des porteurs de parts et actions d'organismes de placement collectifs sont limités et obéissent à des règles particulières<sup>953</sup> (article L. 211-14 du *Code monétaire et financier*) comme d'ailleurs les titres étrangers (article L. 211-41 dudit Code). La catégorie large de titres financiers a le mérite d'englober des droits personnels comme des actions et obligations et des droits réels comme les parts de fonds commun de placement, les warrants, les certificats de valeur garantie et les *credit linked notes*<sup>954</sup>.

**289.** Quelle que soit la terminologie employée, ces valeurs mobilières et autres instruments financiers demeurent incontestablement dans leur grande majorité des biens meubles de nature incorporelle. Toutefois, cette qualification n'emporte pas aussi facilement l'application d'un régime de propriété comparable à celui concernant les biens meubles corporels. Un régime spécial leur est consacré aux termes des dispositions du *Code*

---

GIULI, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre : la problématique de la nature juridique des quotas et ses implications en matière comptable et fiscale », *Bulletin Joly Bourse* 2004.1.22.

<sup>952</sup> C. DE WATRIGANT, préc., note 940.

<sup>953</sup> Y. PACLOT, préc., note 947.

<sup>954</sup> T. BONNEAU, préc., note 946; Marc FAVERO et Jacques-Louis COLOMBANI, « Warrants financiers et droit des marques », *Bulletin Joly Bourse* 2000.1.15.

*monétaire et financier* (articles L. 211-1 et suiv.) prévoyant notamment le transfert (L. 211-15, 16 et 17) ou le nantissement d'instruments financiers devenu nantissement de compte-titres (art. L. 211-20).

#### b) La nature incorporelle des valeurs mobilières

**290.** Il est vrai qu'en dépit des discussions doctrinales pour fixer les contours de cette notion plurielle, les auteurs français s'accordent majoritairement à classer les valeurs mobilières dans la catégorie des biens meubles incorporels<sup>955</sup>. De manière quasi isolée, un auteur s'évertue depuis de nombreuses années à démontrer le contraire pour convaincre la communauté juridique de la nature corporelle des « actifs scripturaux<sup>956</sup> ».

Ce débat a perduré ces dernières années face à la diversité des instruments financiers et à leur dématérialisation depuis lors généralisée et actée par les deux<sup>957</sup> ordonnances datant de 2004 et 2005 et réaffirmée par la dernière ordonnance du 8 janvier 2009. En effet, le titre papier a été depuis de nombreuses années supplanté par l'inscription en compte pour des motifs d'ordre économique et technique évidents<sup>958</sup>. L'amélioration de la circulation des instruments financiers et la réduction des coûts du traitement des opérations liées à l'existence et à la circulation de titres papier ont eu raison notamment de la formule traditionnelle sur papier.

<sup>955</sup> V. MERCIER, préc., note 721, n° 32, p. 24; F.-X. LUCAS, préc., note 933, n° 15-18; C. LASSALAS, préc., note 682, n° 246, p. 89.

<sup>956</sup> D. R. MARTIN, « Du gage d'actifs scripturaux », préc., note 684; D. R. MARTIN, « Du corporel », préc., note 878; D. R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », préc., note 684; D. R. MARTIN, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », préc., note 878; D. R. MARTIN, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », préc., note 684.

<sup>957</sup> *Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale*, préc., note 686; *Ordonnance n° 2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert de propriété des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de règlement et de livraison*, préc., note 687.

<sup>958</sup> C. LASSALAS, préc., note 682, n° 169-171, p. 63 et 64.

Il est vrai que la dématérialisation des instruments financiers a relancé le débat sur leur nature corporelle ou non. La théorie de l'incorporation appliquée, avec vigueur, aux temps des supports papier avait eu pour résultat, non satisfaisant, de qualifier de manière fictive les valeurs mobilières de biens meubles corporels. Le droit s'incorporait dans le titre papier. Cette fiction permettait notamment d'appliquer la possession aux valeurs mobilières et de les faire bénéficier de la protection salvatrice de l'ancien article 2279 al. 1 du Code civil (devenu nouvel article 2276 du Code civil). Les tribunaux semblaient l'admettre pour les titres au porteur<sup>959</sup>. Depuis lors, la dématérialisation des valeurs mobilières semble avoir remis en cause cette application de la possession. Une partie de la doctrine considère que ces valeurs scripturales sans supports matériels individualisés échappent à l'application de l'article 2276<sup>960</sup>. Ainsi, la scripturalisation forcée des valeurs mobilières et des instruments financiers ne pouvait que conduire à la réfutation de cette théorie de l'incorporation<sup>961</sup>, déjà malaisée auparavant. Seul un auteur<sup>962</sup> soutient le contraire en prétendant que la dématérialisation des instruments financiers n'est qu'une corporalité d'emprunt de type novatoire. Selon cet auteur, *l'instrumentum* scriptural aurait simplement remplacé le papier de manière plus moderne et efficace et permettrait ainsi de conserver la nature corporelle des titres financiers. Cette analyse, brillamment menée, n'emporte cependant pas notre adhésion. Elle conduit inéluctablement à opérer une confusion, déjà dénoncée et devenue séculaire, entre la propriété et la chose qui en est l'objet. Pour reprendre les arguments de certains auteurs précités, il y a identification de la chose et du droit qui porte sur celle-ci. La valeur mobilière tend à être confondue avec *l'instrumentum* qui a pour unique fonction de

<sup>959</sup> V. MERCIER, préc., note 721, n° 443, p. 205 et 206; Civ., 20 juin 1876, D.P. 1877.1.378; Paris, 21 mai 1993, cité par V. MERCIER, préc., note 721, n° 443, p. 206, à la note 706 : « [Q]u'il est en effet de jurisprudence constante, que les valeurs immatérielles (sic) constituant ces titres s'incorporent dans l'écrit qui en est le support et dont la transmission confère le droit sur le créancier. »

<sup>960</sup> F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 8, n° 447, p. 352 et 353; P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 853, n° 574, p. 175; Dominique AIRAULT, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Jacques REVUZ, « L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », *R.D. bancaire et bourse* 1993.36.64, 71; *Contra* : F. ZENATI, préc., note 719, 93; A. PELISSIER, préc., note 154, p. 204; V. MERCIER, préc., note 721, p. 207 et 208; B. PARANCE, préc., note 665; Y. EMERICH, préc., note 166.

<sup>961</sup> *Contra* D. R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », préc., note 684, 48 et 49.

<sup>962</sup> *Id.*, 47, n° 6 et 9.

la véhiculer<sup>963</sup>. L'article L. 228-1 du *Code de commerce* issu de l'Ordonnance du 24 juin 2004 et maintenu par l'Ordonnance du 8 janvier 2009 qui fixe le transfert de propriété des titres dématérialisés au moment de leur inscription conforte cette dernière idée. La valeur mobilière existe indépendamment de l'inscription en compte qui n'est que son *instrumentum*. A l'instar d'une auteure, « l'inscription en compte n'est pas LA valeur, pas plus que le support papier ne l'était avant la dématérialisation des valeurs mobilières<sup>964</sup> ».

**291.** La distinction traditionnelle entre les titres au porteur et les titres nominatifs, qui est au demeurant conservée dans le *Code de commerce*, a été supprimée par la dernière réforme opérée par l'ordonnance du 8 janvier 2009 insérée dans le Code monétaire et financier. Désormais, tous les titres financiers sont inscrits en compte et se transmettent donc par virement de compte à compte<sup>965</sup>, ce qui annonce la fin du titre papier transmis par tradition.

**292.** L'article L. 211-4 modifié par l'Ordonnance du 8 janvier 2009 énonce le principe clair que les titres contenus dans le compte-titres sont présumés appartenir au titulaire du compte. Le législateur a précisé que le titulaire du compte en était propriétaire : il n'est pas un simple créancier de l'établissement teneur de compte. Le nouvel article L. 211-16 du *Code monétaire et financier* énonce que « nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits ». La protection de l'article 2276 du Code civil est ainsi officiellement écartée en matière de titres financiers<sup>966</sup>. Le titulaire du compte-titres est protégé par le droit de propriété qui est reliée à l'inscription en compte. Le transfert de propriété résulte de l'inscription au compte-titres de l'acquéreur selon l'article L. 211-17, alinéa 1 du *Code monétaire et financier*, sauf dérogation au jour

---

<sup>963</sup> F.-X. LUCAS, préc., note 933, n° 20-22; V. MERCIER, préc., note 721, n° 112, p. 65 et 66; V. ALLEGAERT, préc., note 678.

<sup>964</sup> V. MERCIER, préc., note 721, n° 115, p. 67.

<sup>965</sup> Article nouveau L. 211-15 du C. monét. et fin.; J.-J. DAIGRE et P. PAILLER, préc., note 690, n° 30.

<sup>966</sup> Sauf application résiduelle dans un cas particulier où les actions non cotées n'étaient pas inscrites en compte, ni inscrites dans les registres de l'émetteur : Com., préc., note 696; P. LE CANNU et B. DONDERO, préc., note 696; M. DUBERTRET, préc., note 696; R. LIBCHABER, préc., note 696.

du paiement du prix dans un système de règlement et de livraison qui prévoit un dénouement irrévocable en continu (alinéa 2 dudit article).

**293.** Le projet de directive européenne d'harmonisation des titres aurait pour effet de revenir sur cette notion de propriété des titres en qualifiant le droit de l'investisseur final de droit de créance appliquant ainsi le modèle anglo-saxon que l'on trouve aux États-Unis et au Québec dans la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*<sup>967</sup>, qui est précisément une loi d'harmonisation avec les autres provinces canadiennes-anglaises. La place parisienne semble réticente face à un tel projet d'harmonisation qui risquerait de créer des difficultés lors de la revendication des investisseurs dans un contexte de procédure collective ouvert à l'encontre du dépositaire des comptes-titres<sup>968</sup>.

**294.** Aussi, la nature incorporelle des instruments financiers (qui comprennent les valeurs mobilières) est proclamée comme une quasi-certitude, une sorte d'évidence, pour la majorité de la doctrine française<sup>969</sup>. Nous souscrivons bien entendu à cette analyse. En effet, les instruments financiers dématérialisés sont désormais représentés par un signe : l'écriture en compte. Ils représentent des droits mobiliers qui ne peuvent être perçus par les sens, comme le permet un bien meuble corporel. A l'instar d'une auteure<sup>970</sup>, l'inscription en compte n'est pas la valeur mobilière car c'est la souscription qui crée les droits que sont les valeurs mobilières. Le droit du souscripteur préexiste à l'inscription en compte, elle n'est que la condition d'exercice des droits attachés à la valeur mobilière<sup>971</sup>. Enfin, l'inscription en compte n'est qu'une condition de preuve et d'opposabilité à la personne morale émettrice et aux tiers du droit de propriété sur la valeur mobilière.

---

<sup>967</sup> L.T.V.M., préc., note 172.

<sup>968</sup> S. SAINT PE, préc., note 467.

<sup>969</sup> Renvoi à la note 955.

<sup>970</sup> Anne-Laure ARCHAMBAULT, *La nature juridique des valeurs mobilières*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris I, 1998, n° 289, p. 82.

<sup>971</sup> F.-X. LUCAS, préc., note 933, n° 21.



c) L'inscription en compte : fonctions probatoire et d'opposabilité

**295.** Les caractères probatoire et non acquisitif de l'inscription en compte ont été affirmés par la jurisprudence qui a retenu, à propos de l'inscription d'une cession d'actions sur le registre des mouvements ouvert dans les livres d'une société, une présomption simple de propriété des titres au profit de la personne inscrite<sup>972</sup>. Par ailleurs, l'inscription en compte est devenue, depuis les dernières réformes en la matière, l'événement clef qui permet de fixer la date du transfert de propriété des valeurs mobilières. L'article L. 211-17 (modifié par l'Ordonnance du 8 janvier 2009) du *Code monétaire et financier* est rédigé clairement en ce sens. Cela ne signifie pas nécessairement que l'inscription en compte soit translatrice de propriété ou acquisitive<sup>973</sup>. Toutefois, à la lecture de l'article L.211-17 du *Code monétaire et financier* et des opinions de la doctrine et des solutions rendues dans les décisions précitées, cette inscription en compte a une triple fonction<sup>974</sup> : 1) elle détermine l'opposabilité des transferts de valeurs à l'égard des tiers, c'est-à-dire à l'égard de la société émettrice et des autres tiers, au même titre que les formalités de la cession de créances prévues à l'article 1690 du Code civil, 2) elle fait présumer<sup>975</sup> la propriété acquise de bonne

<sup>972</sup> Com., 10 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 186, D. 1999.89, note Causse; Com., 22 oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés* 2003.1.50, 59, J.C.P. éd. E. 2003.11.398, note Danis-Fatôme; Com., 29 janv. 2008, *Bulletin Joly Sociétés*, préc., note 679; *Contra* : Com., 29 janv. 2008, *Bulletin Joly Bourse*, préc., note 679.

<sup>973</sup> Audrey COLIN, « La transmissibilité des instruments financiers à terme », *Gaz. Pal.* 2007.9; L. D'AVOUT, préc., note 699, n° 3; J.-J. DAIGRE et P. PAILLER, préc., note 690, n° 30.

<sup>974</sup> Com., 29 janv. 2008, *Bulletin Joly Sociétés*, préc., note 679 : Les juges retiennent la fonction probatoire du transfert de propriété des titres envers les tiers. La Cour de Cassation a simplement précisé que cette inscription n'avait pas pour fonction d'informer les tiers « des imperfections susceptibles d'affecter les droits » de l'actionnaire. En effet, en l'espèce, l'inscription en compte sur les livres des mouvements de la société comportait en marge la mention de l'assignation tendant à l'annulation de la cession des actions. La Cour de cassation a dès lors déclaré que l'inscription en compte ne devait pas être assortie d'une telle mention, ce qui se justifie pour des raisons notamment de sécurité juridique et économique. A l'évidence, l'inscription en compte ne devrait pas servir de prétexte pour divulguer des informations malveillantes ou hasardeuses qui entacheraient, probablement, le sérieux de la cession des titres en faisant naître notamment des doutes sur la réalité des droits des actionnaires.

<sup>975</sup> L'article L. 211-17 al. 1 du C. monét. et fin. ne précise pas la nature exacte de cette présomption. Toutefois, seul le propriétaire de bonne foi peut invoquer cette présomption. Ainsi, la mauvaise foi et même l'erreur matérielle pourraient renverser la présomption simple de propriété des titres financiers : dans ce sens, L. D'AVOUT, préc., note 699, n° 3; J.-J. DAIGRE et P. PAILLER, préc., note 690, n° 30; Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, « La réforme des instruments financiers », *RTD com.* 2009.380; Régis FOY, « Identification des actionnaires », dans *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, fas. 1856, Paris, Édition du Juris-Classeur,

foi par l'acheteur ou le titulaire des titres financiers à l'égard des tiers et entre les parties la propriété des titres, 3) elle fixe la date à laquelle intervient le transfert de propriété des titres à l'égard des tiers sauf dérogation prévue à l'article L. 211-17 alinéa du *Code monétaire et financier*.

**296.** Le droit québécois a connu lui aussi le même mouvement de dématérialisation des valeurs mobilières mais n'a pas totalement évacué la théorie de l'incorporation.

## 2) Les valeurs mobilières et les actifs financiers selon le droit québécois

**297.** La *Loi sur les valeurs mobilières*<sup>976</sup> prévoyait le transfert des valeurs mobilières par tradition ou remise matérielle du titre (titre au porteur) ou par inscription auprès d'une Chambre de compensation de valeurs. Très récemment, la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*<sup>977</sup> est intervenue pour régir « certains aspects de droit privé relatifs au transfert de valeurs mobilières et à l'obtention de titres intermédiés sur des actifs financiers<sup>978</sup> ».

**298.** Cette nouvelle loi ne formule pas de définition précise des valeurs mobilières ou des actifs financiers ; elle propose une catégorie extensive et prévoit leurs transferts selon de nouvelles conditions. En effet, comme le droit français, la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* propose une liste de valeurs mobilières<sup>979</sup>. Par exemple, sont considérés comme des valeurs mobilières; les actions, les titres de participation, les obligations et, en sont exclus<sup>980</sup> notamment les lettres de changes, les billets de dépôt, les contrats à terme de valeurs mobilières ou de marchandises. La négociabilité des valeurs mobilières n'est pas forcément un critère distinctif selon la *Loi sur*

---

2011, n° 29 et 30. *Contra* M. DUBERTRET et D. MANGENET, préc., note 695, n° 18; M. DUBERTRET, préc., note 696 : en faveur d'une présomption irréfragable à l'égard des tiers

<sup>976</sup> L.V.M., préc., note 456.

<sup>977</sup> L.T.V.M., préc. note 172.

<sup>978</sup> *Id.*, art. 1.

<sup>979</sup> *Id.*, art. 10 et 11.

<sup>980</sup> *Id.*, art. 14-17.

*le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*<sup>981</sup>. Selon l'article 10 (L.T.V.M.), les valeurs mobilières sont des actions, titres de participation ou des obligations. Leur existence peut être constatée par un certificat au porteur ou nominatif. Elles peuvent être également être dématérialisées en étant simplement inscrites dans les registres de transferts tenus par son émetteur (art. 10, (1) L.T.V.M.). Comme en droit français qui vise les instruments financiers, les actifs financiers (visés à l'article 12 L.T.V.M.) regroupent une catégorie plus large<sup>982</sup> que celle des valeurs mobilières notamment les soldes créditeurs de comptes de titres ou des biens considérés comme des actifs financiers au terme d'une entente conclue entre l'intermédiaire en valeurs mobilières et le titulaire du compte de titres. Avec le temps, cette catégorie tend à s'élargir du fait notamment des préoccupations environnementales. Les droits d'émission de gaz à effet de serre concentrés sous la forme de quotas sont un exemple de biens incorporels de nature particulière qui pourraient être assimilés, dans un futur proche, à des actifs financiers puisqu'ils sont négociables, échangeables sur un marché réglementé et inscrits en compte<sup>983</sup>.

---

<sup>981</sup> *Id.*, art. 10.3 et 14.2.

<sup>982</sup> *Id.*, art. 12 :

Sont des actifs financiers au sens de la présente loi les biens suivants:

1° les valeurs mobilières;

2° les actions, titres de participation ou obligations d'une personne qui, sans être des valeurs mobilières, sont négociables sur les marchés de capitaux ou sont une forme d'investissement au lieu où ils sont émis ou négociés;

3° les biens à l'égard desquels un intermédiaire en valeurs mobilières a expressément convenu avec le titulaire d'un compte de titres qu'ils devaient être considérés comme des actifs financiers visés par la présente loi;

4° les soldes créditeurs de comptes de titres tenus par un intermédiaire en valeurs mobilières, sauf dans les cas où l'intermédiaire a expressément convenu avec le titulaire d'un compte de titres que les soldes de ce compte ne devaient pas être considérés comme des actifs financiers visés par la présente loi.

<sup>983</sup> Tout comme l'Union européenne et la France comme Etat membre, le Québec a inscrit sa politique environnementale dans le cadre du protocole de Kyoto de 1990. A ce titre, un projet de règlement a été déposé le 7 juillet 2011 visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) aux termes de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2. Le projet de règlement vise la mise sur pied d'un système de plafonnement et d'échange (PEDE) de droits d'émission de gaz à effets de serre. Les émetteurs de secteurs industriels et les distributeurs de carburant sont les émissions atteignent ou dépassent un certain seuil devront couvrir leur émission et respecter des quotas. Ces quotas pourront être cédés aux enchères ou de gré à gré. Actuellement, existe le Marché climatique de Montréal, une véritable Bourse du carbone est à l'état de projet. La Fondation David Suzuki et Équiterre ainsi que l'Association des économistes québécois ont déposé des rapports suite à ce projet de règlement : COMITE DES POLITIQUES PUBLIQUES, ASSOCIATION DES ECONOMISTES QUEBECOIS, Lettre adressée à Guylaine Bouchard du Bureau des changements climatiques, 6 septembre 2011,

**299.** Les valeurs mobilières peuvent être au porteur, nominatives ou dématérialisées (sans certificat). Leur transfert se réalise soit par tradition<sup>984</sup> qui vaut possession (valeur mobilière au porteur), soit par tradition et endossement (valeur mobilière nominative), soit par inscription<sup>985</sup>. Lorsque la valeur mobilière n'est pas représentée par un certificat, l'acquéreur doit justifier d'une maîtrise, par inscription dans les registres de l'émetteur ou par accord de maîtrise (art. 56 et 57). Les valeurs mobilières ou les actifs financiers peuvent être détenus directement ou indirectement par un intermédiaire financier habilité à cette fin, les titres sont dits intermédiés. Leur transfert doit alors faire l'objet d'une inscription auprès de l'intermédiaire et d'une autre inscription auprès d'un dépositaire central (CDS au Canada).

**300.** La matérialité des créances représentées par un titre, sur support papier, a permis d'assimiler le gage sur des valeurs mobilières à un gage sur des biens corporels. Sous l'empire de la loi ancienne sur les valeurs mobilières, la théorie de l'incorporation a permis cette assimilation. Même sous l'ancien *Code civil du Bas Canada*, les tribunaux avaient consacré la théorie de l'incorporation du droit dans le titre notamment dans l'affaire *Pesant v. Pesant*<sup>986</sup>, où il avait été jugé que le titre de créance pouvait être considéré comme une chose corporelle au sens de l'article 776 de l'ancien code. Ensuite, un

---

en ligne : <<http://www.economistesquebecois.com/files/documents/dl/75/lettre-6sept-2011-final.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012) et FONDATION DAVID SUZUKI et ÉQUITERRE, *Assurer l'intégrité environnementale du système québécois de plafonnement et d'échange pour les émissions de gaz à effet de serre*, 9 septembre 2011, en ligne : <[http://www.davidsuzuki.org/fr/publications/telechargements/2011/Système de quotas et d'échange - français.pdf](http://www.davidsuzuki.org/fr/publications/telechargements/2011/Système%20de%20quotas%20et%20d'échange%20-%20français.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012). Cette question d'échange ou de cession de quotas de CO2 est toujours d'actualité notamment pour la province de Québec en dépit du retrait récent du Canada : Jean-Maurice ARBOUR et Sophie LAVALLÉE, « Le Canada peut-il invoquer sa propre turpitude pour justifier sa dénonciation du Protocole de Kyoto ? », *Le Devoir*, 4 janvier 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/environnement/actualites-sur-l-environnement/339483/le-canada-peut-il-invoquer-sa-propre-turpitude-pour-justifier-sa-denonciation-du-protocole-de-kyoto>> (site consulté le 4 mai 2012); Pascale GUERICOLAS, « Trois questions à Sophie Lavallée. Sur les conséquences de la décision du gouvernement Harper de se retirer du protocole de Kyoto », *Au fil des événements*, 12 janvier 2012, en ligne : <<http://www.aufil.ulaval.ca/articles/trois-questions-sophie-lavallee-33325.html>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>984</sup> La loi 47 parle de livraison ou de maîtrise pour les valeurs mobilières avec certificat, L.T.V.M., art. 50 et 55.

<sup>985</sup> *Id.*, art. 55 et 85.

<sup>986</sup> *Pesant v. Pesant*, [1934] S.C.R. 249.

mouvement en faveur de la dématérialisation s'est manifesté dans le milieu des affaires<sup>987</sup>. Dans le cadre de la Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada, le Québec a été contraint d'aligner sa législation provinciale sur celles des autres provinces selon les critères retenus par la *loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières*.

**301.** La L.T.V.M.<sup>988</sup> confirme ce mouvement. Cette loi, au contenu complexe, maintient toutefois la tradition (appelée « livraison ») comme mode de transfert des valeurs mobilières représentées par un titre (articles 55 et 56 de ladite Loi). La théorie de l'incorporation n'a donc pas totalement disparu. Parallèlement, l'inscription en compte tient la vedette pour les valeurs mobilières sans certificat ou les titres intermédiés. Ainsi, l'inscription en compte qui permet tant le transfert des valeurs mobilières ou des titres intermédiés que le gage des valeurs mobilières, reste une notion centrale. La majorité des gages sur des valeurs mobilières et sur des titres intermédiés feront l'objet d'une inscription en compte soit auprès de l'émetteur, soit auprès du courtier en valeur mobilière et du dépositaire central (CDS, au Canada). Le gage sur des valeurs mobilières ou des actifs financiers peut, comme en droit français pour d'autres raisons, faire l'objet de spéculations compte tenu du silence du législateur québécois sur certains points comme sur la notion de propriété des valeurs ou des titres ou sur le gage sur des conventions d'épargne qui ne seraient visées par les dispositions de la L.T.V.M. D'autant que le phénomène de la matérialisation du gage, soutenu par une certaine doctrine<sup>989</sup>, affirmé par la jurisprudence *Val-Brillant*, conforté par les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* et de la loi nouvelle sur le transfert de valeurs mobilières<sup>990</sup> ne fait qu'alimenter la confusion séculaire entre l'objet et le droit.

---

<sup>987</sup> ASSOCIATION CANADIENNE DES MARCHÉS DES CAPITAUX, *Livre blanc sur la dématérialisation*, 31 octobre 2001.

<sup>988</sup> L.T.V.M. préc., note 172.

<sup>989</sup> L. PAYETTE, préc., note 84 et M. DESCHAMPS, préc., note 380.

<sup>990</sup> L'insertion à l'article 2702 du mot « matérielle » après les vocables « remise » et « détention » (article 135 du Projet de loi 47, préc., note 172) marque à nouveau la matérialité du gage de valeurs mobilières. Concernant le gage sur des valeurs mobilières représentées par un certificat, la livraison du titre (plus endossement si certificat nominatif) entre les mains vaut dépossession (art. 55 L.T.V.M.). Toutefois, la loi assimile la dépossession à la maîtrise : L.V.T.M., art. 55 et 56 et art. 2714.1 C.c.Q. Lorsque le gage concerne des valeurs mobilières non représentées par un certificat, une inscription auprès du registre de l'émetteur ou

**302.** La matière relève du paradoxe. D'un côté, la nature incorporelle<sup>991</sup> des valeurs mobilières est largement reconnue par la doctrine dominante<sup>992</sup>, de l'autre, les valeurs mobilières demeurent malheureusement soumises au diktat d'une matérialisation tenace lorsqu'elles font l'objet d'un transfert ou d'un gage. La théorie de l'incorporation du droit dans le titre ne semble donc pas entièrement révolue au Québec. Pour preuve, le gage par livraison est possible pour les valeurs mobilières détenues indirectement et même si le titre n'est pas négociable (art. 2714.7 C.c.Q.).

**303.** Comme nous l'avons déjà indiqué, plusieurs points obscurs demeurent. La loi reste volontairement floue sur la question de la propriété des droits et sur la qualification en biens incorporels des valeurs mobilières. En effet, il n'est pas question dans la loi, de l'aveu même des légistes, de qualifier « le titulaire » ou « l'acquéreur de titres ou de valeurs mobilières » de propriétaire. En effet, la question juridique de la propriété des valeurs mobilières ou des titres dits intermédiés a été volontairement évincée par le législateur<sup>993</sup>. D'ailleurs, « l'acquéreur de droits » pourrait être un acheteur ou bien un créancier gagiste<sup>994</sup>.

---

un accord de maîtrise sont nécessaires rendre la gage valide et opposable aux tiers. La dépossession matérielle a été clairement remplacée par le concept intellectuel de maîtrise. Pour le gage de titres intermédiés, le créancier doit justifier de la maîtrise des titres soit en étant titulaire du compte titre, soit en justifiant d'un accord de maîtrise. Encore une fois, l'intellect, la maîtrise, a pris le pas sur le corps, la dépossession matérielle : articles 2714.1, 2714.2 et 2714.7 C.c.Q. et L.V.T.M., préc., note 172, art. 113.

<sup>991</sup> Même si les certificats au porteur sont considérés par certains auteurs comme des meubles corporels car les droits du détenteur se confondraient avec le certificat : Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, n° 13-30. Toutefois, cette qualification n'est plus vraie lorsque dans un système de détention indirecte, la valeur mobilière sera généralement émise au moyen d'un certificat global au porteur déposé auprès du dépositaire central : en ce sens, M. JANNELLE, préc., note 406, p. 15-17.

<sup>992</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 8; S. NORMAND, préc., note 8; Y. EMERICH, préc., note 166; Y. EMERICH, préc., note 854; M. JANNELLE, préc., note 406, p. 12-18; É. LAMBERT, préc., note 431, p. 316-344.

<sup>993</sup> QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 15h00 (M. Lévesque). QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 422, 17h30 (M. Charbonneau), intervention claire en ce sens. Dans ces conditions, aucun amendement n'a été déposé en vue de modifier l'article 107 du Projet de loi 47, préc., note 172.

<sup>994</sup> L.T.V.M., art. 6.

**304.** En bref, les droits français et québécois ont une démarche sur certains points comparable et souffrent parfois des mêmes contradictions. Les valeurs mobilières et les instruments financiers sont consacrés comme des biens meubles incorporels et, même parfois, sont des biens corporels lorsqu'ils sont représentés par un titre en vertu de la théorie de l'incorporation. Ces biens peuvent faire l'objet de transfert, de gage ou de nantissement de compte-titres (dénomination française) au moyen de l'inscription en compte. Toutefois, la propriété des créances reste tabou<sup>995</sup> au Québec. En revanche, la France a fait une avancée considérable récemment en consacrant dans son Ordonnance du 8 janvier 2009 la propriété des titres au profit du titulaire du compte-titres, en créant une présomption de titularité et en le protégeant de toute revendication (articles L. 211-4, 16 et 17 du *Code monétaire et financier*). Le droit québécois s'en tient à un modèle d'inspiration anglaise considérant que l'acquéreur détient un droit de créance sans se prononcer sur son droit de propriété alors qu'il lui reconnaît, tout de même, un statut d'acquéreur protégé aux articles 53,110 à 112 L.T.V.M. lui permettant de contrer la revendication des autres créanciers sur ses titres financiers.

**305.** D'autres biens immatériels parviennent aussi à s'imposer au prix d'efforts. La clientèle commerciale mais surtout civile constituent un exemple; elle a mis du temps à se voir consacrer comme un actif pouvant faire l'objet d'un contrat de cession. Les tribunaux français ont tergiversé avant de la reconnaître comme un objet de propriété. L'emploi d'une certaine terminologie permettait, certes, d'admettre un droit de présentation de la clientèle civile. Mais, depuis 2002<sup>996</sup>, la Cour de cassation a désormais passé un cap en admettant la cession de la clientèle civile. Quelques zones d'ombres subsistent cependant. Le Québec, quant à lui, reconnaît la cession de la clientèle civile depuis des décisions récentes. Le respect du libre choix du malade et surtout le droit aux soins permettent aux tribunaux de contrôler la « marchandisation<sup>997</sup> » de la clientèle privée. En revanche, du côté de la cession de la clientèle commerciale, la question de la propriété n'est pas résolue et les tribunaux

<sup>995</sup> Sur ce point, voir nos plus amples développements, B) Les liens imbriqués entre possession et propriété, p. 218.

<sup>996</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 753.

<sup>997</sup> *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 47, par. 27.

préfèrent admettre plutôt la propriété des informations contenues dans les dossiers des clients<sup>998</sup>. Encore une fois, malgré ces difficultés de qualification, force est de constater que tant la clientèle civile que commerciale demeurent être des biens immatériels susceptibles de contrats de cession ou de gage.

### **B) La clientèle (ou l'achalandage)<sup>999</sup> : un bien incorporel consacré**

**306.** En droit français, la clientèle commerciale a subi un traitement préférentiel comparé à la clientèle civile. Cette dernière fut pendant longtemps considérée comme attachée de manière personnelle, « *intuitu personae* » au professionnel, au point d'être regardée comme une chose hors commerce<sup>1000</sup>. Le droit civil a longtemps tournoyé avant d'admettre, par des formules indirectes, la cession de clientèle civile en érigeant le fameux droit de présentation. Récemment, il s'est débarrassé de cette formule, tant critiquée, pour admettre la cession de la clientèle civile, sous réserve du respect de la volonté des clients et dans le cadre d'un fonds libéral. Ces réserves ne doivent pas pour autant nous dissuader de la reconnaissance, encore timide, de la clientèle comme un bien tant il est vrai aujourd'hui

<sup>998</sup> *Théo G. Soucisse Inc. c. Groupe commerce, compagnie d'assurances*, [1997] R.R.A. 393 (C.S.), [1997] n° AZ-97021261.

<sup>999</sup> *Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec Inc.*, REJB 1997-03744, par. 43 et 44 (C.S.). Les deux termes se confondent souvent devant les tribunaux notamment québécois même si les auteurs les distinguent nettement : Jean DERUPPÉ, « Clientèle et achalandage », dans Pierre COUV RAT (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, Paris, P.U.F., 1992, p. 167, à la page 168; René SAVATIER, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Université de Toulouse, Faculté de droit et des sciences économiques, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 365, aux pages 573, 574 et suiv. : L'achalandage prédispose certains éléments du fonds de commerce comme la situation d'un local ou la marque d'un produit, à attirer puis retenir des clients. La clientèle désigne plutôt une collectivité concrète de personnes humaines attirée par le fonds de commerce, mais dénuée de valeur patrimoniale. S. NORMAND, préc., note 8, 192, aux notes 55-57; L. PAYETTE, préc., note 84, n° 1292-1303; É. LABBÉ, préc., note 753, 410, n°2, 5, 10 et 40 : L'achalandage serait un ensemble de moyens utilisés et d'efforts accomplis pour y parvenir, soit retenir et accroître la clientèle. L'achalandage serait une force attractive de l'entreprise soit « [l']ensemble de facteurs attractifs, liés tant aux éléments qui composent le fonds de commerce qu'à leur gestion ».

<sup>1000</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 160, p. 110, à propos d'une clientèle d'avocat; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 1990, Rép. Defrénois 1990.18.1018, note Aubert.



qu'elle se cède par contrat et que sa valeur constitue un actif à inclure lors d'un partage de communauté<sup>1001</sup> ou lors d'une succession<sup>1002</sup> (1).

**307.** Quant au droit québécois, la clientèle civile est aussi devenue, récemment, un bien-objet de propriété pour les professions libérales, sous réserve du respect de la liberté de choix du patient et du droit aux soins. Les tribunaux vérifient, de manière consciencieuse, si les clauses insérées dans les contrats de cession de clientèles civiles, notamment médicales, respectent ces principes d'ordre public. Comparé à la jurisprudence française, le juge québécois opère un contrôle plus serré sur l'effectivité du libre choix du patient. Quant à la clientèle commerciale, objet de contentieux plus abondant, le droit positif admet moins nettement la propriété de la clientèle et préfère davantage s'en tenir à la propriété des informations confidentielles recueillies dans les dossiers clients. Il n'en demeure pas moins que la clientèle commerciale appelée aussi achalandage fait, elle aussi, l'objet de contrats de cession et d'hypothèque en droit québécois, et rejoint ainsi le droit français sur ce point (2).

#### 1) Le droit français

**308.** La validité de la cession de clientèle commerciale n'a pas posé de difficulté aux tribunaux français qui ont toujours considéré que la clientèle commerciale était un élément essentiel du fonds de commerce cédé avec lui. La clientèle commerciale, comme artisanale, est considérée par l'article 1 de la loi du 17 mars 1909, comme un bien dans le commerce. Il a même été admis que la clientèle commerciale d'un concessionnaire automobile était parfaitement cessible ainsi que ses fichiers clients<sup>1003</sup>. Dans la même veine, il a été reconnu

---

<sup>1001</sup> Civ., 12 janv. 1994, préc., note 813; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1996, préc., note 813, n° 2 et 3 :

La clientèle civile créée ou acquise au cours du mariage doit être portée pour sa valeur à l'actif de la communauté : elle ne constitue pas un propre par nature en application de l'article 1404 C. civ. [...] [L]'indivision post-communautaire profite [aussi] des plus values et des fruits de la clientèle civile, et que l'époux dont l'activité a engendré ces plus values et ces fruits peut simplement prétendre à la rémunération de son travail.

<sup>1002</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1993, préc., note 813.

<sup>1003</sup> Paris, 4 oct. 2002, L.P.A. 2003.3, n° 182, note Bertin, p. 4.

qu'un franchisé avait le droit de disposer de la clientèle comme éléments constitutifs de son fonds de commerce<sup>1004</sup>. Tout comme la clientèle commerciale d'un franchisé, le VRP (représentant de commerce) peut lui aussi prétendre à un droit sur la valeur de sa clientèle, sous certaines conditions<sup>1005</sup>. La Cour de cassation, dans cette affaire, a franchi un pas supplémentaire, de « cession de carte de représentant<sup>1006</sup> », à « cession de clientèle<sup>1007</sup> », et en vient à considérer désormais qu'il s'agit d'une « cession de la valeur de la clientèle » du VRP.

**309.** Toutefois, il faut remarquer que, dans ces affaires, la propriété de la clientèle commerciale n'est pas franchement abordée et même soigneusement évitée; les tribunaux préfèrent rattacher la clientèle au fonds de commerce, évitant ainsi de se prononcer directement sur l'existence d'un droit réel sur la clientèle<sup>1008</sup>. Néanmoins, la cessibilité de

<sup>1004</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2002, L.P.A. 2003.3, n° 25, note Marot:

Attendu [...] d'une part, que si une clientèle est au plan nationale attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle crée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls, d'autre part, que le franchiseur reconnaît aux époux Basquet le droit de disposer des éléments constitutifs de leurs fonds.

Agén, 12 juill. 2000, L.P.A. 2003.3, n° 25, note Marot; *Id.*; François AUQUE, « Application du statut des baux commerciaux au franchisé », J.C.P. éd. N. 2002.48.1651.

<sup>1005</sup> Soc., 17 déc. 2002, J.C.P. 2003.II.10157, note Vincente : « Un VRP peut être autorisé à céder la valeur de la clientèle qu'il a apportée, créée ou développée pour son entreprise, sous réserve qu'il renonce au bénéfice de l'indemnité de clientèle à laquelle il peut prétendre et que l'employeur ait donné son accord à ladite cession. »

<sup>1006</sup> Soc., 23 avr. 1960, *Bull. civ.* IV, n° 385 et 386.

<sup>1007</sup> Soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-45574, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007397121&fastReqId=684106045&fastPos=1> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>1008</sup> Les commentateurs partagent cet avis : F. AUQUE, préc., note 1004 :

Par une approche plus économique que juridique du fonds, l'arrêt du 27 mars 2002 estime que la clientèle est nécessairement liée à un support, ce qui fait du propriétaire de l'un des éléments supports, le propriétaire du fonds, sans que l'on ait à s'interroger sur le caractère personnel ou propre de la clientèle.

Soc., préc., note 1005. Plus optimiste, cet auteur reprend l'évolution jurisprudentielle et doctrinale sur la question. Selon lui, jusqu'à la fin des années 1980 :

Les conséquences ne sont pas très claires en ce qui concerne la propriété de la clientèle par exemple, nous n'avons pas relevés dans les décisions publiées de cas ou la juridiction

la clientèle commerciale a été admise clairement, sans l'emploi de formules alambiquées, contrairement à la cession de clientèle civile qui a toujours prêté à discussion, jusqu'à un arrêt récent<sup>1009</sup>.

Les tribunaux considéraient, jusqu'à la décision du 7 novembre 2000 de la Cour de cassation, que la clientèle des professions libérales était hors du commerce<sup>1010</sup> et ne pouvait valablement faire l'objet d'une cession. De manière traditionnelle, les juges annulaient les conventions prévoyant une telle cession sur l'illicéité de leur objet ou pour défaut ou absence de cause<sup>1011</sup>. La cession directe de la clientèle civile était donc prohibée puisqu'elle portait atteinte au libre choix du patient mais surtout cette cession ne pouvait avoir pour objet une masse d'individus, hommes et femmes, « en chair et en os<sup>1012</sup> ». En effet, la clientèle civile dépendait essentiellement du lien de confiance personnelle tissé entre le professionnel libéral et son client. Un tel lien de confiance ne pouvait se transmettre pour les juges. Contrairement à l'activité du commerçant qui mettant en œuvre des moyens techniques et matériels pour exploiter sa boutique ne justifiait pas de ce lien *intuitu personae*, ce qui justifiait que l'on utilisât de préférence le terme achalandage pour la clientèle commerciale. Cet argument perdait de son poids face à l'évolution des pratiques libérales, l'essor de l'exercice en société qui transformait l'homme de l'art, le médecin, l'avocat en un véritable regroupement d'hommes, et surtout celui de moyens techniques et

---

déclare clairement que la clientèle est la propriété de la seule partie qualifiée jusqu'alors de concédant ou de franchiseur. Il semble que la jurisprudence ait quelques scrupules à s'engager dans toutes les conséquences de la déviation qu'elle vient d'établir et qu'elle préfère donc s'en tenir à certaines conséquences qui ne mettent en jeu que les relations des parties au contrat.

En commentant la décision du 27 mars 2002, l'auteur considère clairement que le franchisé est désormais propriétaire de sa clientèle à condition qu'il soit un « vrai chef d'entreprise »; qu'il agisse réellement comme un « commerçant indépendant mettant en œuvre des moyens et une activité à ses risques et périls » : Civ. 3<sup>e</sup>, préc., note 1004.

<sup>1009</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 753.

<sup>1010</sup> Sonia KOLECK-DESAUTEL, « Réflexions sur la cession des clientèles civiles », L.P.A. 2001.24, à la note 1; William DROSS, « La distinction du titre et de la finance en matière de clientèles civiles après l'arrêt du 7 novembre 2000 », D. 2002.759.

<sup>1011</sup> *Id.*

<sup>1012</sup> R. SAVATIER, préc., note 999.

matériels d'envergure. La patrimonialisation ou la dépersonnalisation des clientèles civiles étaient dès lors en marche<sup>1013</sup>.

**310.** Face à cette réalité, la Cour de cassation avait donc atténué cette interdiction en admettant la validité de l'engagement de présenter son successeur à la clientèle civile. Grâce au droit de présentation, les professions libérales pouvaient ainsi céder leurs fichiers-clients, leur local et leur matériel et même pouvaient s'engager à s'abstenir de faire concurrence au nouveau praticien<sup>1014</sup>, à condition de respecter la liberté de choix des clients (!). Dès 1954, la Cour de cassation avait officialisé le contrat de présentation du successeur à la clientèle de professions libérales<sup>1015</sup> tels les médecins, les radiologues ou les chirurgiens dentistes. La jurisprudence avait même admis la cession de clientèle, sous la forme de cessions de parts sociales ou actions, à condition que la liberté de choix pour les clients ne soit pas entravée<sup>1016</sup>. En fait, tout était question de vocabulaire employé dans les actes de cession de présentation et non de cession de clientèle<sup>1017</sup>. Cette jurisprudence essuyait régulièrement les assauts de la doctrine la qualifiant franchement d'hypocrite<sup>1018</sup>. D'autant que la clientèle civile d'un praticien pouvait, dans la pratique courante des affaires se céder par contrat et que sa valeur était un actif à inclure lors d'un partage de communauté<sup>1019</sup> ou lors d'une succession<sup>1020</sup> !

<sup>1013</sup> S. KOLECK-DESAUTEL, préc., note 1010.

<sup>1014</sup> Étonnante contradiction jurisprudentielle puisque la clause de non concurrence paraît contrevenir à la liberté de choix des patients ou clients, leur interdisant de fait de suivre leur ancien professionnel et les obligeant du même coup à fréquenter le nouveau successeur. Voir en ce sens, Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 753; Corinne GALL, « Cession de clientèle et contrat de présentation: antinomie ou pléonasme? », L.P.A. 1997.36.

<sup>1015</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 avr. 1954, J.C.P. 1954.II.8249.

<sup>1016</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 1968, D. 1969.177, note Savatier; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 1995, *Bull. civ.* I, n° 145; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1995, D. 1995.560, note Beignier; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1993, préc., note 813; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1956, D. 1956.523, note Percerou.

<sup>1017</sup> Yvonne MIRTIN-GUILHAUDIS et Jean-Guirec RAFFRAY, « La cession des clientèles civiles: une question réglée? », J.C.P. éd. N. 2003.1483.

<sup>1018</sup> Frédéric ZENATI, « Propriété et droits réels », *RTD civ.* 1994.639, 642; R. SAVATIER, préc., note 999, à la page 566; *Contra* Grégoire LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000.47; Philippe REIGNÉ, « L'avenir d'une fiction juridique: le particularisme des clientèles civiles des professions libérales », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 599.

<sup>1019</sup> Civ., 12 janv. 1994, préc., note 813; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1996, préc., note 813.

<sup>1020</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1993, préc., note 813.

**311.** L'arrêt de la première chambre de la Cour de cassation du 7 novembre 2000 a donc mis un terme à cette jurisprudence, séculaire et critiquée, en admettant clairement la cession de clientèle civile<sup>1021</sup>. Toutefois, deux réserves quant à la cession directe de la clientèle civile ont été formulées par la haute Cour. La première concerne la liberté de choix du patient. Or, le respect de cette règle d'origine déontologique érigée en principe d'ordre public par la Cour de cassation devra être apprécié par les juges du fond, ce qui laisse augurer quelques incertitudes sur son étendue. Néanmoins, dans une récente décision, la Cour de Cassation<sup>1022</sup> a validé une convention singulière par laquelle une maison de retraite concédait à titre onéreux l'exercice privilégié, dans ses locaux, des actes infirmiers sur ses pensionnaires. La clause prévoyant expressément la possibilité d'un choix contraire des pensionnaires quant aux recours aux infirmiers est apparue suffisante aux yeux des juges suprêmes alors qu'elle semble être, eu égard à la situation, une clause formelle<sup>1023</sup> puisque son effectivité paraît compromise. A l'instar d'un auteur, les pensionnaires d'une maison de retraite vraisemblablement âgés, isolés et, semble-t-il, pas suffisamment informés pourraient difficilement se prévaloir de leur liberté de choisir d'autres professionnels<sup>1024</sup>. Ce principe du respect du choix du patient fera sûrement et prochainement l'objet de quelques précisions apportés par les juges du fond français, à moins qu'ils s'en tiennent à une simple formalité devenant même une clause de style à insérer simplement dans les contrats de cession ou de concession de clientèle civile.

La deuxième réserve de la Cour de cassation concerne l'emploi de l'expression « fonds libéral » à l'appui de sa solution, ce qui fait planer un nuage gris sur cette mini révolution. Sans aucun doute et à l'instar d'une doctrine avisée<sup>1025</sup>, nous pensons que la clientèle civile tout comme la clientèle commerciale, en considérant leur force d'attraction, sont des

<sup>1021</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 753.

<sup>1022</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 2007, *Bull. civ. I*, n° 24.

<sup>1023</sup> Thierry REVET, « Le développement progressif de la commercialité de la clientèle civile », *RTD civ.* 2008.123.

<sup>1024</sup> Soraya AMRANI-MEKKI, « Droit des contrats », D. 2007.2966.

<sup>1025</sup> Marie-Ange HOUTMANN, « La fin d'un tabou : la cessibilité de la clientèle civile », L.P.A. 2002.15, n° 4; Civ. 3<sup>e</sup>, préc., note 1004; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, Rép. Defrénois 2001.6.431, n° 1, note Libchaber; S. KOLECK-DESAUTEL, préc., note 1010; Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 753; Thierry REVET, « La cessibilité de la clientèle agricole », *RTD. civ.* 2009.748.

biens<sup>1026</sup>. Toutefois, l'erreur de la décision commentée<sup>1027</sup> et de la loi<sup>1028</sup> consiste à avoir attachée la clientèle commerciale et la clientèle civile aux fonds de commerce ou libéral et, non à la personne du commerçant ou du professionnel libéral. La clientèle ainsi dépersonnalisée devient un bien qui fait, malheureusement, selon la jurisprudence précitée, partie du fonds et, est négociable avec lui<sup>1029</sup>. Cette dépersonnalisation achevée s'est trompée de rattachement. De l'opinion d'un auteur<sup>1030</sup>, la décision de la Cour de cassation du 7 novembre 2000 est critiquable sur ce point; elle n'a pas su « se démarquer suffisamment de la jurisprudence rendue en matière de fonds de commerce » et à « procéder à un clonage pour créer le fonds libéral<sup>1031</sup> », il est vrai, sous l'impulsion d'une partie de la doctrine<sup>1032</sup>. En effet, ces auteurs ont incité la Cour à modifier sa position traditionnelle en ayant recours à une fiction<sup>1033</sup>, celle du fonds libéral. Grâce au recours à la technique du fonds libéral qui remplacerait le droit de présentation, la Cour permet de sauver les apparences et autorise à « manipuler la clientèle sans le dire expressément<sup>1034</sup> ».

**312.** Cette décision jurisprudentielle reste donc paradoxale : elle admet la cession pure et simple d'une clientèle civile à condition qu'elle se réalise à l'occasion de la constitution ou la cession d'un fonds libéral. Malgré les termes employés par les tribunaux qui ont fait preuve d'un « verbalisme pudique<sup>1035</sup> », les clientèles civiles sont des biens<sup>1036</sup>

<sup>1026</sup> *Contra* F. AUQUE, préc., note 1004.

<sup>1027</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 1025.

<sup>1028</sup> *Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, préc., note 182.

<sup>1029</sup> M.-A. HOUTMANN, préc., note 1025, n° 4.

<sup>1030</sup> François VIALLA, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Paris, Litec, 1999, p. 288 et 289.

<sup>1031</sup> Expression empruntée au professeur Thierry REVET, « Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce », *RTD civ.* 1991.1008, à propos du fonds artisanal créé sur le modèle du fonds de commerce.

<sup>1032</sup> Pascal JULIEN, « Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité », *RTD civ.* 1963.213; Jean-Jacques DAIGRE, « Du fonds libéral en général », dans *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, 1997, p. 191; F. VIALLA, préc., note 1030.

<sup>1033</sup> L'artifice de l'attachement de la clientèle au cabinet est trop évident et masque la seule source réelle de la clientèle qui se trouve être la force de travail : T. REVET, préc., note 722, n° 487 et 488, p. 539-541.

<sup>1034</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 1025, n° 2.

<sup>1035</sup> R. SAVATIER, préc., note 999, à la page 566, à propos de l'ancienne jurisprudence sur le droit de présentation.

<sup>1036</sup> De cet avis, Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 1025, n° 1 :

Certains auteurs demeuraient attachés à l'orthodoxie de la patrimonialité limitée, quand d'autres désiraient rompre avec l'hypocrisie en vigueur pour admettre en droit les réalités

immatériels susceptibles d'appropriation comme de cession, voire même de nantissement. Le nantissement du fonds de commerce<sup>1037</sup> comme du fonds artisanal<sup>1038</sup> est admis, il ne restera plus au législateur que de le consacrer pour le fonds libéral. Toutefois, il serait plus juste de libérer l'emprise du fonds sur le bien-clientèle qui est un objet de propriété à part entière et prévoir ainsi sa cession et son nantissement. À cet égard, il serait souhaitable de la concevoir non pas comme une masse d'individus, mais plutôt comme un « système d'attraction<sup>1039</sup> », une force d'attraction ou un « pouvoir attractif de clients<sup>1040</sup> », voire même une force de travail libéral<sup>1041</sup>.

## 2) Le droit québécois

**313.** Le droit québécois a rencontré des vicissitudes jurisprudentielles comparables à celles que la France a connues ces dernières années, mais d'une ampleur moins importante. En effet, les litiges concernant les clientèles civiles sont moins abondants que ceux concernant la clientèle commerciale. On pourrait, *a priori*, penser que la clientèle commerciale tient, seule, la vedette mais ce serait sans compter sur la tendance jurisprudentielle actuelle qui se dessine très nettement au Québec.

---

socio-économiques. Parmi ces derniers, eux tendances se dessinaient. La première, faisait fond sur l'unité foncière de la notion de clientèle, demandait sa prise en compte propre, débarrassée de tout vêtement d'accompagnement : une clientèle pouvant être considérée comme un bien, certes incorporel, il importe de la reconnaître comme telle pour a soumettre aux opérations qui gouvernent normalement des biens.

Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 47: « Ainsi, l'arrêt du 7 novembre 2000, appréhende le facteur personnel d'attraction des clients civils sous une terminologie qui manifeste clairement que le principe est, désormais, sa qualité de bien »; S. KOLECK-DESAUTEL, préc., note 1010 :

La clientèle est dès lors susceptible d'appropriation; elle est un objet de droit parce qu'elle est une valeur. Or, à partir du moment où une production de l'activité humaine est profitable, cette production constitue une chose susceptible d'appropriation. La clientèle constitue un bien qui peut donc s'insérer dans le droit de la vente.

M.-A. HOUTMANN, préc., note 1025; *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 25, § 58, n° 63, cité par P. BERLIOZ, préc., note 8, n° 357; p. 107; P. BERLIOZ, préc., note 8, n° 360, p. 107, citant Civ., 30 juin 2004, *Bull. civ. I*, n° 195, n° 195 et 368; *Contra* F. AUQUE, préc., note 1004.

<sup>1037</sup> Texte initial de la *Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, préc., note 182, inséré sous l'article L. 142-2 C. com.

<sup>1038</sup> *Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat*, préc., note 272.

<sup>1039</sup> François VIALLA, « Clientèle », *Rép. civ.* 2003 n° 108.

<sup>1040</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 753; P. BERLIOZ, préc., note 8, n° 363 et 368, p. 107.

<sup>1041</sup> T. REVET, préc., note 722.

**314.** La cession de la clientèle civile est désormais admise, sous réserve du respect du libre choix du patient et du droit aux soins. Cependant, la question de la propriété de la clientèle s'est, paradoxalement, jouée à l'occasion du contentieux concernant les clientèles commerciales. Ainsi, le sort des clientèles civiles s'est réglé davantage selon l'examen de la légalité des clauses de non-concurrence ou de restrictions des soins de santé. Aussi, la question de la propriété du bien-clientèle (au sens de clientèle civile) n'a pas fait l'objet de nombreux débats d'ordre doctrinal ou jurisprudentiel. Dans un premier mouvement des tribunaux, la cession des clientèles civiles a été rejetée brutalement, car portant sur des choses hors commerce, reprenant ainsi les mêmes arguments que ceux développés en France. Ensuite, la cession fut admise assez rapidement, une fois réglée le respect du libre choix et du droit aux soins du patient (a). L'avancée prétorienne française a eu très certainement une influence positive sur la nouvelle position des tribunaux québécois<sup>1042</sup>. La propriété semble donc désormais consacrée pour la clientèle civile. En ce qui concerne la clientèle commerciale, la réponse est plus nuancée (b).

#### a) La clientèle civile au Québec : un sort enviable

**315.** La jurisprudence québécoise concernant la cession de clientèle lors de convention de vente de sociétés de professionnels de la santé est peu abondante, mais reste brillante par sa concision et la justesse de son analyse.

**316.** Dans un premier temps, les tribunaux ont longtemps refusé de reconnaître les clauses de non-concurrence entre médecins, « traçant ainsi une limite claire entre le contexte commercial (domaine de la liberté contractuelle) et le contexte professionnel, où règne l'ordre public<sup>1043</sup> ». Dans un premier jugement en 1958, la Cour supérieure<sup>1044</sup> en

---

<sup>1042</sup> La juge a cité l'évolution de la jurisprudence française ainsi que les avis de la doctrine sur la cession de clientèle civile à l'appui de sa motivation dans la décision *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 47, par. 39-44.

<sup>1043</sup> *Id.*, par. 44.



considérant que la clientèle civile constituait un bien hors commerce a dès lors annulé la clause de non-concurrence au motif qu'elle imposait une limitation illégale du droit d'un patient de choisir librement un professionnel de la santé.

**317.** En 1978, dans *Jeanty c. Labreque*<sup>1045</sup>, la Cour supérieure a décidé qu'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de cession d'une clientèle médicale était invalide puisque contraire à l'ordre public. Dans cette affaire, la Cour a considéré que :

La clientèle d'un professionnel de la santé et les dossiers des patients sont des choses hors commerce. Quant à la clientèle, elle devient acquise au médecin par le libre choix exercé par le patient en raison de la compétence du médecin et de la confiance qu'il inspire. Le patient ne peut être transféré sans son consentement.

**318.** Plus récemment, deux jugements de la Cour supérieure sont revenus sur cette jurisprudence hostile à la cession de clientèle civile. La Cour a admis la validité de la cession de la clientèle civile dans le cadre d'une vente d'entreprise. Dans *Lévesque c. Théberge*<sup>1046</sup>, les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation ont été admises entre dentistes lors de la vente d'une clinique privée. Dans *Valiquette c. Valiquette*<sup>1047</sup>, la Cour supérieure a décidé que la clientèle d'une clinique dentaire pouvait être considérée comme un bien pouvant faire l'objet d'une vente et être hypothéquée comme un bien incorporel. Aucune clause d'interdiction de traiter les patients n'était en cause dans cette affaire. La Cour supérieure a ainsi reconnu la propriété des dossiers des patients au bénéfice du dentiste<sup>1048</sup> s'appuyant ainsi sur sa propre jurisprudence rendue<sup>1049</sup> dans le cadre de résiliation de contrats de location et de gestion entre optométristes. Dans une autre affaire qui ne concernait pas directement la cession de la clientèle civile, la Cour s'était en effet

---

<sup>1044</sup> *T. c. B.*, [1958] C.S. 587, 593 : La Cour supérieure a fait la distinction entre les clauses de non-concurrence qui interviennent dans le contexte industriel ou commercial et celles qui sont conclues entre des professionnels de la santé.

<sup>1045</sup> *Jeanty c. Labreque*, [1978] C.S. 463.

<sup>1046</sup> *Lévesque c. Théberge*, [2005] n° AZ-50320438 (C.S.).

<sup>1047</sup> *Valiquette c. Valiquette*, préc., note 47, par. 21-23.

<sup>1048</sup> *Id.*, par. 22.

<sup>1049</sup> *Albert c. Brien*, [2000] R.J.Q. 1430 (C.S.).

prononcée clairement sur la propriété des dossiers des patients au profit d'une clinique d'optométrie. Cette position rejoignait celle de la Cour suprême<sup>1050</sup>.

**319.** La Cour d'appel, quant à elle, a eu à se prononcer à deux reprises sur la question. Dans *Lévesque c. Théberge*, la clause de restriction des soins a été jugée illégale car contraire à l'ordre public. Les dentistes ne peuvent donc insérer dans le contrat de cession de clientèle une « interdiction d'accepter sans réserve la clientèle cédée<sup>1051</sup> ». Dans *Mirarchi c. Lussier*<sup>1052</sup>, la Cour d'appel - au terme d'un arrêt fort motivé et documenté, notamment sur le droit positif français - a procédé à l'examen de la légalité de la clause de non-concurrence et notamment celle concernant l'interdiction de soins aux patients. La Cour a considéré, compte tenu du contexte et de la finalité de la clause restrictive de soins, qu'elle était illégale et devait être retranchée du contrat de vente. Le « contexte de la clause eu égard à la professionnalisation des services de santé et sa finalité eu égard à la

---

<sup>1050</sup> La Cour suprême a aussi eu à se prononcer sur l'appartenance des dossiers des patients lors de litiges entre professionnels. Le juge LaForest dans l'arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, par. 146 et 150, a déclaré que « le médecin, l'établissement ou la clinique qui constitue le dossier médical est propriétaire du dossier en tant que support » et que « les renseignements qu'une personne divulgue au sujet d'elle-même au médecin, dans le cadre de sa pratique, continue fondamentalement de lui appartenir ».

<sup>1051</sup> *Théberge c. Lévesque*, 2007 QCCA 898, par. 47-51, [2007] R.J.Q. 1482 :

[47] Outre les moyens invoqués par l'appelant, se pose la question de savoir si les clauses d'interdiction du contrat respectent vraiment le libre choix du patient. Interrogées à l'audience sur ce point, les parties ont peu élaboré. À leur décharge, l'arrêt de la Cour dans *Mirarchi c. Lussier*, 2007, QCCA 284, n'était pas encore rendu.

[48] La présente affaire illustre bien qu'une clinique dentaire s'apparente à une véritable entreprise commerciale. Même l'exercice des "professions libérales", suivant l'expression un peu surannée, suit la même tendance. On y discute de rendement sur le capital, de développement des affaires, de financement à court et à long terme, d'acquisition, de fusion, de vente d'entreprises, etc.

[49] D'où l'importance de l'arrêt *Mirarchi* qui rappelle les limites du business dans le domaine de la santé. Les patients sont plus que de simples clients. Les professionnels qui les traitent doivent s'en soucier dans leurs transactions d'affaires et les interdits de concurrence lorsqu'ils vendent leur entreprise doivent respecter le droit du patient au libre choix de son médecin, de son dentiste, etc.

[50] Dans cet arrêt la Cour accepte les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation ainsi que la clause pénale qui les sanctionne. Mais elle y retranche l'interdiction *sans réserve* « d'accepter de traiter [la] clientèle cédée » [...]

[51] L'interdiction *sans réserve* est jugée contraire à l'ordre public parce que :

[43] [...] elle crée un étai sur le praticien débiteur de l'engagement contractuel [...]

<sup>1052</sup> *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 47.

marchandisation de la clientèle ont permis<sup>1053</sup> » aux juges d'apprécier l'atteinte ou non à l'ordre public, en matière de soins de santé. Les juges se sont aussi assurés que les clauses restrictives de commerce n'affectaient pas le droit des personnes de bénéficier de la continuité des soins au regard de l'article 9 du *Code civil du Québec* et de la législation québécoise en vigueur dans le domaine de la santé<sup>1054</sup>.

**320.** Par ailleurs, les juges d'appel ont rappelé la position de la jurisprudence française et la décision récente de la Cour de cassation du 7 novembre 2000. La Cour d'appel du Québec a finalement admis la cession de la clientèle civile tout en refusant l'engagement inséré dans le contrat de cession de cesser de traiter les patients cédés. Cette clause commerciale aurait une incidence, selon les juges, « directement l'exercice du libre choix du patient et compromettrait, par anticipation, le devoir de conduite responsable du professionnel de la santé » qui ne pourrait plus, « désormais, décider de continuer un traitement. Cette obligation contractuelle, prise au nom de tiers qui n'y ont pas consenti, ne peut, [...], être incorporée dans un contrat de vente d'entreprise dans le secteur de la santé ». Ainsi, la liberté de choix du patient et le droit aux soins sont des principes scrupuleusement examinés par les juges québécois validant ainsi les cessions de clientèles civiles au Québec. Il est intéressant de comparer cette évolution avec la position des juges français qui ont jusqu'à présent concentré le débat autour de la validité de la cession proprement dite. On pourrait pronostiquer aisément que la liberté du choix du patient, brandie dans la dernière décision française, pourrait faire l'objet d'une joute prochaine qui aura lieu devant les tribunaux<sup>1055</sup>.

---

<sup>1053</sup> *Id.*, par. 27.

<sup>1054</sup> *Id.*, par. 29-35.

<sup>1055</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 1022, cette récente jurisprudence le laisse penser, voir en ce sens T. REVET, préc., note 1023; S. AMRANI-MEKKI, préc., note 1024.

## b) La clientèle commerciale ou l'achalandage

**321.** S'il est vrai que la clientèle entendue au sens de commercial ne peut, en principe<sup>1056</sup>, faire l'objet de propriété privative dans le système de libre concurrence, érigeant le droit pour tous de solliciter la clientèle du public, les tribunaux québécois reconnaissent tout de même que les rapports entre clientèle et entreprise peuvent donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts pour sanctionner une représentation trompeuse au yeux du public<sup>1057</sup> ou faire l'objet d'injonction de cessation ou d'abstention.

**322.** Également, à côté de la proclamation de tels principes classiques, les tribunaux ont parfois admis la validité des contrats de vente portant sur la clientèle ou l'achalandage. Le terme « achalandage » engloberait « non seulement les gens qui constituent la clientèle mais aussi la réputation et le pouvoir attractif qu'exerce un commerce<sup>1058</sup> ». Les deux vocables, clientèle et achalandage, sont dans la majorité des décisions utilisés indifféremment. Pourtant, certains juges<sup>1059</sup> ou certains auteurs les ont parfois

---

<sup>1056</sup> *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.), [1992] n° AZ-929012058; *Moderne compagnie d'assurance c. Vanchestein*, [1925] 39 B.R. 294; *Dufour c. Désilets*, REJB 1999-15313, par. 33 (C.S.) : « Quelle que soit la source de l'obligation de loyauté, elle ne va pas jusqu'à permettre de consolider un droit de propriété sur la clientèle qui demeure, dans notre système de libre concurrence, l'objet de la conquête du marché. » C'est ainsi que s'exprime la Cour d'appel, sous la plume de M. le juge LeBel dans l'affaire *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie*, préc., note 1056, p. 58 : « Dans notre système économique, la clientèle demeure libre de ses choix. Elle décide où elle se portera. Toute entreprise assume les risques de ses mouvements. » *Dufour c. Désilets*, préc., note 1056, par. 34 :

M. le juge LeBel y rappelle aussi que sont toujours d'actualité les commentaires suivants du juge en chef Lafontaine, dans l'affaire *La Moderne, cie d'assurance c. Vanchestein* :

« Le client n'appartient qu'à lui-même. Il est susceptible de compétition de la part de qui que ce soit. »

<sup>1057</sup> La jurisprudence québécoise retient l'action en commercialisation trompeuse au visa de l'article 1437 du *Code civil du Québec* (responsabilité extracontractuelle), s'inspirant de l'action en *passing-off*, afin de protéger la clientèle commerciale d'une entreprise *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, préc., note 923 : Le juge Gonthier a retenu trois critères : 1) l'existence d'un achalandage, 2) la représentation trompeuse induisant le public en erreur et 3) des dommages actuels ou possibles pour le demandeur. Dans le même sens, *Kisber & Co. c. Ray Kisber & Associates Inc.*, préc., note 923; 9055-6473 *Québec inc. c. Montréal Auto Prix inc.*, préc., note 923, par. 21; A. STEELE, préc., note 923.

<sup>1058</sup> *Kisber & Co. c. Ray Kisber & Associates Inc.*, préc., note 923, 1352.

<sup>1059</sup> *Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec Inc.*, préc., note 999, par. 43 et 44.

distingués<sup>1060</sup>. L'achalandage serait de manière large « l'ensemble des avantages, quels qu'ils soient, tirés de la réputation et des relations que l'entreprise s'est forgée par des années de labeur honnête et au prix de dépenses considérables<sup>1061</sup> ». À l'opposé, un auteur a pu prôner une conception précise et étroite de l'achalandage<sup>1062</sup>. Un arrêt récent a repris cette analyse, au demeurant, un peu trop subtile à notre goût, pour refuser de considérer l'achalandage comme un bien pris de manière individuel et transférable à ce titre<sup>1063</sup>.

<sup>1060</sup> J. DERUPPÉ, préc., note 999, à la page 168; R. SAVATIER, préc., note 999, aux pages 573, 574 et suiv.; S. NORMAND, préc., note 8, 192, aux notes 55-57; L. PAYETTE, préc., note 84, n° 1292-1303; É. LABBÉ, préc., note 753, 410, n° 5, 10 et 40 : « La *vis attractiva* se traduit par la potentialité économique de l'entreprise, sa rentabilité probable. Elle se conçoit comme l'ensemble de facteurs attractifs, liés tant aux éléments qui composent le fonds de commerce qu'à leur gestion. »

<sup>1061</sup> Lord Macnaghten dans *Trego c. Hunt*, [1896] A.C. 7, 24, traduction donnée dans *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101 (compensation accordée pour expropriation de clientèle).

<sup>1062</sup> Barry LANDY, « L'achalandage en droit québécois et les obligations implicites les protégeant », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, à la page 161; l'auteur mentionne le droit à l'emplacement, le droit aux numéros de téléphone, les droits résultant d'une clause de non-concurrence ou de non-sollicitation.

<sup>1063</sup> *Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec Inc.*, préc., note 999, par. 43-50 :

[43] Notre lecture de cette décision n'est pas la même. Dans cette affaire, le vendeur s'était engagé, expressément, à s'efforcer de préserver la clientèle de la compagnie dont il avait vendu les actions. Le juge fait la nette distinction entre l'obligation du vendeur, qui est de ne rien faire contre l'intérêt de l'acquéreur et l'obligation qu'il a assumée par ailleurs de préserver la clientèle, obligation qui était beaucoup plus vaste.

[44] La thèse à l'effet que la demanderesse devait agir pour livrer l'achalandage appelle des précisions sur la nature juridique de l'achalandage. Des distinctions fort pertinentes ont été faites entre la notion d'achalandage en common law et celle qu'on peut lui donner en droit civil.

[45] Le droit civil ne considère pas l'achalandage comme un bien en soi, même si, du point de vue comptable, on peut lui attribuer une valeur. En fait, il s'agit d'une valeur ajoutée à des biens intangibles ou tangibles, qui peut découler des obligations implicites qui s'attachent à ces biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. Maître Barry Landy écrit:

*L'achalandage constitue plutôt un ensemble de bénéfices intangibles qui augmentent la rentabilité d'une entreprise. Vis-à-vis des individus qui ont une connaissance particulière des affaires d'une entreprise, tel les actionnaires/administrateurs/employés-clefs, ces bénéfices intangibles sont protégés par des obligations implicites reliées par la nature de la relation qui existe entre l'individu et l'entreprise.*

[46] Ces obligations implicites doivent s'évaluer dans le contexte de chaque situation juridique particulière.

[47] Dans son étude, maître Landy refuse de traiter l'achalandage, en matière de vente, comme pouvant être objet de la garantie contre l'éviction prévue à l'article 1509 C.c.B.C., puisque l'achalandage ne constitue pas un bien en soi. Le recours de l'acquéreur, à défaut d'autre stipulation, doit s'appuyer sur l'article 1024 C.c.B.C., étendant les obligations d'un contrat « à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi. »

**323.** Or, ces deux conceptions n'empêchent guère les tribunaux de traiter, de manière fréquente, la clientèle comme un accessoire<sup>1064</sup> de l'entreprise, transférable de plein droit avec l'entreprise<sup>1065</sup> ou comme un bien pouvant faire l'objet d'un contrat de vente<sup>1066</sup>, de location<sup>1067</sup> ou encore comme un bien dont la garantie d'éviction peut être appliquée suite à la concurrence déloyale exercée par le vendeur<sup>1068</sup>. La clientèle est même perçue comme « un droit aussi digne de protection qu'un droit de propriété portant sur un immeuble ou un meuble<sup>1069</sup> ». Ainsi, selon les circonstances, la clientèle sera appréhendée comme un objet de propriété<sup>1070</sup> à condition qu'il existe une clause conventionnelle en ce sens<sup>1071</sup> ou ce statut lui sera refusé<sup>1072</sup>. La question juridique de la propriété est rarement

[48] L'achalandage, évalué à un moment donné, est une valeur qui s'épuise. L'achalandage peut se récréer au fur et à mesure, mais à défaut de stipulation expresse, le vendeur n'a pas d'obligation de contribuer à cette reconstruction. Il n'a que l'obligation de ne rien faire qui empêcherait l'acquéreur de profiter de l'achalandage acquis.

[49] De même, pour représenter une valeur commerciale ajoutée à l'objet d'une vente, l'achalandage doit pouvoir se dissocier de la personne du vendeur. L'achalandage attaché à la personne et non à l'entreprise ne peut être objet de vente, parce qu'il n'est pas un bien transférable. C'est dans le cadre d'un contrat de travail ou d'association que ce type d'achalandage peut être partagé.

[50] En l'espèce, il faut s'en tenir aux dispositions du contrat de vente des actions de l'intervenante par la demanderesse pour définir les obligations implicites de cette dernière en matière d'achalandage. Comme vendeur, ces obligations sont de ne pas nuire à l'acquéreur de l'entreprise, sous la sanction d'être responsable en dommages. Cette obligation implicite peut être comparée à la garantie légale. La clause de non-concurrence, qui rend explicite cette obligation s'apparenterait ainsi à la garantie conventionnelle. Les obligations de la demanderesse comme employée sont d'une autre nature, même si elles peuvent avoir le même objet. Elles ne peuvent fonder une défense de non-livraison de l'objet de la vente.

<sup>1064</sup> *Marque d'or Inc. c. Clayman*, [1988] R.J.Q. 706, 713 (C.S.) : « Il s'agit d'un accessoire naturel. »

<sup>1065</sup> *Descôteaux c. Pauzé*, [1987] R.J.Q. 408 (C.S.); *Gaudreault c. Verreault*, EYB 1996-87903, p. 8 (C.S.).

<sup>1066</sup> *P. Brunet Assurance Inc. c. Lamanque*, EYB 1993-74746 (C.S.).

<sup>1067</sup> *A. Poupert et Cie v. Desgroseilliers*, [1964] R.P. 80 (C.S.).

<sup>1068</sup> Le vendeur aurait une obligation légale implicite de ne pas solliciter la clientèle vendue; *Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec Inc.*, préc., note 999.

<sup>1069</sup> *Montréal (Ville) c. Robidoux*, [1979] C.A. 86, 87 (achalandage d'un commerce rendu impossible en raison de travaux publics).

<sup>1070</sup> S. NORMAND, préc., note 8, 192; *F.C. Hume and Co. c. Actaes Inc.*, [1990] n° AZ-90021447, p. 27 (C.S.) : « La Compagnie jouit d'un droit sur sa clientèle qu'elle peut protéger. Cet attachement de la clientèle représente un actif fragile. »

<sup>1071</sup> *Vigneault, Lachance & Associés Inc. c. Axa Assurances Inc.*, 2008 QCCS 860, par. 77 : « La clientèle ou le portefeuille d'assurances est la propriété du courtier ou un actif lui appartenant. » Le paragraphe 89 prévoit la reconnaissance conventionnelle de la propriété de la clientèle du courtier d'assurance et le paragraphe 85 : « Si l'on excepte les normes contractuelles fixées par les parties, la clientèle, en définitive, appartient à elle-même (*La Moderne, Cie d'assurance c. Vanchestein*, [1925] B.R. 294) »; *Groupe Commerce, compagnie*

abordée de manière franche et systématique par les tribunaux québécois. C'est sous couvert d'une action en concurrence déloyale ou pour non respect de l'obligation de loyauté que les tribunaux auront à sanctionner les atteintes à la clientèle d'une entreprise, sans nécessairement se prononcer sur sa propriété<sup>1073</sup>.

---

*d'assurances c. Couture & Fortier Assurances Inc.*, [1998] R.R.A. 957 (C.A.), [1998] n° AZ-98011719, p. 25, 29-31 :

La première caractéristique commune aux clauses litigieuses est de consacrer les "records des affaires" (clause 8 des contrats du Groupe Commerce) et les "affaires" (clause 7 des contrats de la Compagnie d'assurance Missisquoi) comme étant l'actif ou la propriété du courtier. Ces clauses expriment la convention initialement acceptée par les parties quant à la "propriété" de la clientèle. On rejoint ainsi le droit français et le droit américain sur la question :

À la différence de l'agent général, le courtier est propriétaire de sa clientèle. Cette clientèle est, en réalité, un élément du fonds de commerce, puisque le courtier est commerçant; c'est même l'élément le plus important du fonds.

[...]

Pour qu'elle forme un ensemble intelligible, la clause par laquelle l'assureur reconnaît que les "records des affaires" sont la propriété ou l'actif exclusif du courtier et s'engage "à les garder d'une manière intacte" comporte - par implication nécessaire - un engagement ferme de l'assureur de ne pas utiliser les renseignements dont il dispose et qui émanent initialement du courtier pour affecter l'intangibilité des affaires du courtier.

Plus particulièrement, les contrats liant le Groupe Commerce lui commandent explicitement de "ne pas nuire aux affaires courantes ou aux renouvellements d'icelle" des courtiers. Il est donc interdit à l'assureur de se servir des renseignements dont il dispose (nom de l'assuré, nature de la police, montant de la prime, date de la police, date d'expiration de la police, nature du risque, couverture, etc.) et d'instaurer un mécanisme de sollicitation (lettres, téléphones, etc.) pour nuire aux affaires courantes du courtier, s'immiscer dans le renouvellement des polices ou traiter, de sa propre initiative, des affaires avec les assurés. Ces restrictions conventionnelles ont été stipulées, à l'évidence, au profit du courtier.

L'assureur reconnaît que les assurés qui ont souscrit une police d'assurance ne sont pas ses clients, mais ceux du courtier. Dans l'exercice de ses fonctions d'expert- conseil, c'est généralement le courtier qui a orienté son client vers un assureur particulier en tenant compte des besoins de l'assuré. Toutefois, lorsque la relation courtier-assureur se termine, la clientèle suivra généralement le courtier. L'assureur ne pourra tenter de la retenir que dans les limites conventionnelles.

*Distribution Ciné télé action Inc. c. Stratford*, [2000] n° AZ-00021406, par. 15 et 18 (C.S.) : reconnaissance de la propriété de la clientèle en faveur de la salariée congédiée.

<sup>1072</sup> *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie*, préc., note 1056.

<sup>1073</sup> *DIT Équipements Inc. c. Conceptions SN Vena Inc.*, 2006 QCCS 3711; *Rose c. Denis*, [2002] R.J.Q. 797, par. 54 (C.Q.) : « Sans qu'elle ne puisse prétendre à un droit de "propriété" sur ces clientes, il n'en demeure pas moins que cette clientèle a été constituée en grande majorité par les efforts de sollicitation de publicité et les investissements de madame Rose avant l'arrivée de madame Denis »; *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie*, préc., note 1056.

**324.** En revanche, les tribunaux ont moins de difficultés lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la propriété de l'information recueillie sur la clientèle au travers notamment des fichiers-clients ou des listes des clients<sup>1074</sup>. Dès lors que ces banques de données ou rapports d'examens de titres<sup>1075</sup> comportent des informations confidentielles détaillées sur l'identité des clients, leurs besoins ou leurs habitudes, les tribunaux n'hésitent pas à les qualifier de « bien intellectuel<sup>1076</sup> » dès lors qu'une valeur économique est constatée.

**325.** Dans ces conditions, il paraît donc logique que les tribunaux admettent aussi la validité d'une hypothèque mobilière sans dépossession sur « une universalité de dossiers-clients » en garantie du solde de prix de vente d'une entreprise à condition qu'elle soit publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers<sup>1077</sup>.

**326.** Ainsi, ce serait l'information confidentielle contenue dans les dossiers clients qui retiendrait l'attention du juge; elle pourrait faire l'objet d'une cession ou d'une

---

<sup>1074</sup> *Théo G. Soucisse Inc. c. Groupe commerce, compagnie d'assurances, préc.*, note 998, p. 13 et 14 : Malgré qu'il ne s'agit pas d'une vente d'entreprise, il ne s'agit pas non plus d'une simple liste de clients à prospecter. Au contraire, il s'agit d'une vente d'achalandage et d'informations dépassant largement une liste de noms et d'adresses.  
[...]

C'est là de l'information vitale beaucoup plus qu'une simple liste de clients que l'on peut obtenir de n'importe quelle fiducie ou organisation philanthropique ou encore la liste des avocats membres du Barreau du district de Québec.

C'est le type d'informations cueillies au fil de 43 années et bâties à même beaucoup de frais de représentation et de services donnés à une clientèle qu'un courtier réussit à garder.

La jurisprudence reconnaît depuis longue date que l'information est un bien, une propriété intellectuelle.

<sup>1075</sup> *Hindle c. Cornish*, [1991] R.J.Q. 1723, 1727 (C.S.), [1991] n° AZ-91021374.

<sup>1076</sup> *Metacad 2000 Inc. c. Lamb Canada (A division of Lamb-Grays Harbor Co.)*, [2004] R.J.Q. 1099, par. 36 (C.A.) :

La valeur économique de tout ce matériel est certaine : elle peut permettre à celui qui l'acquiert de continuer l'entretien des marchandises vendues aux anciens clients de l'intimée dans l'industrie de transformation de la pulpe et du papier. En outre, il est évident qu'aucun de ces « documents » n'est relié directement ou indirectement à la personne du débiteur, mais bel et bien à son patrimoine. Je rappelle que nous sommes ici dans le cadre d'un débat entre deux sociétés commerciales. La saisie ne porte donc pas sur les « documents » en tant que tels, mais sur les biens matériels ou immatériels dont ceux-ci révèlent l'existence.

<sup>1077</sup> *Valiquette c. Valiquette, préc.*, note 47, par. 13, 14 et 35.



saisie<sup>1078</sup>. Toutefois, l'information en tant que telle ne parvient pas à accéder au statut de bien tant son contenu varie et sa qualification vacille<sup>1079</sup>. Elle fait partie de cette catégorie de « biens en devenir » tout comme le savoir-faire ou la force de travail, lesquels ne parviennent pas en droit positif à faire l'objet d'une consécration nette.

### § 3. Les biens immatériels en devenir

**327.** Certains biens immatériels ne rencontrent guère les faveurs du législateur. Il arrive toutefois que les juges tant français que québécois consacrent, ici et là, dans certaines causes et dans certaines circonstances cette catégorie de biens informationnels qui est notamment composée du savoir-faire, des secrets commerciaux ou des informations confidentielles collectées par une entreprise (A). Ces biens informationnels répondant souvent à une certaine technicité sont indéniablement des actifs de grande valeur et doivent être juridiquement protégés. Leur qualification en bien-objet de propriété devrait être systématique. Également et malgré un engouement doctrinal fort justifié, la force de travail ne parvient pas à accéder au statut de bien alors que cette qualification relèverait de la logique juridique. Cette tendance qui existe chez certains auteurs<sup>1080</sup> insistant pour élargir la définition du mot bien pour y inclure la notion de produit de l'activité intellectuelle devrait ainsi être entendue par le législateur pour parvenir enfin à consacrer ces biens immatériels en quête de statut définitif (B).

#### A) Le savoir-faire, les secrets commerciaux et l'information confidentielle

**328.** Seule l'idée originale et, de surcroît, nouvelle est protégeable par le droit, à condition de la soumettre aux conditions juridiques érigées par la propriété intellectuelle ou

---

<sup>1078</sup> *Metacad 2000 Inc. c. Lamb Canada (A division of Lamb-Grays Harbor Co.)*, préc., note 1076; *Contra* : *Tri-Tex Co. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.).

<sup>1079</sup> *Tri-Tex Co. c. Gideon*, préc., note 1078.

<sup>1080</sup> T. REVET, préc., note 8, à la page 284; S. BECQUET, préc., note 721.

industrielle, celle par exemple des brevets ou des œuvres littéraires. En dehors de ces cadres définis, des notions comme le savoir-faire ou les secrets commerciaux flottent en quête d'un point d'ancrage. Les droits québécois et français illustrent cette tendance. Par ailleurs, le savoir-faire, les secrets commerciaux et l'information confidentielle se côtoient au point parfois de s'assimiler en jurisprudence. Les tribunaux sont amenés à se pencher sur leur cas lorsqu'ils font l'objet d'un détournement frauduleux ou d'une mauvaise utilisation par les salariés d'une entreprise.

**329.** Toutefois, la question de l'appropriation de la chose pour qu'elle devienne un bien est plus délicate. Si les biens corporels se définissent facilement comme des choses physiques susceptibles d'être appropriées et qui possède une valeur économique<sup>1081</sup>, tous les biens ou les droits incorporels ont plus de difficultés à se définir par rapport à une appropriation possible. En France et au Québec, certains auteurs et une partie des tribunaux sont réticents à se prononcer expressément sur la question de leur appropriation<sup>1082</sup>. Le cas du savoir-faire commercial est symptomatique : les tribunaux québécois hésitent à le considérer comme un bien incorporel susceptible d'appropriation. Parfois, ils ont rejeté cette qualification<sup>1083</sup> en refusant qu'il puisse être cédé ou loué, ni même protégé<sup>1084</sup>. Dans d'autres affaires<sup>1085</sup>, ils ont clairement admis qu'un secret commercial pouvait recevoir la qualification de bien-objet de propriété. Le droit français est encore plus réticent. Le savoir-faire comme les secrets commerciaux ne sont pas consacrés comme des biens incorporels susceptibles d'appropriation. Toutefois, les tribunaux français les protègent au moyen des dispositions pénales. La Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>1086</sup> retient la

<sup>1081</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 8, n° 65, p. 33.

<sup>1082</sup> Notamment D.-C LAMONTAGNE, préc., note 735, n° 49, p. 29. Voir nos développements *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre III, §2.

<sup>1083</sup> *Hindle c. Cornish*, préc., note 1075.

<sup>1084</sup> *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142, par. 48.

<sup>1085</sup> *Santé naturelle Ltée c. Produits de nutrition Vitaform Inc.*, [1985] C.S. 628, p. 9; *F.C. Hume and Co. c. Actaes Inc.*, préc., note 1070, p. 42.

<sup>1086</sup> Crim., 19 sept. 2006, *RTD com.* 2007.529 note Galloux; Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-86491, en ligne :

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640649&fastReqId=106787812&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012), recel d'informations protégées par le secret professionnel et communiquées verbalement.

qualification de recel de secret commercial à l'encontre d'un salarié démissionnaire et indélicat, ou encore l'abus de confiance pour le détournement d'un numéro de carte de crédit ou d'un projet de borne information et même pour l'information relatives à la clientèle d'une société de courtage en services téléphoniques<sup>1087</sup>.

Toutefois, d'autres biens incorporels subissent un traitement différent et plus favorable devant les tribunaux français et québécois, comme le cas de la clientèle civile<sup>1088</sup> qui s'est vu consacrée comme un bien incorporel susceptible d'être cédé et même pouvant faire l'objet d'une hypothèque mobilière. Dans cette perspective, qui nous semble juste, il serait souhaitable de voir consacrer toute valeur économique comme un bien.

### 1) Le droit québécois

**330.** Selon Serge Pichette, le savoir-faire serait « une œuvre de l'esprit matérialisée de façon à être discernable<sup>1089</sup> ». Toujours selon cet auteur<sup>1090</sup>, le savoir-faire (appelé aussi « know-how) est « essentiellement une connaissance technique, c'est-à-dire une œuvre intellectuelle et immatérielle qui se manifeste au moyen d'un support matériel » et qui peut être classifié « comme étant un bien meuble incorporel ». Le savoir-faire peut se définir comme cette habilité à réussir ce que l'on entreprend; cet ensemble de connaissances techniques accumulées par un individu ou par une entreprise pour les besoins de l'industrie ou du commerce<sup>1091</sup>. En dépit d'une définition qui semble claire, la qualification du savoir-faire et la possibilité de le céder ou de le louer reste une question non résolue par les tribunaux québécois. Un constat s'impose : le savoir-faire, les secrets commerciaux ainsi que les connaissances techniques acquises au fil de l'exploitation d'une entreprise sont

---

<sup>1087</sup> Crim., 14 nov. 2000, préc., note 665 et Crim., 22 sept. 2004, préc., note 665; G. LOISEAU, préc., note 549; l'incrimination de l'abus de confiance retenu pour les informations relatives à la clientèle qui constituent un bien susceptible d'être détourné : G. BEAUSSONIE, préc., note 665.

<sup>1088</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, préc., note 753; *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 47.

<sup>1089</sup> Serge J. PICHETTE, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle*, Montréal, Centre d'études en administration internationale, École des hautes études commerciales de Montréal, 1979, p. 149.

<sup>1090</sup> *Id.*, p. 147-150.

<sup>1091</sup> C. MALECKI, préc., note 746, n° 10 et 11.

difficilement protégées tant leurs contours sont malaisés<sup>1092</sup>. Ils constituent à l'évidence des actifs de grande valeur pour les entreprises, mais leur statut de bien incorporel n'est pas tranché définitivement, en dépit d'une doctrine favorable<sup>1093</sup>.

**331.** La Cour supérieure avait retenu la qualification de bien incorporel pour une banque de données constituée par un avocat, l'assimilant même à un savoir-faire<sup>1094</sup>. Dans cette décision *Hindle c. Cornish*<sup>1095</sup>, l'honorable juge Marie Deschamps, de la Cour supérieure, n'a pas hésité à citer Serge Pichette pour affirmer que : « [S]ans l'ombre d'un doute [...] l'importance de la valeur économique du *know-how* nous incite fortement à le qualifier de "bien"<sup>1096</sup> ». L'honorable juge a retenu alors la qualification de bien incorporel pour la banque de données élaborées à partir d'informations fournies par les clients d'un avocat. À ce titre, elle a considéré que ces connaissances juridiques ne pouvaient être ni cédées, ni louées à des tiers puisque l'avocat ne pouvait que justifier d'un « droit de propriété incomplet, *sui generis* » compte tenu de la nature confidentielle des informations et de ses obligations déontologiques<sup>1097</sup>.

**332.** La Cour suprême a eu à se prononcer sur la question de la propriété des secrets commerciaux et a rejeté la qualification de « bien »<sup>1098</sup>. Dans une affaire précédente et en

<sup>1092</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 1299.

<sup>1093</sup> *Id.*, n° 1299; S. J. PICHETTE, préc., note 1089, p. 149; Serge J. PICHETTE, « Mise au point sur la prise de garantie des droits de propriété intellectuelle », dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Droit et nouvelle économie du savoir. Journées Maximilien-Caron 2000*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 17; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 34 et 35; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 735, p. 54; S. NORMAND, préc., note 8, 189 et suiv.

<sup>1094</sup> *Hindle c. Cornish*, préc., note 1075, p. 10.

<sup>1095</sup> *Id.*

<sup>1096</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>1097</sup> *Id.*, p. 10, 13 et 38.

<sup>1098</sup> *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, préc., note 1084, par. 48 :

Dans d'autres cas comme *Lac Minerals*, l'élément clé de la réparation à accorder ne sera pas la qualité de « bien » du secret confié, mais plutôt les événements qui se seraient vraisemblablement produits "n'eût été" le manquement. L'application de l'étiquette « bien » dans ce contexte ne ferait que semer la confusion en matière d'appréciation des objectifs de principe visés par une réparation donnée et des faits particuliers de chaque cas. En l'espèce, le juge de première instance a considéré que les renseignements confidentiels n'avaient rien de très particulier et que, « n'eût été » le manquement, les intimées auraient de toute façon dû affronter sur le marché, dans les 12 mois, une version commercialisable du Caesar

matière criminelle, la Cour suprême avait conclu dans *R. c. Stewart*<sup>1099</sup> « que peu importe leur statut dans d'autres contextes, les renseignements ne sont pas des biens aux fins des dispositions du *Code criminel* en matière de vol ». Le juge Antonio Lamer avait tout de même envisagé la possibilité que des secrets industriels puissent, un jour, être considérés comme des biens en droit civil<sup>1100</sup>.

**333.** Dans le même sens, un ensemble de documents retraçant l'historique des achats de clients, des dessins techniques, des livres de comptabilité, des correspondances, des plans et des dossiers de pièces ont été déclarés saisissables en raison de leur valeur marchande<sup>1101</sup>. En effet, l'honorable juge Jean Louis Baudouin a considéré que :

La valeur économique de tout ce matériel est certaine : elle peut permettre à celui qui l'acquiert de continuer l'entretien des marchandises vendues aux anciens clients de l'intimés dans l'industrie de transformation de la pulpe et du papier. En outre il est évident qu'aucun de ces "documents" n'est relié directement ou indirectement à la personne du débiteur, mais bel et bien à son patrimoine. [...] La saisie ne porte donc pas sur les "documents" en tant

---

Cocktail. Compte tenu de ces faits, il n'y a pas lieu d'accorder une réparation « fondée sur le droit de propriété ».

<sup>1099</sup> *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, par. 25 :

En effet, [les renseignements confidentiels] possèdent plusieurs des caractéristiques des autres types de biens: par exemple, un secret industriel, qui est un genre particulier de renseignements confidentiels, peut être vendu; il peut faire l'objet d'une licence ou être légué; il peut aussi faire l'objet d'une fiducie ou être transmis à un syndic de faillite. Dans le domaine commercial, il existe des raisons d'accorder une certaine protection au détenteur de renseignements confidentiels: ceux-ci sont le fruit de travail, d'habileté et de dépenses et leur utilisation non autorisée minerait des efforts productifs qui doivent plutôt être encouragés. Comme le terme « propriété » désigne simplement l'ensemble des droits dont jouit le propriétaire, cette protection pourrait être accordée sous la forme de droits de propriété.

<sup>1100</sup> *Id.*, par. 27 :

Peut-être qu'un jour les renseignements confidentiels finiront par être considérés comme des biens en droit civil, ou même qu'on adoptera un texte législatif leur accordant une protection légale spéciale. Mais même si les renseignements confidentiels devaient être assimilés à des biens aux fins du droit civil, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils seraient des biens en droit criminel. De même, le fait qu'une chose n'est pas un bien en droit civil n'est pas concluant en ce qui concerne le droit criminel. En effet, c'est en fonction du droit criminel que doit être tranchée la question de savoir si les renseignements confidentiels sont des biens aux fins du *Code criminel*.

<sup>1101</sup> *Metacad 2000 Inc. c. Lamb Canada (A division of Lamb-Grays Harbor Co.)*, préc., note 1076, par. 35.

que tels, mais sur les biens matériels ou immatériels dont ceux-ci révèlent l'existence<sup>1102</sup>.

Le juge a conclu à leur saisissabilité puisqu'« en décider autrement serait, sans aucune justification, soustraire du gage commun des créanciers un actif et permettre à la mise en cause de s'approprier à vil prix la clientèle de l'intimée<sup>1103</sup> ».

De la même façon, les tribunaux québécois ont retenu la valeur économique des dossiers clients ou de l'information confidentielle contenue dans la liste des dossiers et des clients pour les qualifier de bien<sup>1104</sup>.

**334.** A l'inverse, d'autres jugements ont admis la qualification de bien incorporel et donc d'objet de propriété pour le savoir-faire. Dans une cause concernant des produits diététiques, la Cour supérieure avait estimé que :

[L]es secrets industriels constituent des biens, et leur propriété peut être protégée que ce soit sous le régime délictuel ou contractuel. Dans le présent dossier, les relations contractuelles ne prévoient pas spécifiquement de clauses prohibant l'utilisation des secrets. Dans un contrat employeur-employé, l'obligation de fidélité et de confiance est implicite au contrat. Dans le cas d'un contrat d'entreprise, cette clause implicite peut aussi exister mais de toute façon, il a été reconnu qu'en cas d'appropriation de secrets industriels, il y a cause d'action en dommages et même en injonction<sup>1105</sup>.

**335.** Dans le même sens et s'agissant d'une technologie scientifique relative à la cryogénie, la Cour supérieure avait reçu positivement la qualification de droit de propriété sur le secret de commerce<sup>1106</sup>. Toutefois, les dernières affaires entendues devant les

<sup>1102</sup> *Id.*, par. 36.

<sup>1103</sup> *Id.*, par. 37.

<sup>1104</sup> *Théo G. Soucisse Inc. c. Groupe commerce, compagnie d'assurances*, préc., note 998, p. 15; *Valiquette c. Valiquette*, préc., note 47, par. 21-23.

<sup>1105</sup> *Santé naturelle Ltée c. Produits de nutrition Vitaform Inc.*, préc., note 1085, p. 9.

<sup>1106</sup> *F.C. Hume and Co. c. Actaes Inc.*, préc., note 1070, p. 42 :

La Compagnie a toujours utilisé cette technologie au service de ses clients et pour son propre bénéfice. Elle fait partie de l'actif de la Compagnie qui l'exploite à des fins commerciales depuis plusieurs années. Cet usage continu, sans réserve ou titre contraire, fait

juridictions québécoises semblent rejeter la qualification de bien meuble pour l'information confidentielle contenue dans une formule chimique<sup>1107</sup> et refuse de considérer l'information confidentielle comme un objet de propriété en tant que telle<sup>1108</sup>. Or, comme il a été mentionné, la doctrine québécoise reste favorable à la notion de propriété et milite en vue de sa consécration comme cadre protecteur de l'information confidentielle<sup>1109</sup>.

## 2) Le droit français

**336.** Le droit français connaît les mêmes hésitations. Ces biens informationnels dont font partie le savoir-faire et les secrets commerciaux, bien qu'encensés par une certaine doctrine<sup>1110</sup>, ne disposent ni d'un statut, ni d'un seul cadre juridique efficace, en dehors d'une protection existante au titre de la propriété intellectuelle ou industrielle ou du recours au droit de la responsabilité civile. Souvent assimilés à de l'information confidentielle, ils n'en demeurent pas moins des biens susceptibles d'appropriation en quête d'une consécration complète puisque la jurisprudence criminelle leur reconnaît déjà et clairement cette qualification de bien incorporel.

---

présumer du droit de propriété. Hume n'a pas établi que la Compagnie, personne distincte, l'a utilisé sans droit ou à un titre autre que propriétaire. Le patrimoine de la Compagnie se compose de l'équipement, de ce procédé secret et de la clientèle.

<sup>1107</sup> *Tri-Tex Co. c. Gideon*, préc., note 1078.

<sup>1108</sup> *Matrox Electronic Systems Ltd. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (C.S.).

<sup>1109</sup> J. Nelson LANDRY, « Le secret industriel et commercial », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 9 et 10 novembre 1989, p. 141, à la page 151; Marie BOURGEOIS, « La protection juridique de l'information confidentielle économique. Étude de droit québécois et français », (1988) 1 *C.P.I.* 1; L. PAYETTE, préc., note 84, n° 1290; S. J. PICHETTE, préc., note 1089, p. 149; S. J. PICHETTE, préc., note 1093; P.-C. LAFOND, préc., note 1093, p. 34 et 35; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 735, p. 54.

<sup>1110</sup> P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », préc., note 722; P. CATALA, préc., note 8; Pierre CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984.chr.97 : « L'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable, elle est ensuite communiquée ou peut l'être à l'aide de signes choisis pour porter le message à autrui. »; Pierre CATALA, « La propriété de l'information », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz et Sirey, 1985, p. 97; J.-C. GALLOUX, préc., note 722; Xavier DESJEU, « Quelle protection juridique pour le modèle "fonctionnel" ? (le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise) », *Gaz. Pal.* 1981.297. Plus circonspect : Hugues PÉRINET-MARQUET, « Regard sur les nouveaux biens », J.C.P. 2010.1100, n° 8 : « La transformation de l'information brute en bien dépend donc, non de son appropriation, mais de sa capacité à être commercialisée, à trouver quelqu'un prêt à la payer et ainsi, à lui conférer une valeur marchande. »

**337.** En France, en dehors de la protection des brevets ou droits d'auteur ou même celle des bases de données<sup>1111</sup>, le savoir-faire ou le secret commercial, appelé aussi secret de fabrique, se trouve bien désarmé et, est souvent assimilé à de l'information confidentielle. En effet, à défaut des caractères innovant et original, le savoir-faire ne peut être considéré comme un brevet digne de la protection industrielle. De même l'action en contrefaçon aura bien du mal à l'accepter comme une œuvre nouvelle de l'esprit, faute de forme légale requise. Ainsi, le savoir-faire comme les secrets commerciaux seront le plus souvent protégés par le droit pénal. La Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>1112</sup> pourra retenir la qualification de recel de secret commercial à l'encontre d'un salarié démissionnaire et indélicat. Il est vrai que la notion de recel est comprise largement dans le code pénal<sup>1113</sup> pour prendre en son sein un bien intellectuel<sup>1114</sup>. Tout comme l'abus de confiance semble être un délit protégeant les biens immatériels puisque le détournement vise « un bien quelconque<sup>1115</sup> ». Ainsi, la Chambre criminelle a qualifié un projet d'une borne informatique d'une station d'épuration<sup>1116</sup> de bien immatériel, objet de propriété, en sanctionnant son détournement frauduleux. Dans cette affaire, le salarié avait mis au point un projet informatique de borne de gestion destiné à un client de son employeur. Il adressa ce projet au client en le présentant comme une proposition d'une autre société avec laquelle il était entré en contact. La Cour a retenu l'abus de confiance en déclarant que le salarié

---

<sup>1111</sup> La loi française protège un simple rassemblement d'informations et non l'information de manière isolée (art. L. 342-1 Code de la propriété intellectuelle) :

Le producteur de bases de données a le droit d'interdire l'extraction par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitative ou quantitative substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit [ainsi que] la réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitative ou quantitative substantielle du contenu d'une base, quelle qu'en soit la forme. Ces droits peuvent être transmis ou cédés, ou faire l'objet d'une licence.

<sup>1112</sup> Crim., 19 sept. 2006, préc., note 1086; Crim., 20 juin 2006, préc., note 1086, recel d'informations protégées par le secret professionnel et communiquées verbalement.

<sup>1113</sup> C. pén., art. 321-1 : « Le fait, en connaissance de cause, de bénéficier par tout moyen du produit d'un crime ou d'un délit. »

<sup>1114</sup> Bertrand DE LAMY, « Abus de confiance et biens immatériels: extension du domaine des possibles », D. 2005.411.

<sup>1115</sup> C. pén., art. 314-1.

<sup>1116</sup> Crim., 22 sept. 2004, pourvoi n° 04-80285, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007068896&fastReqId=1079162408&fastPos=8> (site consulté le 4 mai 2012).



« avait disposé au profit d'un tiers et comme d'un bien propre d'un projet qui, dès sa réalisation, était la propriété de son employeur et dont il n'était devenu que détenteur<sup>1117</sup> ». Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence retenant l'abus de confiance pour des biens immatériels comme un numéro de carte de crédit<sup>1118</sup>. Il est fort remarquable puisqu'il consacre la propriété d'un bien incorporel en qualifiant tout produit de l'activité intellectuelle comme un bien<sup>1119</sup> et ce, d'autant que ce projet ne faisait pas l'objet d'une protection par le droit de la propriété intellectuelle.

**338.** En revanche, l'infraction de vol est plus difficile à retenir puisque l'article 311-1 du *Code pénal* définit ce délit comme la soustraction d'une chose, « c'est-à-dire, dans la conception classique, un élément corporel susceptible de déplacement physique<sup>1120</sup> ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation parvient tout de même à sanctionner le vol du contenu informationnel. Toutefois, dans les arrêts *Logabax*<sup>1121</sup>, *Bourquin*<sup>1122</sup> et *Antoniolli*<sup>1123</sup> le vol du contenu informationnel concernait des disquettes informatiques ainsi que « des données comptables et commerciales constitutives de biens incorporels » d'une entreprise. Ainsi, le caractère délictueux du vol de l'information seule demeurait douteux puisque la jurisprudence, sans énoncer aucun principe en la matière<sup>1124</sup>, retenait la soustraction d'informations reproduites sur support matériel comme sur des disquettes informatiques. Un pas supplémentaire vers la dématérialisation de l'objet du vol semble être désormais franchi, depuis l'arrêt du 4 mars 2008<sup>1125</sup>, dont les faits se démarquent légèrement des précédentes décisions. Dans cette affaire, le contenu informationnel fut copié sans aucun déplacement de la source, aucun support n'a été soustrait, le salarié s'est

<sup>1117</sup> *Id.*

<sup>1118</sup> Crim., 14 nov. 2000, D. 2001.jur.1423, note De Lamy, *Bull. crim.*, n° 338: « Les dispositions de l'article 314-1 du C. pén. s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel. »

<sup>1119</sup> T. REVET, préc., note 880.

<sup>1120</sup> Stéphane DETRAZ, « Vol du contenu informationnel de fichiers informatiques », D. 2008.2213.

<sup>1121</sup> Crim., 8 janv. 1979, *Bull. crim.*, n° 73.

<sup>1122</sup> Crim., 12 janv. 1989, *Bull. crim.*, n° 14, obs. Lucas de Leyssac, R.S.C. 1990.907.

<sup>1123</sup> Crim., 1<sup>er</sup> mars 1989, *Bull. crim.*, n° 100, obs. Lucas de Leyssac, R.S.C. 1990.507.

<sup>1124</sup> S. DETRAZ, préc., note 1120.

<sup>1125</sup> Crim., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-84002, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018550314&fastReqId=1819749175&fastPos=77> (site consulté le 4 mai 2012).

accaparé du contenu des fichiers informatiques sans manipuler le contenant. Il en a fait une copie dont les données initiales sont restées à la disposition du propriétaire. Cette subtilité factuelle ont conduit les auteurs<sup>1126</sup> à y voir une évolution vers la consécration du vol du contenu informationnel seul<sup>1127</sup>.

**339.** Cette jurisprudentE rendue en matière criminelle laisse entrevoir la possibilité prochaine pour la Chambre civile de s'aligner sur cette conception élargie du mot « bien » comprenant, à raison, la notion de « produit de l'activité intellectuelle » dans la catégorie des biens. Le droit pénal permettrait enfin et sans aucun doute de lever les tabous entourant la conception civiliste classique de la notion de propriété.

## **B) La force de travail et la notion de produit de l'activité intellectuelle**

**340.** Comme l'a soutenu le professeur Thierry Revet, les œuvres de l'esprit, les inventions brevetables ou non<sup>1128</sup>, le savoir-faire, l'information confidentielle, les clientèles civiles et commerciales sont des produits issus de la force de travail<sup>1129</sup>. Plus précisément, ces types de biens d'un genre nouveau, comparés à ceux homologués par le Code civil, sont issus du seul travail, de la seule production intellectuelle de l'homme. Ils ne partent de rien de tangible. Ils sont le produit de l'effort créatif. Cela peut expliquer le réflexe du droit de les assimiler au support qui les contient ou les retranscrit et de la difficulté pour le droit d'envisager à leur endroit l'application du régime de propriété de droit commun. En dehors du droit de la propriété intellectuelle ou industrielle, le droit commun de la responsabilité et le droit spécial pénal se sont dès lors appliqués à ces produits du travail non encore définitivement répertoriés.

---

<sup>1126</sup> S. DETRAZ, préc., note 1120; T. REVET, préc., note 880.

<sup>1127</sup> Évolution déjà amorcée dans l'arrêt *Bourquin* selon Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC, « L'arrêt *Bourquin*, une double révolution: un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », R.S.C. 1990.507.

<sup>1128</sup> Hypothèque sur invention non brevetée admise en droit québécois : *Valiquette c. Valiquette*, préc., note 47.

<sup>1129</sup> T. REVET, préc., note 722, n° 434, p. 493 et 494.

**341.** Le statut de certains de ces biens comme celui de la clientèle ou les valeurs mobilières tend à être fixé par la jurisprudence. Toutefois, les autres biens comme le savoir-faire ou les secrets de commerce font partie de ces biens en devenir. Tous ces biens d'allure dispersée et d'apparence très différente, ont en commun d'être le fruit de l'activité cérébrale de l'homme. Leur lieu de production ne se trouve plus être dans une manufacture mais dans une « cérébro-facture » pour citer un auteur<sup>1130</sup>. Ils pourraient être classés dans cette catégorie de produits de l'activité intellectuelle<sup>1131</sup>. Cette rubrique serait nouvelle puisque le Code civil n'envisage pas la création comme un mode d'acquisition à part entière<sup>1132</sup>. Les hypothèses envisagées par le Code civil ne visent que les biens nés de l'exploitation ou de la transformation de biens préexistants; c'est cette fameuse lutte du donné contre le construit<sup>1133</sup> qui transparaît dans la réalité économique actuelle.

**342.** L'arrêt du 14 novembre 2000 relatif à l'appropriation d'un projet de borne informatique semble consacrer ce mode d'acquisition direct et automatique d'un produit du travail par le seul effet de la création<sup>1134</sup>. Le produit du travail serait alors « cette entité immatérielle, identifiable et isolable, porteuse d'utilités et procédant exclusivement de la mise en œuvre d'une intelligence humaine<sup>1135</sup> ». Le droit positif est donc prêt à accueillir officiellement cette catégorie nouvelle déjà existante. La notion de produit est omniprésente, elle englobe<sup>1136</sup> le savoir-faire, les banques de données, les actifs ou instruments financiers, les numéros de carte de crédit, les projets industriels ou commerciaux, les inventions non brevetées, les portefeuilles de valeurs mobilières, les quotas laitiers<sup>1137</sup> ou betteraviers<sup>1138</sup>, les licences d'exploitation, les droits de pêche et de

<sup>1130</sup> S. BECQUET, préc., note 721, p. 9, terme repris de Dominique BOURG, *L'homme artificier. Le sens de la technique*, Paris, Gallimard, 1996, p. 244.

<sup>1131</sup> Idée de Thierry Revet, notamment développée T. REVET, préc., note 8, à la page 286.

<sup>1132</sup> T. REVET, préc., note 880.

<sup>1133</sup> T. REVET, préc., note 8, à la page 286.

<sup>1134</sup> T. REVET, préc., note 880.

<sup>1135</sup> *Id.*

<sup>1136</sup> Pour une énumération déjà formulée en 2003, T. REVET, préc., note 8, à la page 287.

<sup>1137</sup> Max HEBERT et Louis LOVELLEC, « Quotas laitiers et exploitation agricole », dans Louis LOVELLEC, *Ecrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002, p. 185.

chasse, les éléments du corps humain<sup>1139</sup> et plus récemment les quotas d'émission de gaz à effet de serre<sup>1140</sup>. Cette liste est loin d'être exhaustive. L'avenir nous réserve l'émergence de toutes sortes de biens immatériels. Une vision renouvelée du droit des biens doit comprendre cette notion de produit afin de tenir compte de l'ensemble des richesses produites, matérielles et immatérielles, et de les considérer comme des biens<sup>1141</sup>.

**343.** En revanche, s'agissant de la force de travail, les tribunaux opposent quelques résistances pour la reconnaître. En effet, la Cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 26 avril 2001, a très clairement repoussé la qualification de bien. Un chef d'atelier poursuivi sur le fondement de l'article 314-1 du Code pénal pour avoir employé pour son propre compte des salariés du garage dans lequel il travaillait, a été relaxé car, selon les juges, l'objet du détournement doit être « nécessairement un bien, une chose susceptible d'appropriation, et le temps ou la force de travail d'une personne ne sauraient être assimilés à un bien quel qu'il soit au sens de ce texte<sup>1142</sup> ».

---

<sup>1138</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 2003, *RTD civ.* 2003.chr.730, obs. Revet.

<sup>1139</sup> Avec le développement de la « technoscience », la brevetabilité d'invention technologiques ou de produits dérivés d'éléments du corps humain est aujourd'hui une réalité : S. BECQUET, préc., note 721, p. 10 et 11; C. GALLOUX, préc., note 504.

<sup>1140</sup> L'article L. 229-15 al. 1 du Code de l'environnement qualifie le quota de bien meuble exclusivement matérialisé par une inscription au compte de leur détenteur dans le registre national. Le transfert de propriété des quotas résulte de leur inscription, par le teneur du registre national, au compte du bénéficiaire à la date et dans les conditions définies par décret. Ces quotas peuvent être acquis, détenus ou cédés par toute personne morale de droit public et de droit privé sur le marché réglementé français BlueNext; T. BONNEAU, préc., note 951, M. MIGNOT, préc., note 951, David ROBINE, « La régulation du marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre », *L.P.A.* 2010.250.22. Sur la discussion de la qualification de bien public ou d'autorisation administrative vénale en dépit des termes clairs de la loi : S. GIULJ, préc., note 951, Albéric SAKON, « L'air : un bien public justifiant l'intervention de l'Etat », *Gaz. Pal.* 2011.141.13, Christophe MISTRAL, « Le régime juridique des droits d'émission de gaz à effet de serre en France », *L.P.A.* 2004.146.13.

<sup>1141</sup> S. BECQUET, préc., note 721, p. 27. L'exemple récent des quotas d'émissions de gaz à effet de serre est intéressant puisque selon les propos de Thierry REVET, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », *D.* 2005.2632 :

Il est fait appel au bien marchand pour lutter contre l'effet de serre parce que la logique marchande se place aujourd'hui au cœur de la notion de bien. Le bien est désormais appréhendé avant tout comme valeur d'échange, sa valeur d'usage se réduisant souvent à n'être que le marchepied de la valeur d'échange. L'expansion permanente du marché fait de la négociabilité le signe du bien : est un bien ce qui est négociable alors, que jusqu'ici, c'était la qualité de bien qui fondait la négociabilité d'une chose. C'est la raison pour laquelle la notion même de valeur constitue de plus en plus le critère décisif dans le concept de bien, et qu'elle pourrait, demain, en former la substance même.

<sup>1142</sup> Toulouse, 26 avr. 2001, *D.* 2002.1795, obs. de Lamy:

L'arrêt de la Chambre criminelle du 20 octobre 2004<sup>1143</sup> rend une solution quelque peu différente puisque la Cour admet que l'emploi de salarié par un directeur d'association, à des fins personnelles, constitue un détournement des fonds de l'association. Toutefois, par l'intermédiaire des sommes d'argent appartenant à l'association, la Cour a évité de se prononcer directement sur la force de travail qui elle seule, en réalité, a été détournée. Le fait d'employer des salariés, pendant leur temps de travail, à des fins personnelles, « revient à faire de cette force de travail un usage différent de celui déterminé et ceci au préjudice de l'employeur<sup>1144</sup> ». La solution de la Chambre criminelle est d'autant plus regrettable qu'il était aisé d'admettre le détournement de la force de travail sans reconnaître pour autant son appropriation, ce que permet le délit d'abus de confiance : il n'est pas besoin de prouver que l'auteur du délit s'approprie ce dont il abuse<sup>1145</sup>.

Ainsi, la force de travail ne fait pas encore l'objet d'une consécration prétorienne, en dépit d'une patrimonialisation démontrée<sup>1146</sup> et d'une analyse doctrinale poussée et convaincante parlant à son sujet de quasi-propriété<sup>1147</sup>. Il n'en demeure pas moins que la force de travail ainsi que le savoir-faire, les secrets des affaires, la clientèle civile comme commerciale sont autant de valeurs économiques qui participent aux forces vives de l'économie d'une société. Le Droit ne peut les ignorer et prévoir alors des pare-feux comme l'utilisation de la responsabilité civile et notamment de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire pour défendre l'atteinte à ces valeurs, à défaut de droit privatif légalement reconnu. L'exemple du contentieux entourant le savoir-faire ou le secret des affaires nous montre de manière

---

[E]t d'autre part, la qualification d'abus de confiance ne saurait être retenue à propos du détournement d'heures de travail, l'art. 314-1 c. pén. précisant que l'abus de confiance suppose le détournement, après remise préalable, de fonds, valeurs ou bien quelconque, l'objet du détournement doit donc nécessairement être un bien, une chose susceptible d'appropriation, et le temps ou la force de travail d'une personne ne sauraient être assimilés à un bien au sens de ce texte.

Bertrand DE LAMY, « La force de travail peut-elle être assimilée à un bien au sens de l'article 314-1 du code pénal sur l'abus de confiance? », D. 2002.somm.1795.

<sup>1143</sup> Crim., 20 oct. 2004, *Bull. crim.*, n° 248.

<sup>1144</sup> B. DE LAMY, préc., note 1142.

<sup>1145</sup> B. DE LAMY, préc., note 1114.

<sup>1146</sup> P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », préc., note 722.

<sup>1147</sup> T. REVET, préc., note 722, notamment n° 587, p. 612.

flagrante que la notion de valeur a clairement émergé au point de constituer actuellement le critère essentiel de la notion de bien.

## Conclusion section I

344. À la lecture de ces décisions qui ne sont que quelques exemples jurisprudentiels, force est de constater que les tribunaux érigent la valeur économique comme un critère de définition de la notion de bien. Par ailleurs, la littérature juridique actuelle nous donne autant d'indices qui nous portent à croire, légitimement, à une consécration législative imminente. En effet, certaines propositions de loi visent clairement à consacrer et à classer la force de travail<sup>1148</sup>, le savoir-faire<sup>1149</sup> ou l'information économique<sup>1150</sup> parmi les biens. Ces propositions visent à combler les défaillances législatives contre les captations frauduleuses des patrimoines dématérialisés des entreprises<sup>1151</sup>. La protection des valeurs économiques regroupées parfois sous l'appellation *d'intelligence économique*<sup>1152</sup> appelle donc à une véritable prise de conscience de la communauté juridique sur cette question.

---

<sup>1148</sup> La proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », présentée par M. Jacques Godfrain, visant à protéger le travail intellectuel, ni original, ni innovant, mais destiné à être exploité en vue d'un profit (FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 932).

<sup>1149</sup> Sur l'apport du savoir-faire considéré comme un apport en industrie possible au sein d'une société anonyme non cotée : C. MALECKI, préc., note 746, n° 10 et 11.

<sup>1150</sup> FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Proposition de loi n° 1611 du 13 mai 2004 relative à la protection des informations économiques, présentée par le député M. Bernard Carayon*, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1611.asp>> (site consulté le 4 mai 2012), inspirée de l'*Economic Espionage Act*, 18 U.S.C., § 1831 (communément appelé le *Cohen Act*). Le but annoncé est le suivant : « Toute personne qui a accès ou s'approprié sans autorisation des informations représentant une valeur économique qui ne sont pas dans le domaine public et pour lesquelles une entreprise a pris des mesures de protection substantielles et passible de sanctions pénales et civiles. »

<sup>1151</sup> Intention affichée dans FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 1150; Thibault DU MANOIR DE JUAYE, « Intelligence économique et secret des affaires: le point de vue des juristes », Cah. dr. entr. 2008.doss.44.

<sup>1152</sup> FRANCE, COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, présidé par Henri MARTRE, Paris, La Documentation française, février 1994, en ligne : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000410/0000.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012); Réflexions sur l'intelligence économique de Bernard BESSON et Jean-Claude POSSIN, *L'intelligence des risques*, Paris, Éditions IFIE, 2006; Louis MARTIN, « Le risque informationnel dans les relations de partenariat », Cah. dr. entr. 2008.5.25.

## **Section II - Le droit sur la valeur en droit des sûretés français et québécois**

**345.** Tant le droit civil français que québécois fournissent des exemples saillants d'utilisation de la valeur du bien grevé d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque mobilière. Ce droit préférentiel sur la valeur n'est pas une invention doctrinale mais une réalité juridique, qui doit être consacrée explicitement par les législateurs dans le domaine du droit des sûretés québécois (§1) et français (§2).

### **§1. Le droit préférentiel sur la valeur en droit des sûretés québécois**

**346.** Seront abordées les différentes formes possibles de sûretés mobilières sur des biens incorporels utilisant le mécanisme du droit préférentiel sur la valeur conféré au créancier garanti. Dans certains cas, ce droit préférentiel se transforme en un droit quasi exclusif sur la valeur du bien remis en garantie.

#### **A) Le gage ou l'hypothèque sans dépossession sur les valeurs mobilières ou sur les titres intermédiés**

**347.** Certains indices nous laissent croire qu'il s'agit d'un véritable droit préférentiel voire même exclusif sur la valeur lors de la constitution et la réalisation d'un gage ou d'une hypothèque sans dépossession sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés. Ce droit sur la valeur appartenant initialement au propriétaire serait concédé par le constituant au créancier gagiste ou hypothécaire lors de la constitution ou la réalisation du gage ou de l'hypothèque.

**348.** La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009, est originale dans la mesure où le

législateur québécois n'a pas hésité, dans le domaine financier, à consacrer l'acquisition de droits sur une valeur mobilière ou sur un actif financier, notamment lors d'une vente, d'un gage ou d'une hypothèque sans dépossession<sup>1153</sup>.

**349.** Il est frappant de voir qu'à travers la lecture de l'article 6 de la loi précitée, le législateur n'a pas souhaité préciser la nature de ce droit acquis lors d'un transfert de valeurs mobilières ou d'actif financier. Les travaux parlementaires confirment cette absence de qualification délibérée<sup>1154</sup>. Le législateur n'a pas voulu prendre parti en qualifiant de droit de créance ou droit réel<sup>1155</sup> le droit acquis par un acquéreur de valeur mobilière. Cet acquéreur peut être aussi, au sens de la L.T.V.M., un acheteur, un créancier gagiste ou un créancier hypothécaire.

**350.** La nature juridique du droit appartenant à l'acquéreur d'une valeur mobilière n'a pas été précisée et il nous importe d'en comprendre les limites puisque le créancier gagiste ou hypothécaire revendique un droit à ce titre. Par ailleurs, la notion de propriété reste inscrite dans la loi<sup>1156</sup> avec des contours volontairement indéfinis. En effet, la question de la propriété des valeurs mobilières n'a pas été abordée ni directement, ni explicitement dans la L.T.V.M. La loi est rédigée en des termes plus descriptifs qu'explicites. Ils y sont décrits le titulaire, l'intermédiaire, et l'acquéreur de droits

---

<sup>1153</sup> L.T.V.M., art. 6 :

Il y a transfert d'une valeur mobilière sous le régime de la présente loi dès lors qu'une personne, acquéreur de droits sur cette valeur, obtient de l'émetteur ou d'une autre personne la livraison de cette même valeur. 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.

L'acquisition de droits sur une valeur mobilière ou un actif financier peut résulter de tout acte constitutif ou translatif de droits sur cette valeur ou cet actif, qu'il soit à titre onéreux ou à titre gratuit, notamment d'une émission, d'une vente ou d'un échange, d'une donation ou d'une hypothèque, pourvu seulement que l'acte soit de nature consensuelle.

<sup>1154</sup> Renvoi aux propos de M. Charbonneau à la note 465.

<sup>1155</sup> Aussi en ce sens : L. PAYETTE, préc., note 98, p. 429. Cette question est surtout théorique mais fait ressurgir une autre question sous jacente et d'importance, celle qui porte sur la nature juridique de la propriété des valeurs mobilières et des titres.

<sup>1156</sup> L.T.V.M., notamment art. 26 et 107 et implicitement un grand nombre d'articles.



(l'intermédiaire peut aussi être acquéreur de droits). À l'article 107, tout de même, elle déclare que l'intermédiaire n'est pas propriétaire des titres. Mais elle ne se prononce pas sur la propriété véritable de l'acquéreur de valeurs mobilières.

**351.** La lecture complémentaire de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>1157</sup>, qui fait référence aux notions de « propriétaire véritable » des actions et de « propriété effective » des actions, est nécessaire. L'article 2 de cette loi apporte les précisions suivantes : « véritable propriétaire » s'entend comme « notamment du propriétaire de valeurs mobilières inscrites au nom d'un intermédiaire, notamment d'un fiduciaire ou d'un mandataire et « propriété effective » s'entend du « droit du véritable propriétaire ».

**352.** Par ailleurs, la nouvelle loi québécoise, *Loi sur les sociétés par actions*<sup>1158</sup>, n'emploie pas les termes « propriétaire » ou « propriété » des actions. Il est intéressant de noter toutefois que l'article 2 de cette loi définit la notion de « bénéficiaire » pour faire référence au « titulaire d'un titre intermédié » et tout autre titulaire de droits sur une valeur mobilière d'une société au nom d'une autre personne, notamment un administrateur du bien d'autrui ou un mandataire. La notion de « bénéficiaire » évoque la notion utilisée dans les dispositions du *Code civil du Québec* sur la fiducie. On pourrait y voir un lien avec la théorie du « patrimoine d'affectation<sup>1159</sup> ».

---

<sup>1157</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 2 (1), 6 d), 31, 46, 48, 49, 51, 61, 68, 70, 72, 78, 79, 80, 81, 105, 126, 130, 131, 137, 145, 146, 147, 153, 161, 173, 174, 176, 190, 234, 235, 238 et 257.

<sup>1158</sup> *Loi sur les sociétés par actions*, projet de loi n° 63 (sanctionné - 4 décembre 2009), 1<sup>ère</sup> sess., 39<sup>e</sup> légis. (Qc).

<sup>1159</sup> Céline KUHN, *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université Panthéon-Sorbonne, 2003.

**353.** À titre de précision complémentaire, le *Règlement* (émanant de l'autorité québécoise des marchés financiers) *54-101 sur la communication avec les propriétaires véritables des titres d'un émetteur assujetti*<sup>1160</sup> nous donne une réponse claire. Ce règlement peut être combiné à la lecture de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions*. L'article 1.1 dudit règlement propose une définition du propriétaire véritable :

Personne ou société pour le compte de laquelle un intermédiaire détient des titres dans un compte et qui donne les instructions contenues dans la formule de réponse du client ou, si aucune instruction n'est fournie, qui est autorisée à en donner.

L'intermédiaire visé dans ce Règlement est celui détenant directement ou indirectement des valeurs mobilières<sup>1161</sup>.

D'autre part, ce règlement antérieur à la L.T.V.M. n'a pas fait l'objet de modification ou d'abrogation sur ce point. L'expression « véritable propriétaire » est encore en vigueur. Cette expression met le doigt sur la nature complexe ou plurale de la propriété des valeurs mobilières. L'intermédiaire est dans une situation particulière; même si l'actionnaire inscrit dans les registres de la société émettrice est l'intermédiaire et qu'à ce titre, il reçoit les dividendes et détient le droit de vote, il doit cependant payer l'équivalent des dividendes reçues au titulaire<sup>1162</sup> et se conformer aux instructions du titulaire pour l'exercice du droit de vote<sup>1163</sup>. Il est juridiquement détenteur inscrit. Il n'est pas le propriétaire véritable même s'il dispose de prérogatives similaires aux yeux de l'émetteur. Il est comme un propriétaire délégué. À certains égards, on pourrait comparer cette propriété affectée à celle du fiduciaire.

---

<sup>1160</sup> *Règlement 54-101 sur la communication avec les propriétaires véritables des titres d'un émetteur assujetti*, (2005) 137 G.O. II, 2867, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/54-101/2005-06-30/2005juin30-54-101-vadmin-fr.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>1161</sup> *Id.*, art. 1.2.

<sup>1162</sup> L.T.V.M., art. 117.

<sup>1163</sup> *Id.*, art. 118.

**354.** Comme le décrit le juge Mongeon dans l'affaire *Regroupement des marchands actionnaires Inc. c. Métro Inc.*<sup>1164</sup> :

Ces dispositions font du Regroupement plus qu'un simple mandataire. Le Regroupement détient à l'égard desdites actions, certains éléments de la propriété de ces mêmes actions, sinon comme propriétaire, du moins "à titre de propriétaire" notamment au niveau des actions nanties au fondé de pouvoir aux termes de la dite convention.

Au surplus, si les clients-actionnaires ont cédé certains droits faisant normalement partie du faisceau des droits d'un propriétaire, il faut conclure que ces droits d'actionnaires ont été acquis par d'autres, dont le Regroupement.

La réponse ne peut être donnée sous couvert d'une conception classique de la propriété. Cette propriété des valeurs mobilières peut être qualifiée de plurale. Cette nouvelle approche peut être comparée par exemple avec celle adoptée pour la propriété fiduciaire qui met en exergue la notion de patrimoine d'affectation. Plusieurs personnes interviennent sur un même bien, avec des vocations (des buts), des droits et devoirs différents. On pourrait développer ce point en se servant de l'opinion de nombreux auteurs français qui l'ont brillamment exprimé comme les professeurs Céline Kuhn<sup>1165</sup>, François Barrière<sup>1166</sup> et Rémy Libchaber<sup>1167</sup>.

**355.** À notre avis, il s'agit moins d'un démembrement du droit de propriété (usufruit, démembrement innommé comme le droit de coupe) comme semble l'affirmer le juge dans cette l'affaire précitée, mais plutôt d'une modalité de la propriété (comme la copropriété divise ou indivise). La richesse et la densité du droit de propriété permettent de l'envisager dans une dimension plurielle. Une approche rénovée de la propriété permet de prendre en compte cette réalité tout en dépassant l'approche classique.

---

<sup>1164</sup> *Regroupement des marchands actionnaires Inc. c. Métro Inc.*, préc., note 900, par. 78 et 79.

<sup>1165</sup> C. KUHN, préc., note 1159.

<sup>1166</sup> François BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004.

<sup>1167</sup> Rémy LIBCHABER, « Incidences d'un trust américain sur l'assujettissement à l'ISF », *Bulletin Joly Sociétés* 2009.10.873.

En conclusion, le créancier gagiste ou hypothécaire qui est défini au sens de la L.T.V.M. comme un acquéreur d'un droit sur la valeur mobilière détient en fait un droit préférentiel sur la valeur d'un actif financier. Ce droit lui a été conventionnellement transmis par le propriétaire initial.

**356.** Par ailleurs, l'article 2759 du *Code civil du Québec* modifié par la L.T.V.M. prévoit une réalisation simplifiée du gage ou de l'hypothèque mobilière qui grève des valeurs mobilières ou des titres intermédiés. En effet, si la convention ne l'interdit pas et si les titres sont négociables ou détenus en vertu d'un accord de maîtrise, le créancier hypothécaire peut en disposer ou les vendre sans être tenu de donner un préavis, d'obtenir un délaissement ou de respecter les délais prescrits par le titre concernant l'exercice des droits hypothécaires.

**357.** Le créancier gagiste ou hypothécaire dispose donc d'un droit direct de perception sur la valeur des valeurs mobilières ou des titres garantis. En vertu de l'alinéa 2 de l'article 2759 précité, le créancier dispose de la valeur ou du titre comme sien et peut imputer le produit de la vente sur ses frais engagés. Ensuite, il devra procéder au paiement des autres créanciers primant ses droits avant de recouvrer sa propre créance. Dans l'hypothèse d'un surplus, il le remettra au débiteur. Cette vente purgera les droits réels grevant la valeur ou le titre.

**358.** A l'évidence, il ressort de l'ensemble de ces dispositions que le créancier gagiste ou hypothécaire détenant une sûreté sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés, négociables ou détenus en vertu d'un accord de maîtrise, bénéficie d'un droit direct et préférentiel sur la valeur des biens garantis.

## B) L'hypothèque sur les créances

**359.** Le *Code civil du Québec* permet au créancier détenant une hypothèque sur une créance de percevoir le capital et les intérêts. Manifestement, le créancier hypothécaire dispose d'un droit direct sur la valeur de l'objet mis en garantie<sup>1168</sup>. Il dispose de ce droit à sa guise puisque par sa seule volonté manifestée par un avis notifié et inscrit<sup>1169</sup>, il pourrait redonner au constituant ce droit sur la valeur. En outre, ce droit direct de perception du créancier hypothécaire n'est pas assimilé à une mesure de réalisation en cas de défaut du débiteur<sup>1170</sup>. Il est aussi permis au créancier de percevoir les revenus produits par la créance grevée ainsi que le capital de cette créance durant l'existence de l'hypothèque, même si le montant excède la valeur de l'obligation garantie, à charge pour lui de rendre le surplus au débiteur<sup>1171</sup>. Ce droit de perception, qui est plus qu'un droit préférentiel, crée l'une des originalités de l'hypothèque sur créances.

## C) L'hypothèque sur l'achalandage

**360.** Puisque l'achalandage fait l'objet d'une évaluation dans le cadre d'une vente d'entreprise, il n'est pas étonnant que cette même valeur puisse servir d'assiette pour constituer une hypothèque. Par exemple, dans une affaire concernant la vente d'une entreprise de produits pétroliers, l'achalandage fut évalué en fonction de la quantité de litres de pétrole réellement vendus<sup>1172</sup>. Dans cette affaire, la juge Laberge n'ayant pas considéré que cette valeur ait faussement été représentée, a donc rejeté sur ce point la demande d'annulation du contrat de vente. Cet exemple de calcul de la valeur de l'achalandage d'une société commerciale permet de comprendre que le droit sur la valeur est une réalité

---

<sup>1168</sup> C.c.Q., art. 2743.

<sup>1169</sup> C.c.Q., art. 2745.

<sup>1170</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 1082, p. 517.

<sup>1171</sup> C.c.Q., art. 2747.

<sup>1172</sup> *Pétroles St-Jean Inc. c. 2865-9985 Québec Inc.*, [1998] n° AZ-98022059 (C.S.): Vente des listes des clients et de la valeur de l'achalandage, vente des marchandises, vente des droits aux numéros de téléphones et d'utiliser les raisons sociales dans le cadre d'une vente d'entreprise.

juridique admise. L'hypothèque ne peut dès lors être considérée autrement que comme un droit préférentiel sur la valeur d'un bien.

#### **D) L'hypothèque sur les clientèles ou sur une invention**

**361.** Une hypothèque peut être prise sur une universalité de biens meubles telle la clientèle d'une entreprise ou d'un professionnel conformément à l'article 2666 du *Code civil du Québec*. Les tribunaux ont admis que l'universalité des dossiers clients d'une clinique de chirurgien dentiste pouvait donner lieu à une hypothèque valide<sup>1173</sup>. Cette clientèle dont on attribue la valeur au bilan peut être hypothéquée comme un bien meuble incorporel depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*<sup>1174</sup>. Il est donc indéniable que le créancier hypothécaire détient un droit préférentiel sur la valeur de la clientèle grevée d'une hypothèque.

**362.** Les dossiers-clients ont une valeur économique intrinsèque qui en fait des biens meubles incorporels. Pour preuve, la cession de la clientèle civile est désormais une opération juridique admise<sup>1175</sup>. Dans ces conditions, l'hypothèque de ce bien dont la valeur est reconnue, est largement possible et octroie à ce titre un droit de préférence au créancier hypothécaire.

**363.** Les tribunaux ont aussi admis la validité d'une hypothèque grevant une invention non encore brevetée. Dans cette affaire, le juge a considéré qu'il était possible d'hypothéquer sans dépossession pour une personne qui exploite une entreprise un bien particulier telle une invention non brevetée au sens des dispositions de l'article 2666 du *Code civil du Québec*<sup>1176</sup>.

---

<sup>1173</sup> *Valiquette c. Valiquette*, préc., note 47.

<sup>1174</sup> *Id.*, par. 20.

<sup>1175</sup> *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 47.

<sup>1176</sup> *Collège d'enseignement général et professionnel de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance Inc.*, préc., note 47, par. 12 et 13; L. PAYETTE, préc., note 84, n° 1316, p. 637.

## E) L'hypothèque sur les produits d'assurance-vie

**364.** Le *Code civil du Québec* permet d'hypothéquer non seulement le droit au paiement de la somme assurée en cas de décès mais aussi les autres droits que confère l'assurance-vie et notamment, les droits à la valeur de rachat<sup>1177</sup>. Le titulaire d'une police d'assurance-vie peut toujours hypothéquer ces droits dans la police sauf si celle-ci a pour bénéficiaire son conjoint ou un autre bénéficiaire désigné à titre irrévocable. Dans ces situations, il y a insaisissabilité à laquelle il ne peut renoncer<sup>1178</sup>. D'autant que la loi permet au créancier ordinaire du titulaire d'une police d'assurance-vie d'accéder à la valeur de rachat de la police, sauf dans les situations d'insaisissabilité prévues par le législateur, le créancier hypothécaire pourra dès lors en cas de défaut de son débiteur réaliser la valeur de rachat et exercer sur le produit le droit de préférence que lui confère l'hypothèque<sup>1179</sup>.

Le créancier hypothécaire bénéficie donc d'un droit préférentiel sur la valeur que représente la police d'assurance, à hauteur de la dette garantie<sup>1180</sup>.

## §2. Le droit préférentiel sur la valeur en droit des sûretés français

**365.** Plusieurs formes de sûretés appelées soit gages, soit nantissements, prévus en droit français, utilisent la valeur du bien remis en garantie. Le nantissement de créances<sup>1181</sup>,

---

<sup>1177</sup> C.c.Q., art. 2415.

<sup>1178</sup> En réalité, la présence d'un bénéficiaire irrévocable empêche le créancier hypothécaire de toucher à la somme assurée que l'assureur devra remettre au bénéficiaire. L'hypothèque consentie malgré cet empêchement ne serait pas nulle mais privée d'effet et pourrait éventuellement voir le jour si le bénéficiaire précède la personne dont la police assure la vie, la créance ne tomberait pas dans sa succession mais retournerait au titulaire (art. 2455 C.c.Q.). L'hypothèque aurait alors tout son effet.

<sup>1179</sup> *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic)*, [1999] 3 R.C.S. 375, 399; L. PAYETTE, préc., note 408, n° 1190 et 1191, p. 512 et 513.

<sup>1180</sup> Contrairement à la règle générale en matière d'hypothèque sur créance (art. 2747 C.c.Q.), le créancier ne peut la percevoir qu'à hauteur de son dû. L'assureur ne devra, sous peine de voir sa responsabilité engagée, le payer que partiellement si la valeur de rachat excédait la dette garantie.

<sup>1181</sup> C. civ., art. 2355 et suiv.

le gage de compte-titres<sup>1182</sup>, le nantissement du solde d'un compte bancaire<sup>1183</sup>, le nantissement de produits résultant d'un contrat d'assurance-vie<sup>1184</sup>, le gage de stocks<sup>1185</sup>, le nantissement de fonds de commerce<sup>1186</sup>, le nantissement de parts sociales<sup>1187</sup>, des oeuvres cinématographiques<sup>1188</sup>, du droit d'exploitation des logiciels<sup>1189</sup> sont autant d'exemples significatifs. Certains d'entre eux seront examinés pour souligner l'importance de la place du mécanisme du droit préférentiel sur la valeur au sein du droit positif français. Il n'est donc pas irréaliste de souhaiter que ce droit préférentiel sur la valeur soit érigé clairement en droit positif comme un critère de qualification de la notion de sûreté mobilière.

### A) Le nantissement de créances

**366.** Tant le mécanisme même du nantissement de créances que la réalisation de cette sûreté permettent d'y voir une illustration du droit sur la valeur.

L'Ordonnance de 2006 a effectué une assimilation du régime du nantissement de créances de droit commun avec celui prévu pour les créances professionnelles cessibles et nantissables par bordereau Dailly. Le nantissement de créances est désormais opposable entre les parties et à l'égard des tiers à la date apposée sur l'acte de nantissement et non plus comme auparavant, à compter de la date de la dépossession. L'ordonnance précitée a

---

<sup>1182</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-1, modifié par l'*Ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière*, préc., note 301.

<sup>1183</sup> C. civ., art. 2360.

<sup>1184</sup> C. assur., art. L. 132-9 et suiv.

<sup>1185</sup> C. com., art. L. 527-1-L. 521-11, issus de l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19.

<sup>1186</sup> Le régime juridique du nantissement du fonds de commerce a été étendu au nantissement de fonds artisanal, par l'article 22 de la *Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat*, préc., note 272, puis au nantissement du fonds agricole par l'article 11 d) la *Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole*, préc., note 272 (article L. 311-3 C. rur.). On peut envisager prochainement celui du fonds libéral compte tenu de l'admission de la cession du fonds libéral par la jurisprudence, voir renvoi note n° 1009 et en ce sens, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 118, n° 678, p. 570, à la note 4.

<sup>1187</sup> C. civ., art. 1867, pour les parts sociales de sociétés civiles et C. com., art. L. 223-14 et L. 223-15, pour le nantissement de parts de société à responsabilité limitée.

<sup>1188</sup> Code du cinéma et de l'image animée. art. 123-1 et suiv.

<sup>1189</sup> Code de la propriété intellectuelle, art. L. 132-34.



aussi procédé à un rapprochement du nantissement de créances avec le droit québécois, l'hypothèque sur créances.

**367.** En effet, depuis la réforme opérée par l'ordonnance de 2006, le nantissement de créances permet au créancier de percevoir les sommes payées au titre de la créance nantie et de les imputer sur le montant de sa créance, si cette dernière vient à échéance<sup>1190</sup>, comme le prévoit l'article 2743 du *Code civil du Québec*. Dans le cas contraire, il devra les conserver à charge de les restituer au débiteur. En revanche, si le débiteur n'exécute pas l'obligation garantie, le créancier pourrait, huit jours après mise en demeure restée infructueuse, affecter les fonds au remboursement de sa créance<sup>1191</sup>.

**368.** Sans attendre l'échéance de la créance garantie, le créancier pourrait aussi invoquer le bénéfice d'un pacte comissoire, se voir ainsi attribuer automatiquement la créance en cas de non paiement par le débiteur et sans qu'il soit nécessaire que la valeur de la créance fasse l'objet d'une expertise<sup>1192</sup>. Au regard de ces dispositions, il est clair que le créancier dispose d'un droit sur la valeur de la créance garantie.

**369.** Ce droit sur la valeur attribué de manière directe et préférentielle peut se révéler ainsi lors de la réalisation du gage au moyen d'un pacte comissoire qui est permis, pour certains nantissements comme le nantissement de créances, à défaut de dispositions spéciales contraires<sup>1193</sup> et surtout pour les contrats de gage de droit commun. En effet, un des moyens dont dispose le créancier pour réaliser sa sûreté est, depuis l'ordonnance de 2006, de convenir que le gage lui sera attribué de plein droit en cas de non-paiement. La validité du pacte comissoire quasiment généralisée<sup>1194</sup>, depuis la réforme de 2006, est un signe éclatant de la reconnaissance du droit préférentiel voir même quasi exclusif sur la valeur au sein du droit des sûretés conventionnelles mobilières.

---

<sup>1190</sup> A condition d'avoir notifié le nantissement au débiteur cédé (C. civ., art. 2364).

<sup>1191</sup> C. civ., art. 2364.

<sup>1192</sup> Exigence prescrite que pour le cas de gages de biens meubles corporels : C. civ., art. 2348 al 2.

<sup>1193</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 515, p. 239.

<sup>1194</sup> Par exemple, exclusion pour le gage sur les stocks (art. L. 527-2 C. com.).

## B) Le nantissement de compte-titres

**370.** Le nantissement de compte-titres porte en réalité sur la valeur des instruments financiers<sup>1195</sup> énumérés dans la déclaration reçue par le teneur de compte<sup>1196</sup> puisque le nantissement peut se reporter automatiquement sur la valeur des instruments qui viennent en remplacement à la suite, par exemple, d'une vente. En effet, l'article L. 211-20-I du *Code monétaire et financier* vise :

« Les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent en garantie de la créance initiale du créancier nanti, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du nantissement. Les titres financiers et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrits au crédit du compte nanti, en garantie de la créance initiale du créancier nanti, sont soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale »<sup>1197</sup>.

Toutefois, le véritable objet de la sûreté reste indéniablement l'instrument financier et non le compte qui est, en fait, une simple « photographie<sup>1198</sup> ». Le compte permettra « simplement de réunir de façon visible les instruments financiers (...) ce qui est décisif est l'application des règles qui relie le titre nouveau à ceux précédemment nantis »<sup>1199</sup>.

<sup>1195</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 780, p. 539; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 584, p. 90; F. AUCKENTHALER, préc., note 301; H. SYNDET, préc., note 301, aux pages 720, 722, 724 et suiv., qui voit un glissement des valeurs, objet réel du gage, au réceptable de ces valeurs, le compte.

<sup>1196</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-20-I : « Le nantissement d'un compte-titres est réalisé, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte. »

<sup>1197</sup> Le nantissement peut même porter sur un bien indisponible : l'indisponibilité d'une valeur mobilière, quand elle est simplement temporaire, ne fait pas obstacle à son affectation en nantissement : Com., 30 sept. 2008, D. 2008.2596, obs. Delpech.

<sup>1198</sup> H. SYNDET, préc., note 301, à la page 725.

<sup>1199</sup> *Id.*

**371.** Une fois ces conditions juridiques rappelées qui, d'ailleurs, entérinent la pratique des clauses dites « d'arrosage », il ressort clairement que cette garantie, improprement appelée pendant longtemps gage au lieu de nantissement<sup>1200</sup>, porte sur la valeur des instruments détenus dans le compte financier<sup>1201</sup>. Il est évident que les nouveaux instruments financiers intègrent le compte nanti pour en compléter la valeur économique. En ce sens, ils participent au maintien de la substance du compte nanti qui porte en réalité sur la valeur économique des instruments financiers<sup>1202</sup>. Comme cette auteure précitée l'a si justement écrit « la nature de chacun des instruments financiers inscrits sur le compte est indifférente au créancier qui ne porte un intérêt qu'à leur valeur économique de l'ensemble du gage. Dès lors les substitutions qui s'opéreront entre les différents instruments financiers, dans l'optique d'une optimisation de la valeur de l'ensemble de ces instruments, sont bénéfiques au créancier<sup>1203</sup> ».

**372.** Le droit sur la valeur est aussi mis en exergue lors de la réalisation du nantissement du compte-titres qui peut se faire par attribution en pleine propriété. Le teneur de compte, pour le compte du créancier nanti, pourra s'attribuer une quantité déterminée des instruments financiers, naturellement dans la limite du montant de la créance garantie<sup>1204</sup>, sur la base du dernier cours ou de la dernière valorisation disponibles. Le juge n'intervient pas dans cette attribution dès lors que les risques de sous évaluation du bien nanti sont minimes<sup>1205</sup>. Pour les instruments dont les titres ne sont pas cotés, le bénéfice du pacte commissaire, permis par le droit commun, peut aussi donner au créancier nanti la faculté de se voir attribuer la pleine propriété de la valeur des instruments financiers. La

<sup>1200</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 498, p. 219; P. ANCEL, préc., note 17, n° 329, p. 142.

<sup>1201</sup> Dans ce sens, F. ZENATI, préc., note 8; Jean-Jacques DAIGRE, « Précisions relatives au gage de compte d'instruments financiers. Commentaire sur le décret du 21 mai 1997 », *Droit des sociétés* 1997.9.4.

<sup>1202</sup> Béatrice PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Paris, L.G.D.J., 2008, n° 512, p. 355.

<sup>1203</sup> *Id.*, n° 500, p. 348.

<sup>1204</sup> Décret n° 97-509 du 21 mai 1997 pris pour l'application des articles 29 et 29-1 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, modifiée par l'article 102 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités, J.O. 23 mai 1997, p. 7749, art. 3.

<sup>1205</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 540, p. 265 et 266.

valeur du bien devra être objectivement déterminée au jour du transfert de propriété, à défaut de cotation officielle sur un marché organisé, par une estimation d'expert<sup>1206</sup>.

### C) Le nantissement d'assurance-vie

**373.** L'assurance-vie est un outil d'épargne privilégié des ménages français qui représentait en 2006 plus de cent quarante milliards d'euros d'investissement<sup>1207</sup>. En 2004, ces contrats « arrivaient en deuxième position après les livrets défiscalisés, mais devant la résidence principale, l'épargne logement, les valeurs mobilières ou l'épargne salariale<sup>1208</sup> ». Le nantissement d'assurance-vie s'est, dès lors, imposé comme une garantie possible dans l'octroi de crédit aux ménages.

**374.** Originellement, elle était conçue pour prendre en charge les conséquences néfastes suite au décès de l'assuré à l'égard d'une ou plusieurs personnes. L'assureur doit alors verser une prestation qui prend la forme d'un versement d'une rente ou d'un capital ou du remboursement des frais d'obsèques. L'assurance sur la vie s'explique par le mécanisme de la stipulation pour autrui et permet de créer un droit propre au bénéficiaire.

**375.** De plus, l'assurance-vie s'est diversifiée. Il existe différentes sortes de contrats d'assurance-vie<sup>1209</sup> ainsi offerts aux ménages. Toutefois, les plus avantageux pour un créancier sont ceux qui utilisent une assurance dite mixtes, garantissant le risque de survie et de décès. Ces polices d'assurance prévoient les conséquences liées au décès et ceux attachées à la continuation de la vie. Dans ce dernier cas, il s'agit de prévoir alors une retraite complémentaire pour l'assuré constituée par le versement de primes d'assurance augmentées des produits financiers de placement. Ce contrat d'assurance-vie dit mixte fait

---

<sup>1206</sup> C. civ., art. 2348 al. 2.

<sup>1207</sup> FÉDÉRATION FRANÇAISE DES ENTREPRISES D'ASSURANCE, *L'assurance française en 2006*, Paris, p. 27, en ligne : <<http://www.ffsa.fr/ffsa/upload/reprise/docs/application/pdf/2010-03/rapportannuel2006.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012) et N. LEBLOND, préc., note 591, p. 6 et 8.

<sup>1208</sup> Laurence DAVID, « Trop d'assurance vie ou pas assez », *Les Échos* 2005.107.

<sup>1209</sup> N. LEBLOND, préc., note 591, p. 205-207.

coexister deux risques sur une même police d'assurance. L'idéal pour un créancier est de pouvoir bénéficier d'une faculté de rachat. Dans cette hypothèse avantageuse pour le créancier, le gage porte soit sur la créance d'indemnité en cas de réalisation du risque, soit sur « une pure » créance de somme d'argent en cas de demande de rachat. Dans les contrats qui ne comportent pas de faculté de rachat, le gage du créancier ne pourra porter que sur les sommes dues en cas de réalisation du risque garanti et à condition qu'il soit intervenu pendant la période de couverture prévu au contrat. Seule la créance d'indemnité du sinistre formera l'assiette du gage.

**376.** Ainsi, il sera plus intéressant pour un créancier de nantir un contrat d'assurance-vie comportant une faculté de rachat puisqu'il fera exister dans le patrimoine du débiteur un droit sur la valeur représenté par le contrat d'assurance. En cas de défaillance de son débiteur, le créancier n'aura pas à attendre la réalisation du risque garanti et pourra exercer son rachat sur cette valeur qui existe déjà dans le patrimoine de son débiteur<sup>1210</sup>.

**377.** Ainsi, le nantissement d'assurance-vie n'offre en garantie non pas un bien qui est représenté par la police d'assurance-vie, mais la valeur qu'il représente. Cette valeur dépendra de la prestation promise par l'assureur lors de la réalisation de la condition ou de l'échéance de la police. En réalité, la valeur constituera l'assiette de la garantie<sup>1211</sup>. Le nantissement du contrat d'assurance sur la vie « n'est qu'une variété du nantissement de créance qui se caractérise par l'affectation de la valeur que représente la créance nantie du créancier bénéficiaire de la sureté<sup>1212</sup> ».

**378.** La loi du 17 décembre 2007<sup>1213</sup> en modifiant en profondeur le régime du contrat d'assurance-vie a apporté des précisions sur le régime du nantissement du contrat

---

<sup>1210</sup> *Id.*, p. 208 et 209.

<sup>1211</sup> *Id.*, p. 216.

<sup>1212</sup> *Id.*, p. 277.

<sup>1213</sup> Luc MAYAUX, « Les audaces tranquilles du législateur (Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007) », J.C.P. 2008.I.106; Nicolas LEBLOND, « Le nantissement d'assurance vie réformé en catimini », Resp. civ. et assur.

d'assurance-vie<sup>1214</sup>. De la lecture de ces dispositions, il est intéressant de voir comment le nantissement du contrat d'assurance-vie se juxtapose en quelque sorte à la police d'assurance-vie souscrite par un individu. Le sort du contrat de nantissement d'assurance-vie dépendra plus ou moins de l'acceptation ou non du bénéficiaire selon trois nouveaux alinéas qui ont été ajoutés à l'article L. 132-10 du *Code des assurances*. Ainsi, trois situations sont prévues par la loi :

Quand l'acceptation du bénéficiaire est antérieure au nantissement, ce dernier est subordonné à l'accord du bénéficiaire.

Quand l'acceptation est postérieure au nantissement, celle-ci est sans effet à l'égard du créancier nanti.

Sauf clause contraire, le créancier nanti peut provoquer le rachat nonobstant l'acceptation du bénéficiaire.

Le premier alinéa peut emporter la critique. En effet, soumettre à l'accord du bénéficiaire la possibilité pour le souscripteur d'affecter son contrat d'assurance-vie en garantie de ses dettes est une entrave à la liberté contractuelle et prive l'assurance-vie de l'un de ses attraits, celui d'être un outil précieux de crédit utilisé dans l'économie française. Toutefois, le souscripteur pourra toujours désigner son créancier comme bénéficiaire ou procédera au nantissement dès la souscription du contrat d'assurance-vie.

Le dernier alinéa de l'article L. 132-10 du Code précité attire particulièrement notre attention puisqu'il montre toute la mesure du droit sur la valeur dont dispose le créancier nanti. En effet, le rachat du contrat d'assurance-vie pourra être « provoqué » par le créancier nanti c'est-à-dire que ce dernier pourra réclamer la valeur de la provision mathématique proche de la somme capitalisée des primes payées<sup>1215</sup>.

---

2008.étude.n° 3; Guy COURTIEU, « Assurance sur la vie: nouveaux ajustements législatifs II », *Resp. civ. et assur.* 2008.étude.n° 1.

<sup>1214</sup> L'article L. 132-6 C. assur. interdit désormais que la police d'assurance soit à ordre ou au porteur. La dépossession de la police n'est donc plus une formalité de validité du contrat de nantissement de la police.

<sup>1215</sup> Paul BOUTEILLER, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie », *J.C.P. éd. E.* 2001.646.

Le créancier pourra dès lors invoquer le rachat, peu importe que le nantissement ait été constitué après ou avant l'acceptation du bénéficiaire. Le créancier aura donc le droit d'exercer directement le rachat auprès de l'assureur en lui réclamant la valeur des primes payées. C'est un effet automatique du nantissement sur ce type de contrat d'assurance-vie<sup>1216</sup>. Le caractère personnel du droit au rachat qui est, en principe, octroyé au souscripteur s'efface derrière les exigences du droit des sûretés<sup>1217</sup>. On peut ici souligner l'originalité du contrat de nantissement d'assurance-vie puisque le souscripteur quant à lui, une fois que le bénéficiaire a accepté le contrat d'assurance-vie, ne peut plus exercer sa faculté de rachat. Cette faculté de rachat est désormais subordonnée à l'absence d'acceptation du bénéficiaire depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 132-9- I nouveau du *Code des assurances*, disposition d'ordre public insérée par la loi précitée du 17 décembre 2007<sup>1218</sup>. En revanche, le créancier nanti peut exercer le rachat peu importe l'acceptation du bénéficiaire. Il ne subit pas le même régime que son souscripteur. Toutefois, cette possibilité d'exercer le rachat lui est reconnue en cas d'existence d'une clause stipulée en ce sens. Il faut ajouter que ce droit d'exercer le rachat ne présentera d'utilité que dans l'hypothèse où la créance nantie est arrivée à échéance avant le contrat d'assurance-vie<sup>1219</sup>. En outre, le débiteur de la créance garantie devra lui aussi faire preuve d'une défaillance dans le règlement de son obligation. Une mise en demeure lui aura été adressée au préalable. Dans ces conditions, l'exercice du droit de rachat permet une pleine efficacité du nantissement du contrat d'assurance-vie. Elle démontre, de manière éclatante, l'utilisation

<sup>1216</sup> N. LEBLOND, préc., note 1213.

<sup>1217</sup> En ce sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, R.G.D.A. 2006.503, note Mayaux; Maurice PICARD et André BESSON, *Traité général de droit des assurances terrestres*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1945, n° 168, p. 395, lorsque l'assurance est utilisée comme un moyen direct de crédit, elle « cesse d'être un acte de prévoyance pour devenir la garantie d'une dette dont il n'appartient pas au souscripteur de supprimer l'efficacité ».

<sup>1218</sup> Avant cette disposition nouvelle, une solution contraire préexistait : malgré l'acceptation du bénéficiaire, le souscripteur pouvait toujours exercer sa faculté de rachat en l'absence d'une renonciation expresse de sa part : Ch. mixte, 22 févr. 2008, J.C.P. 2008.act.178; Luc MAYAUX, « Le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie mixte peut exercer sa faculté de rachat malgré l'opposition du bénéficiaire acceptant », J.C.P. 2008.II.10058. Désormais, pour les contrats d'assurance-vie en cours et non acceptés à la date de l'entrée en vigueur de la *Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés*, J.O. 18 déc. 2007, p. 20358. La question est réglée dans la mesure où celle loi pose le principe selon lequel l'acceptation du bénéficiaire paralyse la faculté de rachat du souscripteur.

<sup>1219</sup> Dans l'hypothèse inverse, le créancier nanti recevra seul le paiement des sommes dues par l'assureur à charge de les conserver sur un compte spécialement ouvert selon les dispositions de l'article 2364 C. civ.

directe et préférentielle du droit sur la valeur conféré au créancier nanti d'un contrat d'assurance-vie, indépendamment de l'accord du bénéficiaire ou des droits du souscripteur.

## D) Les sûretés sur les propriétés intellectuelles

**379.** Les différentes formes de sûretés sur les propriétés intellectuelles nous donnent la mesure du droit préférentiel sur la valeur existant au sein des multiples régimes.

### 1) Le nantissement sur les œuvres cinématographiques

**380.** Le nantissement sur les œuvres cinématographiques est un exemple supplémentaire de droit préférentiel sur la valeur que la loi a mis en place. Une œuvre déjà réalisée ou même future peut faire l'objet d'un nantissement dès lors que son titre a été régulièrement inscrit au registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel. Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2006, il est même possible de nantir les droits d'exploitation sur un simple projet d'adaptation d'une œuvre littéraire<sup>1220</sup>. Toutefois, l'originalité de cette sûreté réside dans la possibilité d'offrir au créancier nanti un droit direct sur les recettes d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle avant l'échéance de la garantie<sup>1221</sup>. Cette pratique de la « délégation de recettes » modulable, qui peut porter sur tout ou partie des recettes et selon des zones géographiques, permet au créancier de profiter des droits d'exploitation « au moment où la valeur de l'assiette est la plus importante<sup>1222</sup> ». D'autant que les règles de constitution et les effets du régime de la délégation de recettes de films révèlent la nature hypothécaire de

---

<sup>1220</sup> Code de l'industrie cinématographique, art. 33-2 (abrogé au 26 juillet 2009), remplacé par l'*Ordonnance n° 2005-652 du 6 juin 2005 relative au registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel et créant un registre des options*, J.O. 7 juin 2005, p. 10033, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2006, prévoyant l'article L. 123-2 du Code du cinéma et de l'image animée.

<sup>1221</sup> N. MARTIAL, préc., note 603, n° 150, p. 111.

<sup>1222</sup> *Id.*, n° 150, p. 112.



cette garantie<sup>1223</sup>. Elle s'apparente en effet à une hypothèque sur créance<sup>1224</sup>. En cas de défaillance, le créancier perçoit les recettes du film, ce qui équivaut à la vente d'un bien immeuble hypothéqué. Selon le professeur Legeais : « Le bien hypothéqué n'existe plus. Il est remplacé par une somme d'argent qu'il importe de répartir entre les divers créanciers en tenant compte de l'ordre de leur inscription et de la hiérarchie des privilèges établie par le législateur. »<sup>1225</sup>

Outre le bénéfice d'un droit direct sur les recettes du film exercé à l'encontre des exploitants du film, le créancier jouira d'un droit de préférence et d'un droit de suite. Parallèlement, le débiteur continuera d'exploiter le film. Une procédure de purge comparable à celle organisée pour l'hypothèque immobilière est d'ailleurs prévue aux articles 124-4 du *Code du cinéma et de l'image animée*. Le tiers acquéreur a ainsi la possibilité de se libérer du prix de vente du film directement entre les mains du créancier afin que ce dernier puisse exercer son droit de suite à l'échéance de la dette garantie. Ces attributs permettent de requalifier ce type de nantissement en hypothèque mobilière.

## 2) Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels<sup>1226</sup>

**381.** Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels, lui aussi, porte sur la valeur reconnue à l'auteur d'un logiciel du droit d'exploiter son œuvre. Ce droit incorporel de nature patrimoniale s'apparente à une hypothèque mobilière et suit un régime calqué sur celui du nantissement de fonds de commerce<sup>1227</sup>. Ce nantissement fait l'objet d'une publicité au registre national spécial des logiciels, tenu par l'I.N.P.I., sous peine d'inopposabilité du nantissement. Ce nantissement offre au créancier un droit de préférence

<sup>1223</sup> Code de l'industrie cinématographique, art. 33 (abrogé au 26 juillet 2009). Cet article a été remplacé par l'article L. 123-1 du Code du cinéma et de l'image animée. La publicité sur le registre tenu au Centre National de la Cinématographie suffit à la qualifier de garantie hypothécaire : D. LEGEAI, préc., note 59, n° 375-381, p. 216-220.

<sup>1224</sup> D. LEGEAI, préc., note 59, n° 379, p. 219.

<sup>1225</sup> *Id.*

<sup>1226</sup> Code de la propriété intellectuelle, art. 132-34; Eléonore VARET, « Le contentieux des licences de logiciel dans tous ses états », J.C.P. éd. E 2012.10.1173.

<sup>1227</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 118, n° 686, 1173

sur le droit d'exploitation<sup>1228</sup> et probablement un droit de suite de fait<sup>1229</sup>. Malgré quelques imperfections<sup>1230</sup>, il n'en demeure pas moins une sûreté prise sur la valeur conférée à un logiciel.

### 3) Le nantissement de brevet

**382.** Le nantissement de brevet et plus précisément le nantissement de licences d'exploitations de brevet expressément prévu à l'article L. 143-17 du *Code de commerce* est envisagé lors du nantissement d'un fonds de commerce. Le nantissement de brevet pris isolément, indépendant de tout nantissement de fonds de commerce, est moins évident<sup>1231</sup> à la lecture des textes juridiques. Seuls quelques textes<sup>1232</sup>, au demeurant très laconiques, mentionnent cette forme de sûreté dont le régime n'est pas clairement précisé. Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence l'ont admis comme une garantie<sup>1233</sup> en se référant notamment aux règles du Code civil (anciens articles 2071 et suivants). En ce qui concerne le nantissement de brevet effectué lors d'un nantissement de fonds de commerce, le *Code du commerce* prévoit qu'il soit inscrit au registre national des brevets afin de le rendre opposable aux tiers. Toutes les opérations concernant le brevet devront être publiées à l'I.N.P.I. sous peine d'inopposabilité aux tiers, cette obligation confère en fait un droit de suite très efficace. Par ailleurs, l'article L. 613-21 du *Code de la propriété intellectuelle* fait référence à la vente judiciaire du brevet sans autre précision. L'ensemble de ces précisions légales nous confortent dans l'idée que ce nantissement de brevet qui ressemble à une hypothèque, octroie en réalité au créancier un droit préférentiel et un droit de suite qui portent sur la valeur de la licence d'exploitation.

<sup>1228</sup> Code de la propriété intellectuelle, art. L. 132-34 al. 4.

<sup>1229</sup> Michel VIVANT, « Logiciel 94: Tout un programme? », J.C.P. 1994.I.3792, n° 21 : « Il n'existe peut être pas de droit de suite proprio sensu mais, comme ce nantissement est tout intellectuel et lié à une inscription à laquelle est subordonnée l'opposabilité aux tiers, le droit de peut "échapper" au créancier nanti. »

<sup>1230</sup> Le logiciel n'est pas soumis à un dépôt préalable et la publicité ne porte que sur le nantissement et les cessions et concessions, elle ne s'étend pas à l'ensemble des opérations affectant le droit d'exploitation d'un logiciel; N. MARTIAL, préc., note 603, n° 169, p. 124.

<sup>1231</sup> *Id.*, n° 114 et 115, p. 93 et 94; B. PARANCE, préc., note 1202, n° 445-447, p. 309-311.

<sup>1232</sup> Les articles L. 614-14; L. 614-29, L. 613-24, R. 612-38, R. 613-45 et R. 613-55 du Code de la propriété intellectuelle qui mentionnent les termes de gage ou de nantissement de brevet.

<sup>1233</sup> B. PARANCE, préc., note 1202, n° 444, p. 309.

### E) Le nantissement de fonds de commerce

**383.** Le nantissement de fonds de commerce, mis en place par la loi du 17 mars 1909 actuellement insérée aux articles L. 142-1 et suivants du *Code de commerce*, peut porter sur l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, voire même les brevets et les marques. Il doit être publié sur un registre prévu à cet effet tenu après du greffe du tribunal de commerce du lieu de situation du fonds. Ce nantissement est en réalité une hypothèque mobilière sans dépossession<sup>1234</sup>. La dépossession qui conduit à l'immobilisation économique du bien est inadéquate puisqu'elle réduit à néant la valeur du bien qui ne peut qu'être maintenue et augmentée par l'exploitation du bien par le débiteur. Ainsi, la prise de garantie sur un fonds de commerce ou un fonds artisanal ou libéral doit pouvoir se faire en maintenant la valeur de l'assiette.

**384.** Or, la valeur du fonds de commerce, artisanal ou libéral réside dans le droit au bail, l'emplacement mais surtout dans la clientèle, élément essentiel du fonds, qui justifie le plus souvent son nantissement<sup>1235</sup>. Le créancier nanti jouit alors d'un droit de préférence sur le prix c'est-à-dire sur la valeur du fonds<sup>1236</sup> et d'un droit de suite sur le fonds. Le débiteur conserve le droit d'exploiter le fonds de commerce qui représente pour ainsi dire son seul instrument de travail qui lui permettra de survivre économiquement<sup>1237</sup>. Le débiteur a même le droit d'en disposer et de le vendre. Il aura pour seule interdiction de diminuer la valeur par cession d'un ou de plusieurs de ses éléments. À défaut, il risquerait d'être passible de sanctions pénales qui répriment le détournement d'objets données en gage<sup>1238</sup>. De même si un déplacement du fonds en diminuerait la valeur, le créancier pourrait faire

<sup>1234</sup> L. AYNES et P. CROCQ, préc., note 62, n° 541, p. 266; P. ANCEL, préc., note 17, n° 330, p. 142; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 786, p. 543; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 118, n° 679, p. 571; M. CABRILLAC, préc., note 59, p. 35; Douai, 26 juill. 1937, D.H. 1937.541, 541, les créanciers nantis « étaient plutôt assimilables à des créanciers hypothécaires ».

<sup>1235</sup> Albert COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1948, n° 52; F. TERRE et P. SIMLER, préc., note 8, n° 55 et 56, p. 63-67; Isabelle PETEL-TEYSSIE, « Une nouvelle sûreté: le nantissement du fonds agricole », *Revue de droit rural* 2006.340.25, n° 15.

<sup>1236</sup> P. ANCEL, préc., note 17, n° 330, p. 142.

<sup>1237</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 786, p. 543.

<sup>1238</sup> Crim., 6 janv. 1966, *Gaz. Pal.* 1966.1.244.

prononcer la déchéance du terme<sup>1239</sup>. Par ailleurs, ce nantissement de fonds de commerce peut être offert en garantie à l'administration fiscale pour le recouvrement d'une créance du Trésor<sup>1240</sup>. En effet, dans le cadre d'une demande de sursis de paiement d'une imposition, il peut être demandé au contribuable contestataire de constituer une garantie propre à assurer le recouvrement de la créance du Trésor. Il est intéressant de souligner que face à cette offre de garantie, le Conseil d'État apprécie la méthode d'évaluation employée pour dégager la valeur du fonds de commerce<sup>1241</sup>. Ceci illustre à nouveau le principe du droit sur la valeur érigé comme un critère de détermination de la sûreté.

**385.** Au regard du droit positif, il ressort que la valeur du fonds de commerce est clairement l'objet de la sûreté. On peut en dire autant au sujet du fonds agricole qui à l'image du fonds de commerce, peut être également nanti depuis la loi du 5 janvier 2006<sup>1242</sup>. Quant au fonds libéral, il empruntera vraisemblablement cette voie<sup>1243</sup>.

## Conclusion du titre I

**386.** Le droit sur la valeur devrait être consacré comme fondement théorique permettant ainsi de ne plus considérer la distinction des biens corporels et des biens incorporels comme suffisante. Ce droit sur la valeur conduirait à envisager aussi une nouvelle définition de la notion de sûreté mobilière. Ce droit préférentiel sur la valeur qui porterait sur un bien meuble ou sur un groupe de biens meubles afin de garantir l'exécution de l'obligation du débiteur serait alors proposé à titre de définition. L'analyse des décisions rendues par les tribunaux français et québécois démontre l'application du droit sur la valeur en matière de propriété des biens immatériels (comme par exemple à propos des valeurs

---

<sup>1239</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 118, n° 681, p. 574.

<sup>1240</sup> Liv. proc. fisc., art. L. 277.

<sup>1241</sup> Dans l'affaire Cons. d'Ét. 15 mars 2006, *Sarl Kolimbos et M. Leclerc*, *Droit fiscal* 2007.26.comm.690, il a été jugé que la méthode d'évaluation en fonction du chiffre d'affaires était trop sommaire, le barème utilisé se fondant sur des mutations intervenues essentiellement en région parisienne.

<sup>1242</sup> C. rur., art. L. 311-3; I. PÉTEL-TEYSSIÉ, préc., note 1235.

<sup>1243</sup> Renvoi aux notes 1027 et 1028.

mobilières, de la clientèle ou du savoir faire) ou en matière de droit des sûretés. En effet, les différentes formes de gage, de nantissement ou d'hypothèques prévues en droit français et québécois utilisent le droit préférentiel sur la valeur d'un bien meuble au stade de la constitution, mais aussi lors de la réalisation desdites sûretés. Ainsi, le droit sur la valeur pourrait être facilement consacré par les législateurs ce qui permettrait surtout d'instaurer plus facilement l'hypothèque mobilière en droit français et de dépasser le modèle de gage en droit français et en droit québécois sur certains types de biens incorporels comme par exemple sur les créances et les valeurs mobilières.

## **Titre II - Une approche pragmatique : articulation entre le concept d'hypothèque mobilière et la notion fonctionnelle de sûreté mobilière**

**387.** Partant du constat de l'inadéquation du gage et des imperfections relevées jusqu'ici dans le régime des sûretés tant français que québécois, nous proposons, d'une part, d'instaurer un concept fédérateur, celui de l'hypothèque mobilière sans dépossession, applicable aux sûretés mobilières tels le gage et le nantissement et, d'autre part, de prévoir la reconnaissance, moyen du principe de l'essence de l'opération, d'une notion fonctionnelle de sûreté mobilière afin d'y englober notamment les propriétés-sûretés, les techniques fiduciaires et d'autres mécanismes de garantie comme le droit de rétention.

Cette double proposition ne devrait pas surprendre puisque le droit des sûretés québécois a déjà consacré ce concept d'hypothèque mobilière sans dépossession en 1991 et la France vient d'admettre en 2006 le principe d'un gage sans dépossession.

**388.** Au Québec, le concept d'hypothèque mobilière sans dépossession a permis d'absorber une grande partie des anciennes formes de sûretés mobilières existantes sous le *Code civil du Bas Canada*, comme les nantissements agricoles, commerciaux ou forestiers ou les cessions à titre de garantie de créances ou de stock. Toutefois, lors de la grande réforme de 1991, le gage a été maintenu sous l'appellation d'hypothèque mobilière avec dépossession. Le concept, cette fois fédérateur, d'hypothèque mobilière sans dépossession, permettrait notamment de mettre fin à la cohabitation déséquilibrée et complexe qui sévit actuellement entre les différentes règles relatives au gage de droit commun, celles relatives au gage spécial par maîtrise et les différentes limitations légales concernant l'hypothèque mobilière sans dépossession prise par une entreprise ou prise par un particulier. L'exemple

du gage sur les valeurs mobilières illustre notre propos<sup>1244</sup>. Ce nouveau régime particulier inséré dans le *Code civil du Québec* bénéficie de conditions de validité, d'opposabilité et de rang dérogatoires au droit commun<sup>1245</sup> qui a, d'ailleurs, des effets négatifs sur les autres règles concernant l'hypothèque mobilière avec et sans dépossession. Il déséquilibre considérablement l'édifice tout entier du droit des sûretés mobilières puisque le gage classique et l'hypothèque mobilière sans dépossession font figure de parents pauvres des sûretés mobilières. En effet, la maîtrise du créancier gagiste fait perdre toute efficacité en termes de rang au créancier gagiste justifiant d'une dépossession matérielle et au créancier hypothécaire (sans dépossession) inscrit au RDPRM.

**389.** Quant à la France, la récente reconnaissance dans le droit commun des sûretés mobilières du principe d'un gage sans dépossession- qui ressemble, à bien des égards à une hypothèque mobilière- n'a pas contribué à réduire le nombre existant de catégories de sûretés mobilières ou à les simplifier. Le gage avec dépossession a été maintenu tout comme la multitude de sûretés mobilières, appelées gage ou nantissement proposés par le Code civil français ou les codes spéciaux comme le *Code de commerce*, le *Code des assurances* ou le *Code monétaire et financier*. Si un concept fédérateur comme celui de l'hypothèque mobilière sans dépossession était retenu pour toutes ces différentes formes de gage et nantissement, le droit français des sûretés mobilières gagnerait en simplicité et en efficacité. L'effort de systématisation est actuellement devenu une tâche difficile compte tenu, d'une part, de la diversité des régimes de gages de droit commun (gages avec et sans dépossession) et, d'autre part, de l'existence de multiples régimes de gages spéciaux considérés avec ou sans dépossession (gage sur stocks, gage automobile) et de nantissements spéciaux comme les nantissements de créances, de produits d'assurance-vie, d'instruments financiers, de soldes de comptes bancaires, de fonds de commerce ou fonds

---

<sup>1244</sup> Ce gage par maîtrise sur des valeurs mobilières n'assure qu'une publicité imparfaite; l'accord de maîtrise n'est pas divulgué automatiquement aux tiers et aucune inscription n'est obligatoire sur un registre public.

<sup>1245</sup> Il faut rappeler que la seule constitution du gage sur des valeurs mobilières sous la forme d'un accord de maîtrise voire même par livraison suffit à le rendre opposable. Outre la modification des règles classiques d'opposabilité, la nouvelle loi a inséré dans le C.c.Q., des nouvelles règles concernant le rang; le gage sur des valeurs mobilières bénéficie d'un « super-rang » et passe outre tous les autres gages ou hypothèques constitués et publiés antérieurement !

libéral, des films, de logiciels ou de brevets. Ces exemples de gages et de nantissements sont autant d'outils juridiques composant le jardin « à la française » des sûretés mobilières. Il existe aussi des sûretés en droit français dénommées hypothèques mobilières; elles ont été créées sous couvert de lois d'exception et portent sur des navires et des aéronefs. Face à cet éparpillement<sup>1246</sup>, l'hypothèque mobilière sans dépossession devrait être reconnue dans toute sa plénitude, de sorte qu'elle devrait englober les différentes techniques de gage et de nantissements qui sont pour la plupart sans dépossession ou avec une dépossession fictive<sup>1247</sup>. Elle pourrait porter ainsi indifféremment sur des biens corporels et des biens incorporels, et mettrait fin aux distinctions possibles selon l'assiette du gage ou du nantissement.

**390.** Quant à l'insertion du principe de l'essence de l'opération dans les lois française et québécoise, il permettrait de décrypter au travers de toute opération contractuelle de financement la présence d'une sûreté mobilière. Dans cette optique, des règles uniques et cohérentes concernant l'opposabilité des sûretés mobilières devraient s'appliquer. Ainsi, tous les mécanismes de garantie (par exemple, les techniques fiduciaires et toutes les propriétés-sûretés) pourraient être assujettis au régime hypothécaire. Le principe de l'essence de l'opération pourrait insuffler une nouvelle définition fonctionnelle de la notion de sûreté mobilière. Le législateur français comme le législateur québécois n'ont pas prévu de définition explicite de la notion de sûreté réelle. Cette lacune constitue une gêne certaine puisque, par exemple, le *Code civil du Québec* ne semble pas parfaitement compatible ou du moins harmonieux avec l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui, lui par contre, fournit une définition extensive de la catégorie des créanciers dit garantis ce qui nourrit certaines distorsions juridiques<sup>1248</sup> sur lesquelles nous reviendrons dans nos développements.

---

<sup>1246</sup> L. AYNÈS et P. CROCO, préc., note 62, n° 16, p. 10; D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 335-339; Dominique LEGEAIS, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », dans *Etudes offertes au doyen P. Simler*, Paris, Litec, 2006, p. 367.

<sup>1247</sup> Voir nos développements antérieurs, Section I – La fictivité créée par les premières législations d'exception, p. 46 et B) La dépossession fictive créée par la réforme française, p. 73.

<sup>1248</sup> L.F.I., préc., note 54, art. 2, sous « créancier garanti » :

Personne titulaire d'une hypothèque, d'un gage, d'une charge ou d'un privilège sur ou



**391.** Nous analyserons d'abord le concept de la présomption d'hypothèque qui nous permettra de mieux cerner le contenu du principe de l'essence de l'opération. Ce principe prônant une approche fonctionnaliste nous conduira naturellement à nous interroger sur l'utilité d'une définition extensive de la notion de sûreté mobilière. La notion de sûreté mobilière devrait être définie comme le droit préférentiel ou un droit exclusif sur la valeur du bien sur un groupe de biens ayant pour effet essentiel de garantir le paiement d'une obligation (Chapitre I).

Nous poursuivrons notre réflexion sur les répercussions consécutives à l'adoption, d'une part, de l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les principales formes de sûretés mobilières actuellement en vigueur dans les droits français et québécois et, d'autre part, du principe de l'essence de l'opération pour toutes les techniques de garanties mobilières (fiduciaires et propriété-sûretés) possibles en France et au Québec (Chapitre II).

Nous terminerons notre démonstration en envisageant l'assujettissement de toutes les garanties mobilières à un seul régime d'opposabilité hypothécaire. Un régime unique et

---

contre les biens du débiteur ou une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir, ou personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n'est responsable qu'indirectement ou secondairement. S'entend en outre :

*a)* de 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;

*b)* 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* intitulé *Des priorités et des hypothèques* :

(i) de la personne qui vend un bien au débiteur, sous condition ou à tempérament,

(ii) de la personne qui achète un bien au débiteur avec faculté de rachat en faveur de celui-ci,

(iii) du fiduciaire d'une fiducie constituée par le débiteur afin de garantir l'exécution d'une obligation.

En vertu de cette définition, la vente à tempérament, le bail à long terme sont assimilées à des sûretés. Les juges de la Cour suprême du Canada n'ont cependant pas adopté la même conception au regard des dispositions du *Code civil du Québec* traitant de la vente à tempérament (art. 1745) et du bail à long terme (art. 1852). Pour comprendre difficultés juridiques : voir *Ouellet (Syndic)*, [2004] 3 R.C.S. 348, 2004 CSC 64; *Lefebvre (Syndic)*; *Tremblay (Syndic)*, préc., note 11. Voir nos développements ultérieurs, § 2. L'approche fonctionnelle : application du principe de la finalité de l'opération, Les propriétés-sûretés, p. 376.

centralisé de publicité favoriserait, à notre avis, une meilleure diffusion de l'information légale à l'égard des tiers et donc, un meilleur accès au crédit<sup>1249</sup> (Chapitre III).

## **CHAPITRE I - Le principe de l'essence de l'opération et la notion fonctionnelle de sûreté mobilière**

**392.** Pour comprendre le principe de l'essence de l'opération, il faut préalablement s'attarder quelque peu sur le concept de présomption d'hypothèque. En effet, le principe de l'essence de l'opération a été l'alternative proposée, en 1992, par le professeur Roderick Macdonald à la suite du rejet de la présomption d'hypothèque lors de la réforme de 1991. Il faut dès lors se replacer dans le contexte de l'époque afin de comprendre l'origine et le contenu de chacun des deux concepts qui sont historiquement liés, mais qui diffèrent sur certains points (Section I).

Parer l'hypothèque mobilière d'un principe comme celui de l'essence de l'opération est fondamental puisque ce principe directeur permettra aux parties comme aux juges de déterminer l'existence ou non d'une hypothèque mobilière. Par dessus tout, ce principe marquera clairement un choix de politique législative : associer une approche fonctionnelle au concept d'hypothèque et permettra d'ajouter un mur porteur à l'édifice du droit des sûretés mobilières (Section II).

Enfin, cette étude préliminaire du principe de l'essence de l'opération et de la présomption d'hypothèque nous permettra de poser le cadre juridique idéal de la recherche d'une définition fonctionnelle de la notion même de sûreté mobilière (Section III).

---

<sup>1249</sup> Le Registre institué au Québec, le RDPRM, nous servira de modèle, même si la France s'est doté d'un registre national limité au gage de droit commun sans dépossession sur les biens corporels depuis l'ordonnance de 2006 (*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19).

## **Section I – La présomption d’hypothèque et le principe de l’essence de l’opération**

**393.** La présomption d’hypothèque présentée par l’Office de Révision du Code Civil du Québec (ci-après « O.R.C.C. ») en 1977 a essuyé de nombreuses critiques qui lui ont été fatales, mais contenait aussi un certain nombre d’avantages sur lesquels il est important de revenir. Aussi, nous verrons que la présomption d’hypothèque est loin d’être un mythe dans le droit québécois (§1.). L’alternative proposée par le professeur Roderick Macdonald à savoir le principe de l’essence de l’opération, mérite aussi d’être examiné avec attention puisque ses avantages permettraient aux droits des sûretés français et québécois de redéfinir, dans une approche fonctionnelle, la notion de sûreté mobilière afin de l’étendre à toutes techniques contractuelles ayant pour effet de garantir une obligation (§2.).

### **§ 1. Le concept de la présomption d’hypothèque et le droit québécois : avantages, critiques et réalité**

**394.** Il est important de rappeler que le *Code civil du Bas Canada* empruntait des techniques contractuelles relevant du droit des obligations pour créer de véritables sûretés apportant ainsi une confusion dans le régime des sûretés réelles. Ce système n’était guère satisfaisant. En effet, la cession de créances était utilisée à des fins de garantie et la nature juridique d’une telle opération avait fait l’objet de discussions. Les tribunaux oscillaient entre la qualification de nantissement, de vente à réméré, de transport conditionnel ou de transport conditionnel à titre absolu<sup>1250</sup>. Ainsi, de manière fréquente, la cession de créances utilisée à titre de garantie attribuait un véritable droit de propriété au bénéficiaire d’un créancier en cas de défaut de paiement de son débiteur, ce qui lui conférait une arme juridique efficace, le plaçant en dehors de tout concours avec les autres créanciers de son débiteur.

---

<sup>1250</sup> P. CIOTOLA, préc., note 201, 571; *Place Québec Inc. c. Desmarais*, préc., note 218. Voir nos développements, A. La cession de créance à titre de garantie : une échappatoire critiquée, p. 52.

**395.** À l'époque, au Québec, d'autres difficultés juridiques avaient été dénoncées; comme la multitude de sûretés réelles, le défaut de consécration d'un principe de sûreté mobilière sans dépossession et l'unicité du recours hypothécaires ou les conflits entre les différents créanciers hypothécaires et prioritaires<sup>1251</sup>. Dans ce contexte particulier et afin d'une part, de rétablir l'égalité entre les créanciers garantis, et d'autre part, d'uniformiser tout en simplifiant le régime des sûretés réelles, l'O.R.C.C.<sup>1252</sup> a, dès 1977, rendu un rapport dans lequel quatre propositions, jugées comme des modifications fondamentales<sup>1253</sup>, étaient formulées.

**396.** La première modification fondamentale du projet de Code civil proposé par l'O.R.C.C. consistait à regrouper toutes les formes de sûretés réelles sous un concept unique, celui de l'hypothèque et, ce « dans le but de conférer à tous les titulaires de sûretés réelles, des droits et des recours semblables, quelle que soit la source ou la cause de leur droit<sup>1254</sup> ». Les institutions classiques du droit de sûretés telles que le gage, l'hypothèque, les privilèges ainsi que les techniques contractuelles poursuivant des buts semblables comme la vente conditionnelle et la vente à réméré devaient être désormais « absorbées » par le nouveau concept unique de l'hypothèque mobilière sans dépossession.

Toutefois, c'est au travers de la seconde proposition fondamentale du projet, que le principe de la « présomption d'hypothèque », s'est précisé. Il était prévu que quelle que soit la forme du contrat, les stipulations des parties et le nombre des actes utilisés « toute stipulation ayant pour but d'accorder ou de réserver à un créancier des droits pour assurer le paiement d'une obligation ou de lui conserver des droits à cet effet serait réputé être une stipulation d'hypothèque<sup>1255</sup> ». Cette technique particulière de la « présomption d'hypothèque », consacrée par les articles 281 à 285 du projet était un élément clef de la réforme proposée

---

<sup>1251</sup> P. CIOTOLA, préc., note 201, 579.

<sup>1252</sup> OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, préc., note 335, p. 348.

<sup>1253</sup> *Id.*, p. 349-352.

<sup>1254</sup> *Id.*, p. 350.

<sup>1255</sup> *Id.*, p. 351.

par l'O.R.C.C., lequel ne trouvait « pas logique de tolérer des dérogations contractuelles dont l'effet serait de mettre en péril les droits que la loi entend protéger ».

La troisième modification fondamentale avancée par l'O.R.C.C. était complémentaire aux deux premières propositions. Elle consistait, de manière ambitieuse, à promouvoir « un régime universel de sûretés réelles mobilières<sup>1256</sup> ».

**397.** Revenons un instant sur la proposition d'inscrire la présomption d'hypothèque au cœur du paysage québécois des sûretés mobilières. Cette proposition, ayant pour souci de rendre le système des sûretés mobilières plus efficace et plus cohérent, a fait l'objet de multiples critiques. Il convient, dans un premier temps, d'en décrire les avantages (A) pour, ensuite, expliquer les réactions qu'elle a suscitées et les raisons qui ont conduit à son rejet (B). Néanmoins, il n'est pas prématuré de dire qu'en dépit du rejet de principe exprimé lors du vote du projet de loi 125 et lors de la rédaction des dispositions du *Code civil du Québec* de 1991, la présomption d'hypothèque demeure toujours d'actualité. Loin d'être un mythe enterré, son application actuelle semble se trouver dans certains mécanismes afférents aux sûretés propriétés, comme la vente à réméré. À ce titre, la présomption d'hypothèque est une réalité bien actuelle (C).

### **A) La présomption d'hypothèque : contenu et avantages**

**398.** Présenté par l'O.R.C.C., le concept de la présomption d'hypothèque avait un contenu précis. Les articles 281 à 285 du projet rédigé par l'O.R.C.C. en préoyaient les termes de la manière suivante :

---

<sup>1256</sup> Voir *Id.*, p. 260, sous art. 285. A cette fin, le Projet avait prévu l'abrogation de l'article 2022 C.c.B.c., qui prohibait l'hypothèque mobilière. Les autres dispositions du C.c.Q. visées dans le titre « Du contrat de nantissement », ainsi que celles concernant les nantissements agricole, forestier et commercial, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, préc., note 80, ainsi que la *Loi sur les connaissances*, préc., note 236, devaient être modifiées et remplacées par de nouveaux articles.

281. Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation, si ce n'est par hypothèque.

Toute stipulation à l'effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est une stipulation d'hypothèque. Elle ne peut conserver ou conférer qu'une hypothèque en faveur du créancier, sous réserve des formalités requises pour la constitution et la publication de l'hypothèque.

282. L'article précédent s'applique sans égard au nombre, au nom ou à la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés.

Ainsi, l'aliénation ou la location d'un bien ou une autre convention tombe sous le coup de l'article précédent emporte, qu'elle 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.

283. Le créancier qui, en vertu des articles 281 et 282, n'a qu'une hypothèque, ne peut par convention avec un tiers porter préjudice aux droits du constituant dans le bien si les actes où apparaît la stipulation d'hypothèque ont été enregistrés.

284. Nonobstant l'article 262 du livre Des obligations, nulle vente ne peut être résolue faute par l'acquéreur de remplir ses obligations.

285. Est sans effet toute stipulation incompatible avec les dispositions de la présente section<sup>1257</sup>.

La présomption d'hypothèque avait pour objectif de soumettre tous les créanciers à un seul régime de sûretés, à savoir les mêmes règles de constitution et de publicité pour tous et ce, afin d'assurer la protection des tiers<sup>1258</sup>. Ainsi, toute convention ayant pour effet de conférer un droit sur un bien afin d'assurer le paiement d'une obligation est assimilée à une hypothèque. Par le mécanisme de la présomption, toute opération juridique pouvait être requalifiée en hypothèque et soumis à un seul régime hypothécaire.

<sup>1257</sup> OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, préc., note 335, p. 260.

<sup>1258</sup> Louise POUDRIER-LEBEL et Louis LEBEL, « Observations sur le rapport de l'Office de Révision du Code Civil sur les sûretés réelles », (1977) 18 *C de D.* 833, notamment 835 et 836.

**399.** La présomption d'hypothèque présente un certain nombre d'avantages qui ont d'ailleurs fait l'objet d'une analyse minutieuse du professeur Roderick Macdonald. Outre l'approche téléologique que nous offre cette présomption, on pourrait, à l'instar de cet auteur, regrouper les avantages autour de plusieurs arguments prédominants : l'argument économique, celui de la simplicité et de la cohérence et celui de l'équilibre<sup>1259</sup>.

**400.** Selon l'argument économique, la présomption d'hypothèque aurait eu pour effet de réduire le coût du crédit pour les débiteurs. En effet, les sûretés ont pour fonction de rendre le crédit plus accessible, dans le but de réduire son coût et de minimiser les risques de perte du créancier en cas de faillite du débiteur<sup>1260</sup>. L'efficacité d'une sûreté réelle réduirait d'autant le coût du crédit puisque le risque de se voir préféré par une sûreté occulte ou une garantie constituée après la sienne serait diminué et le créancier pourra avoir confiance en la valeur de sa garantie. Ainsi, le mécanisme de la présomption d'hypothèque - en soumettant chaque créancier à des règles obligatoires de constitution, de publicité et de réalisation, notamment en l'obligeant à enregistrer sa sûreté - accroît la certitude des créanciers quant à la valeur de leur garantie.

Aucune clause ne pourrait échapper à l'emprise de la présomption d'hypothèque. Toute forme de garantie serait *de facto* happée par le régime obligatoire mis en place par une telle présomption. Les coûts d'obtention du crédit seraient dans ces conditions considérablement réduits<sup>1261</sup>.

A l'inverse, l'existence d'une multitude de privilèges et d'hypothèques ou de garanties innommées contribue à augmenter les coûts du crédit parce que la certitude du créancier est

---

<sup>1259</sup> Roderick A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, la "présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 527, aux pages 545-551.

<sup>1260</sup> *Id.*, à la page 545; Roderick A. MACDONALD, « Change of terminology? Change of Law? An Overall Assessment of the Provisions of the *Civil Code of Quebec* Relating to Prior Claims and Hypothecs », (1992) 23 *R.G.D.* 357, 359.

<sup>1261</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259, à la page 547.

alors proportionnellement réduite<sup>1262</sup>. Cette opinion est également partagée par l'auteur québécois Yoine Goldstein qui a effectué, en 1976, un travail de recensement concernant la multitude de privilèges existant sous le *Code civil du Bas Canada* et ce, en réponse à certaines critiques qui s'étaient élevées contre le système de l'ancien droit dont plusieurs réclamaient l'abolition.<sup>1263</sup>

Cet argument repose sur l'analyse économique et a fait l'objet de nombreux développements, certes par la doctrine américain<sup>1264</sup>, mais aussi par la doctrine québécoise<sup>1265</sup>. Encore aujourd'hui, cette posture économique en matière de droit des sûretés n'est pas remise en doute.

À l'appui de cette analyse économique, le Barreau du Québec n'a pas hésité à rappeler lors du projet de loi 181 modifiant le Code civil relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession<sup>1266</sup> :

[Q]u'une société qui se veut moderne et dynamique doit avoir un système d'accessibilité au crédit qui est libéral, fiable et le moins coûteux possible. Comment expliquer autrement la priorité qu'accordent nos gouvernements au maintien des taux d'intérêt au plus bas niveau? Il est évident que la fiabilité des sûretés joue dans la poursuite de cet objectif, un rôle de premier

<sup>1262</sup> David STEPHENS, « The reform of the law of immovable security in Quebec », dans *Conférences commémoratives Meredith 1989. Problèmes contemporains en droit immobilier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 419, à la page 427 : « In sum, the more logically complex the regime, the less the regime facilitates the transfer of security rights and, therefore, the less it makes credit cheaper and more accessible. »

<sup>1263</sup> Yoine GOLDSTEIN, « The Quebec law of privileges or Alice in wonderland revisited », (1976) 22 *C.B.R.* 1.

<sup>1264</sup> Voir les références citées par R. A. MACDONALD, préc., note 1259, à la page 546 et R. J. MANN, préc., note 13.

<sup>1265</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259, aux pages 545-551; D. STEPHENS, préc., note 1262, à la page 427.

<sup>1266</sup> BARREAU DU QUEBEC, *Mémoire concernant la publicité des droits personnels et réels mobiliers et la constitution d'hypothèque mobilière sans dépossession (P.L. 181)*, Montréal, février 1998, p. 24, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/1998/199802-pl181.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012) :

Le seul et unique objectif du droit des sûretés dans une société moderne est de réduire les coûts de crédit pour les consommateurs, les entreprises et l'État, donc pour la société en général. La sûreté permet à l'emprunteur de donner à son créancier une garantie additionnelle sur ses biens, ce dont le créancier tient compte dans l'évaluation des risques qu'il prend en consentant le crédit qu'on lui demande. On présume que sans cette garantie additionnelle, le créancier exigerait de tous les débiteurs un taux d'intérêt élevé pour compenser l'augmentation de ses pertes dans leur ensemble.



plan que le législateur a trop souvent tendance à sous-estimer. Car à quoi serviraient des sûretés qui ne sont pas très sûres, qui sont battues en brèche, dont le résultat est imprévisible, dont les mécanismes de réalisation sont trop lourds et inefficace et dont les créanciers finalement se désintéressent<sup>1267</sup> ?

**401.** La présomption d'hypothèque présentait également l'avantage de la simplicité et de la cohérence. L'idée sous-jacente au principe de la présomption d'hypothèque est de privilégier la substance à la forme : quelle que soit la forme empruntée ou la nature de la convention choisie par les parties, la loi devrait traiter tout contrat qui crée une garantie comme une hypothèque. A l'instar du professeur Jacques Auger, la présomption d'hypothèque aurait :

eu un impact important sur la rédaction des diverses conventions visant à créer des sûretés. [...] Il en résulterait des économies à plusieurs niveaux et une élimination presque totale des problèmes reliés à l'interprétation de ces conventions. Cette standardisation serait également de nature à faciliter la constitution d'une sûreté et à réduire les délais inhérents à cette opération<sup>1268</sup>.

En effet, la situation visée par la présomption d'hypothèque avait l'avantage d'offrir le même cadre juridique à tous les créanciers : une seule forme d'enregistrement nécessaire pour parfaire la garantie et des règles précises concernant le régime hypothécaire pour la réaliser. Afin d'éviter des situations conflictuelles courantes sous l'ancien droit, entre un créancier procédant à une réalisation par voie de dation en paiement et un créancier ayant intenté une action hypothécaire, la simplicité et la cohérence de la présomption d'hypothèque avait l'ambition de régler définitivement ce problème.

Plus avantageux encore, la présomption poursuivait un autre but, celui de s'exporter au delà de nos frontières. Elle permettait de créer des droits mobiliers pouvant facilement être enregistrés dans les autres provinces canadiennes et même aux États-Unis. Les sûretés québécoises pouvaient bénéficier de la même protection offerte par le droit américain. Les États concernés pouvaient sans discrimination favoriser le commerce inter-provincial et

---

<sup>1267</sup> *Id.*, p. 25.

<sup>1268</sup> J. AUGER, préc., note 335, p. 9, tel que cité dans R. A. MACDONALD, préc., note 1259, à la page 547.

international. Elle offrait l'avantage d'une harmonisation, tant attendue, avec le système des autres provinces canadiennes et celui des États-Unis.

**402.** Le dernier argument majeur en faveur de la présomption d'hypothèque tient au maintien de l'équilibre entre les parties lors de la réalisation des garanties<sup>1269</sup>. Elle aurait en effet mis tous les créanciers garantis sur un même pied d'égalité et aurait ainsi évité de gaspiller le crédit<sup>1270</sup>. Selon Suzanne Potvin-Plamondon, commentant l'un des impacts majeurs de cette présomption : « La présomption générale d'hypothèque s'appuyait sur la finalité même du droit des sûretés dont le rôle est de prévoir et de régler restrictivement les situations préférentielles eu égard au principe général de l'égalité des créanciers<sup>1271</sup>. »

De cette manière, on aurait pu régler définitivement le sort des diverses techniques contractuelles se servant du droit de propriété pour concurrencer les autres sûretés réelles créant ainsi de véritables garanties comme les clauses résolutoires, les ventes avec réserve de propriété et la vente à réméré. Comme le rappelle Louis Payette dans son ouvrage : « Un régime de sûreté comportant une multiplicité de types de sûretés (hypothèques, gage, nantissement, cession, transport, vente à tempérament, etc.), chacune obéissant à des règles propres, constitue un régime lourd, inutilement complexe, source de traitements différents non justifiés<sup>1272</sup>. »

Cette présomption d'hypothèque, en assurant le respect de l'égalité entre les créanciers, avait le mérite de poser un régime standard<sup>1273</sup> et uniforme traitant des causes de préférence faisant exception au principe du gage commun des créanciers et ne laissant aucune

---

<sup>1269</sup> OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, préc., note 335, p. 433; L. POUDRIER-LEBEL et L. LEBEL, préc., note 1258, 855.

<sup>1270</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259, à la page 550.

<sup>1271</sup> Suzanne POTVIN-PLAMONDON, « Les sûretés : l'hypothèque mobilière à l'âge de l'ordinateur », dans *Conférences sur le nouveau Code Civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 183, à la page 188.

<sup>1272</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 154, p. 65.

<sup>1273</sup> BARREAU DU QUEBEC, préc., note 1266, p. 6 et 7.

possibilité d'intrusion pour d'autres garanties. Cette présomption aurait pu éviter que, par le jeu d'une garantie fondée sur le droit de propriété, le bien affecté à la garantie n'entre pas dans le patrimoine du débiteur de sorte que les créanciers bénéficiaires d'une telle sûreté se voient conférer un statut particulier<sup>1274</sup> leur donnant l'exclusivité au détriment des autres créanciers hypothécaires.

La présomption d'hypothèque aurait ainsi réglé les conflits d'interprétation qui avaient cours sous l'ancien *Code civil du Bas Canada* autour de la nature des droits conférés au créancier bénéficiaire d'une cession de biens en stock, d'une cession de créances en garantie ou d'une cession en garantie d'un droit de propriété sur un bien quelconque.<sup>1275</sup> En soumettant l'existence de droits de préférence ou de droits particuliers comme des propriétés-sûretés sur un bien au régime de publicité prévu pour les hypothèques, le législateur s'assurait de dénoncer aux tiers créanciers l'existence de ces droits<sup>1276</sup>.

Le Barreau du Québec était convaincu que cet objectif d'équilibre était atteint puisqu'il affirma dans son mémoire déposé en juillet 1987 que : « La présomption d'hypothèque est un moyen sûr d'atteindre un équilibre entre les créanciers et les débiteurs, principalement en ce qu'elle donne l'assurance à ceux-ci de connaître de façon précise la nature et l'étendue de leurs droits, obligations et recours<sup>1277</sup> ».

## **B) Les critiques à l'égard de la présomption d'hypothèque**

**403.** En dépit de ses nombreux avantages, la présomption d'hypothèque a essuyé un certain nombre de critiques qui ont conduit à son rejet lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991 (2). Avant la réforme de 1991 qui a permis la grande réforme du Code

<sup>1274</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 154, p. 64.

<sup>1275</sup> P. CIOTOLA, préc., note 201, 583.

<sup>1276</sup> Il convient ici de souligner que le législateur dans la version actuelle du C.c.Q. a tout de même atteint ce but en appliquant, dans certains cas, l'effet de la présomption d'hypothèque tout en rejetant son intégration comme principe général ; en ce sens, *Id.*, 583.

<sup>1277</sup> BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 1266, p. 7.

civil, l'avant-projet de loi sur les sûretés de 1986<sup>1278</sup> avait, lui aussi, balayé d'un revers de la main certaines propositions les plus innovantes faites par l'O.R.C.C., en 1977, qui avait pourtant eu le mérite de repenser le système de sûretés réelles<sup>1279</sup>. Il convient de retracer dans les grandes lignes ce premier échec (1).

#### 1) L'Avant -Projet de loi sur les sûretés de 1986

**404.** Le Rapport de l'Office de révision dans le domaine du droit des sûretés, déposé en 1977, n'eut malheureusement pas d'écho immédiat. Le ministre de la Justice ne présenta que le 19 décembre 1986, soit presque 10 ans après, un avant-projet de loi intitulé *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*.

**405.** Ce projet fut décevant à plusieurs égards et n'apporta guère une nouvelle approche rationnelle au droit des sûretés réelles. Bien au contraire, il introduisit de nouvelles dispositions, depuis reprises par le *Code civil du Québec*, qui ont semé bien des doutes et créée quelques ambiguïtés<sup>1280</sup>.

<sup>1278</sup> Avant-projet de loi de 1986, préc., note 95.

<sup>1279</sup> Objectif avoué, OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, préc., note 335, p. 349.

<sup>1280</sup> L'article 2823 de l'avant-projet précisait que l'hypothèque pouvait avoir lieu avec ou sans dépossession, ce qui introduisait une nouveauté par rapport à l'ancien droit, puisque le gage ne se concevait qu'avec dépossession. Seules des législations ponctuelles avaient introduit quelques exceptions au principe de dépossession en consacrant des nantissements sur des biens déterminés. Aussi, on pouvait se réjouir de la consécration de l'hypothèque mobilière dans l'avant projet, ce qui rejoignait l'une des ambitions de l'O.R.C.C. Toutefois, le plaisir était de courte durée puisqu'il y apportait un bémol considérable en limitant son accès pour les particuliers. Les particuliers c'est-à-dire les personnes physiques qui n'exploitent pas d'entreprise ne pouvaient constituer une hypothèque mobilière sans dépossession que pour assurer le financement d'un meuble qu'elles acquièrent (art. 2841) L'avant projet a remplacé la notion de « commerçant » par « celle de personne qui exploite une entreprise »: ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, préc., note 336, p. 14. Autre nouveauté; selon les articles 2666 et 2667 de l'avant projet, l'hypothèque avec dépossession nécessitait autant pour sa constitution que pour sa publicité, « la remise du bien ou du titre au créancier ». Ainsi, l'avant projet de 1986 dépassait dans sa rédaction et dans sa conception le mécanisme de « mise en possession » d'un bien hypothéqué tel qu'il avait été envisagé dans les dispositions proposées par l'O.R.C.C. Et, c'est précisément cette formalité qui a fait couler de l'encre bien plus tard lorsque les tribunaux ont tenté de la contourner afin de favoriser l'hypothèque mobilière avec dépossession des créances non représentées par un titre négociable : D. PRATTE, préc., note 62, à la page 427. et illustration dans l'affaire dite *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97.

**406.** La présomption d'hypothèque ne fut pas retenue par l'avant-projet de 1986, préférant ainsi laisser aux parties une grande liberté contractuelle et ce, au grand damne du Barreau du Québec<sup>1281</sup>, de l'Association des banquiers canadiens<sup>1282</sup>, de la Confédération des Caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec<sup>1283</sup> et de la Chambre des Notaires encore qu'il faille en douter pour cette dernière compte tenu de sa volte-face<sup>1284</sup>. Cette absence de présomption d'hypothèque dans l'avant-projet de 1986 revenait, en fait, à déclarer les parties libres de constituer une sûreté ou de créer des garanties sans qu'elles soient assimilées à des hypothèques<sup>1285</sup>.

**407.** Le principal reproche fait à l'égard de la présomption d'hypothèque consistait à affirmer qu'elle constituait un obstacle au principe de la liberté contractuelle et une atteinte au consensualisme, créant ainsi un climat juridique incertain<sup>1286</sup>.

Dans son application, la présomption d'hypothèque devait agir de deux manières : d'une part, au moment de la constitution, elle obligeait les parties à adopter une forme contractuelle donnée et d'autre part, au moment de sa réalisation, elle imposait aux parties de publier les droits résultant de leur convention ainsi requalifiée et d'exercer l'un des quatre recours hypothécaires prévus par la loi. La Chambre des notaires a alors exprimé des craintes. Selon cet ordre professionnel, la présomption d'hypothèque pouvait semer une confusion quant à la nature véritable des conventions. De même, ce procédé pouvait être source d'incertitudes quant aux formalités requises, mais aussi quant aux effets produits par de telles conventions adoptées par des parties incertaines de l'étendue de leurs droits et devoirs<sup>1287</sup>. On lui reprochait de créer, par exemple pour la vente à tempérament, un régime bivalent<sup>1288</sup>. Les tribunaux auraient pu se voir contraints de déployer des méthodes

<sup>1281</sup> BARREAU DU QUEBEC, préc., note 1266, p. 5-7.

<sup>1282</sup> ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, préc., note 336, p. 2 et 5.

<sup>1283</sup> CONFEDERATION DES CAISSES POPULAIRES ET D'ECONOMIE DESJARDINS DU QUEBEC, préc., note 337.

<sup>1284</sup> CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUEBEC, *Mémoire complémentaire portant sur les sûretés réelles et la publicité des droits*, Montréal, octobre 1987.

<sup>1285</sup> F. FRADETTE, préc., note 338, 735.

<sup>1286</sup> CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUEBEC, préc., note 1284.

<sup>1287</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259, aux pages 556 et 557.

<sup>1288</sup> *Id.*, à la page 558.

d'interprétation pour rechercher la qualification la plus juste face à des conventions complexes mêlant transfert de propriété et effet de sûreté<sup>1289</sup>.

Pour reprendre l'exemple du contrat de vente à tempérament, au lieu de réserver le droit de propriété au vendeur jusqu'au parfait paiement du débiteur, la présomption d'hypothèque aurait pour effet de transformer cette convention en une vente avec réserve d'hypothèque en faveur du vendeur. Autrement dit, le transfert de propriété aurait lieu en faveur de l'acheteur dès la conclusion du contrat de vente, mais le vendeur aurait une réserve d'hypothèque à l'égard du bien. Finalement, la vente à tempérament prendrait un tout autre visage.

S'agissant des contrats de baux à long terme comme ceux utilisés par la pratique du « leasing » dans le secteur de l'industrie automobile ou dans celui des équipements de bureau ou de l'électronique, certains auteurs<sup>1290</sup> se sont interrogés sur les difficultés d'application de la présomption d'hypothèque sur ces transactions qui mêlent location et opération de financement. Ces baux à long terme devaient-ils emporter transfert de propriété au profit du locataire avec réserve d'hypothèque en faveur du bailleur ?

**408.** L'avant-projet de 1986 n'a donc pas repris le principe de la présomption d'hypothèque défendu par l'O.R.C.C., alors que les critiques faites à son endroit pourraient se défendre au regard de l'objectif annoncé, à savoir faire de la présomption d'hypothèque un régime hypothécaire restrictif et incontournable. En ce sens, la présomption d'hypothèque aurait mis en place un ordre public de protection. Comme en matière de droit des obligations, la liberté des parties est un principe sacré toutefois tempéré par l'ordre public. Par exemple, un contrat ne peut être conclu en violation d'autres lois ou règlements.

---

<sup>1289</sup> *Id.*, aux pages 558 et 559.

<sup>1290</sup> Robert P. GODIN, « Le rapport sur les sûretés réelles et ses incidences sur l'hypothèque immobilière », (1976) 36 *R. de B.* 385, 387 et 389; Louis PAYETTE, « La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers », (2002) 62 *R. du B.* 1, 17; L. POUDRIER-LEBEL et L. LEBEL, préc., note 1258, 854.

Comme un auteur l'avait souligné, l'adoption de la présomption d'hypothèque est comparable à la règle imposée au conducteur de conduire son véhicule du côté droit<sup>1291</sup>.

## 2) Le projet de loi 125

**409.** Le projet de loi 125 dont est issu la grande réforme de 1991 et repris par le *Code civil du Québec*, a rejeté la présomption d'hypothèque pour différentes raisons. Avant d'aborder les raisons invoquées pour justifier une telle mise à l'écart, il convient de rappeler rapidement quelques aspects du processus historico-législatif.

**410.** Le projet initial de l'O.R.C.C., qui a pris la forme d'un Rapport rendu en 1977, a été soumis à examen auprès d'experts et non auprès de l'Assemblée législative, pour lecture. C'est cette formule qui a été préférée à l'époque<sup>1292</sup>. Le Projet qui a été remis au ministère de la Justice fut accompagné de notes et de commentaires. Il a donc été accueilli publiquement et a été l'objet de critiques et d'analyses. La première nécessité portait sur le droit de la famille qui a été réformée en 1980<sup>1293</sup> puis en 1982<sup>1294</sup>, ensuite le droit des personnes, le droit des successions puis, le droit des biens ont fait l'objet de projets de lois de 1982 à 1985<sup>1295</sup>. Cette réforme, par étape ou comme certains l'ont appelée « par tranche<sup>1296</sup> », a marqué rapidement ses limites puisque l'idée première d'adopter un code structuré, uniforme et cohérent dans son ensemble s'est vu altérée. Pour cette raison, il a été

---

<sup>1291</sup> David STEPHENS, préc., note 1262, à la page 442.

<sup>1292</sup> Jean-Louis BAUDOUIN, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », dans *Conférences sur le nouveau Code Civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 13, à la page 16.

<sup>1293</sup> *Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

<sup>1294</sup> *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile*, L.Q. 1987, c. 17.

<sup>1295</sup> Plusieurs projets permirent d'aboutir à la *Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18.

<sup>1296</sup> J.-L. BAUDOUIN, préc., note 1292, aux pages 15 et 16.

confié à un groupe d'experts<sup>1297</sup> la tâche de préparer une version finale et cohérente de l'ensemble, ce qui a été chose faite sous la forme du projet de loi 125.

**411.** La réforme concernant le droit des sûretés est passée au travers d'un réel processus de recodification. Elle n'a pu être faite sans compromis. Concernant cette matière, le projet de loi 125 n'a pas été une simple reprise des règles du *Code civil du Bas Canada*. Le droit des sûretés a été remanié et a dû s'adapter aux contraintes socio-économiques de la société québécoise. Cette adaptation du droit québécois ne s'est pas fait sans heurts. La peur « d'être hypnotisé par la source de common law<sup>1298</sup> » a conduit au rejet de la présomption d'hypothèque lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991. Monsieur Gil Rémillard, le ministre de la Justice de l'époque, a justifié le rejet de la présomption d'hypothèque afin de « privilégier plutôt la tradition civiliste, laquelle préfère les situations nettes à celles reposant sur l'interprétation des tribunaux<sup>1299</sup> ». Cette justification nous laisse quelque peu perplexe pour plusieurs raisons.

**412.** Il a été reproché à la présomption d'hypothèque de faire fi des racines civilistes du droit québécois puisqu'elle eu aurait l'ambition de le rapprocher des dispositions similaires qui se trouvent à l'article 9 du Code uniforme de commerce (*Uniform Commercial Code*) en vigueur aux États-Unis ou encore à celles présentes à l'article 2 de la *loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario. En résumé, l'O.R.C.C. a été accusée d'avoir tenté d'introduire des notions de common law au sein du droit civil du Québec<sup>1300</sup>.

<sup>1297</sup> Ce comité fut composé par M. le juge George Chassé, le Professeur Jean Pineau, Me André Cossette et Me Marie-Josée Longtin.

<sup>1298</sup> J.-L. BAUDOIN, préc., note 1292, à la page 19.

<sup>1299</sup> G. REMILLARD, « Présentation du projet de *Code civil du Québec* », préc., note 351, 55.

<sup>1300</sup> *Id.* Il est vrai que l'adoption aux États-Unis du Titre 9 du *Uniform Commercial Code* 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. Les provinces canadiennes anglaises de common law ont suivi l'approche américaine, par l'adoption des divers Personal Property Security Acts (PPSA). Vraisemblablement, par peur de l'imitation servile, le Québec a choisi une voie mitoyenne en créant dans son Code civil un régime hypothécaire sans adopter de manière générale le principe de la présomption d'hypothèque ou un autre principe, celui de l'essence de l'opération; voir aussi Antoine LEDUC, *De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie: vers un retour*



Cet argument fut déjà considéré par le Comité des sûretés de l'O.R.C.C. en 1973 par le professeur Jacques Auger qui voyait dans l'adoption de cette présomption un moyen de maintenir précisément le caractère civiliste du droit des sûretés, mais aussi un bon moyen de l'accroître en ramenant toutes les lois spéciales dans le champ du Code civil<sup>1301</sup>.

Cette prétendue atteinte anti-civiliste ne résiste pas à l'analyse. L'opération qui consiste à requalifier une convention par le jeu d'une présomption est un mécanisme que l'on trouve dans d'autres dispositions du Code civil. L'hypothèque mobilière n'est pas non plus un concept original dégagé par la Common Law puisque on retrouve ce concept dans la tradition romaine reprise en France pendant la période du Moyen-Âge<sup>1302</sup>.

**413.** Le législateur québécois n'était pas prêt pour la généralisation de la présomption d'hypothèque. Il a entendu les revendications des associations de consommateurs<sup>1303</sup> qui refusaient d'introduire le concept général de l'hypothèque mobilière sans dépossession souhaitant protéger les consommateurs des excès du crédit. C'est dans ces conditions que l'hypothèque mobilière sans dépossession fut admise de manière limitée

---

*au paradigme de l'uniformisation du droit ?*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2011, notamment p. 12, 20, 382, 383 et 646.

<sup>1301</sup> J. AUGER, préc., note 335.

<sup>1302</sup> Y. DESJARDINS, préc., note 30, 91. À Rome, l'hypothèque mobilière était un concept connu comme en Grèce et en Égypte. Par ailleurs, pendant certaines périodes sous l'ancien droit français, l'hypothèque mobilière côtoyait l'hypothèque immobilière : E. PUTMAN, préc., note 24, 546-548; A. JOURDAN, préc., note 20, p. 78; R. MONIER, préc., note 20, p. 316-320. Il semblerait que l'hypothèque mobilière, pratiquée à certaines époques, était déjà en soi une véritable hypothèque n'entraînant pas la dépossession effective du débiteur; ce qui la distinguait, sur ce point, du gage mobilier : J.-P. LEVY, préc., note 24, 233 et 234; Voir introduction.

<sup>1303</sup> QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, préc., note 353, p. 1403-1417; Depuis, le champ d'application de l'article 2683 du C.c.Q. a fait l'objet de quelques modifications à la suite de la L.T.V.M. entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. L'article 15.02 du *Règlement modifiant le règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 1318, a subi par voie de conséquence des changements; la liste des biens pouvant faire l'objet d'une hypothèque mobilière sans dépossession consentie par des particuliers a été étendue notamment aux créances, valeurs mobilières, produits d'assurance et produits de la propriété intellectuelle. Les biens constituant un Régime enregistré d'épargne retraite appelés communément REER, un fonds enregistré de revenu de retraite, un Régime enregistré d'épargne études ou un Régime enregistré d'épargne invalidité ont fait l'objet d'exclusions formelles.

et encadrée puisque son accès aux particuliers n'a été possible que pour certaines catégories de biens meubles listés par règlement<sup>1304</sup>.

### 3) La présomption d'hypothèque constitue une réalité

**414.** Comme il a été esquissé, certaines dispositions du *Code civil du Québec* peuvent être interprétées comme une réintroduction, certes limitée, de la présomption d'hypothèque<sup>1305</sup>. Le législateur a donc choisi une voie médiane. De l'aveu même du ministre de la Justice de l'époque, la présomption d'hypothèque n'a pu être introduite comme une règle applicable à l'ensemble des contrats offrant une garantie<sup>1306</sup>. Toutefois, la présomption d'hypothèque a été consacrée partiellement<sup>1307</sup> puisque certains droits comme ceux résultant d'une faculté de rachat réservée au vendeur à réméré (art. 1750 C.c.Q.) sont soumis à la publicité auprès du RDPRM. La vente avec faculté de rachat appelée aussi vente à réméré est « une vente sous condition résolutoire par laquelle le vendeur transfère la propriété d'un bien à l'acheteur en se réservant la faculté de le racheter » selon les dispositions de l'article 1750, alinéa 1 du *Code civil du Québec*. « Si la faculté de rachat a pour objet de garantir un prêt, le vendeur est réputé emprunteur et l'acquéreur est réputé créancier hypothécaire », selon les dispositions de l'article 1756 du *Code civil du Québec*. La loi assimile clairement l'acquéreur à un créancier hypothécaire. Cette vente à réméré aux allures de contrat d'hypothèque transforme la qualité de l'acquéreur qui est, dès le départ, créancier du prix de rachat que le vendeur s'oblige à effectuer. Le législateur a donc prévu l'utilisation de la vente-rachat aux fins de sûreté en soumettant la faculté de rachat d'un véhicule routier ou d'un autre bien meuble déterminé par règlement de même que de tout bien meuble acquis pour le service et l'exploitation d'une entreprise à la publicité auprès du RDPRM aux fins d'opposabilité aux tiers (art. 1750, al. 2 C.c.Q.). Le vendeur devra publier aussi un avis d'intention s'il souhaite exercer sa faculté de rachat (article

<sup>1304</sup> A l'époque l'article 15.02 du *Règlement modifiant le règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 1318 ne visait que les véhicules routiers et ceux assimilés visés par le règlement.

<sup>1305</sup> M. BOUDREAULT et P. CIOTOLA, préc., note 345, 707; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 2185, p. 1113.

<sup>1306</sup> G. REMILLARD, préc., note 351, 55.

<sup>1307</sup> *Id.*

1751 C.c.Q.). Nous verrons aussi ultérieurement que le législateur a d'une certaine manière consacré un autre principe, celui de l'essence de l'opération pour d'autres techniques utilisant la propriété à titre de sûreté comme la vente à tempérament (art. 1745 C.c.Q.) et même le bail à long terme (art. 1852 C.c.Q.).

## § 2. Une alternative proposée : le principe de l'essence de l'opération

**415.** En réponse aux différentes critiques formulées à l'encontre de la présomption d'hypothèque, le professeur Macdonald a proposé le principe de l'essence de l'opération<sup>1308</sup>. Nous envisageons l'insertion possible dans les législations française et québécoise d'un tel principe directeur. Seront décrits son contenu (A) puis ses avantages et ses principaux effets sur les régimes des sûretés mobilières français et québécois (B).

### A) Contenu du principe de l'essence de l'opération

**416.** Selon le professeur Macdonald, le législateur québécois avait introduit, sans le savoir, les germes du principe de l'essence de l'opération<sup>1309</sup> aux anciens articles 1040a) et 1040d) du *Code civil du Bas Canada*, lesquels se lisaient comme suit :

1040a. En vertu d'un contrat consenti par la garantie d'une obligation, un créancier ne peut exercer le droit de devenir propriétaire irrévocable d'un immeuble ou le droit d'en disposer que soixante jours après avoir donné et enregistré un avis de l'omission ou contravention en raison de laquelle il veut le faire.

[...]

1040d. Le vendeur à réméré est réputé emprunteur pour les fins des trois articles précédents.

---

<sup>1308</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259, aux pages 556 et 557.

<sup>1309</sup> *Id.*, à la page 566.

Il en est de même de l'acheteur à terme, à tempérament ou sous condition ainsi que de possesseur avec promesse de vente ou option d'achat. L'autre partie est réputée (sic) créancier.

**417.** À la lecture de l'article 1040a) précité, nous constatons que tout créancier d'une obligation garantie par un droit réel immobilier devait donc se soumettre à certaines formalités pour exercer ses recours. Nous remarquons que le *Code civil du Bas Canada* laissait le choix aux parties de contracter ce qu'elles voulaient, mais, en revanche, le créancier était assimilé à un créancier hypothécaire lorsqu'il avait l'intention d'exercer ses recours. Toutefois, ces dispositions n'ont pas été en tant que telles reprises sous le *Code civil du Québec*.

**418.** Toujours selon le professeur Macdonald<sup>1310</sup>, le principe de l'essence de l'opération présenterait les avantages de la présomption d'hypothèque et laisserait subsister un seul inconvénient, celui de l'atteinte au consensualisme qui est, en réalité, comme nous l'avons déjà expliqué, un faux problème<sup>1311</sup>. Ce principe de l'essence de l'opération aurait, en outre, le mérite d'instituer en matière de garantie mobilière un régime général obligeant la publication des droits et contrôlant l'exercice de ces mêmes droits. Ce régime obligatoire, standardisé viendrait combler une lacune constatée en la matière<sup>1312</sup>.

**419.** Il conviendrait tout d'abord d'adopter une disposition générale selon laquelle toutes les garanties réelles devraient être soumises à un régime de publicité des droits ainsi qu'à certains mécanismes de réalisation des recours. Ensuite, il faudrait prévoir que toutes les transactions juridiques ayant effet de garantie sur un bien soient également soumises au même régime.<sup>1313</sup>

Voici les dispositions légales proposées par le professeur Macdonald qui prendrait en compte le principe de l'essence de l'opération :

---

<sup>1310</sup> *Id.*

<sup>1311</sup> Vos nos développements antérieurs, 1) L'Avant -Projet de loi sur les sûretés de 1986, p. 317.

<sup>1312</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259, aux pages 556 et 557.

<sup>1313</sup> *Id.*, à la page 566.

1. Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation si ce n'est par l'effet de la loi, par hypothèque, ou par stipulation ayant effet de garantie.

Outre l'hypothèque, toute stipulation ayant pour effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est réputé une stipulation ayant effet de garantie.

2. Une stipulation ayant effet de garantie n'est opposable aux tiers que si elle est publiée dans le registre des droits personnels et réels mobiliers ou le registre des immeubles, le cas échéant.

Le créancier (sic) qui désire se prévaloir d'une stipulation ayant effet de garantie doit suivre les règles qui s'appliquent à l'exercice des droits hypothécaires.

3. Les deux articles précédents s'appliquent, sans égard au nombre, au nom ou à la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés.

4. Est sans effet toute stipulation incompatible avec les trois articles précédents<sup>1314</sup>.

## **B) Avantages et effets du principe de l'essence de l'opération**

**420.** Il est vrai que le principe de l'essence de l'opération présente plusieurs avantages évidents qui rappellent ceux attribués à la présomption d'hypothèque<sup>1315</sup> comme celui d'adopter une approche téléologique et celui de mettre en place un régime unique de publicité et de réalisation des hypothèques mobilières qui agirait comme un ordre public de protection. Les avantages principaux seront ici repris. Par ailleurs, le principe de l'essence de l'opération marque une différence certaine avec le principe de la présomption d'hypothèque : il n'emporte pas la dénaturation du contrat (1). Il a surtout le mérite de concevoir la notion de sûreté mobilière d'une manière fonctionnelle, de distiller une

---

<sup>1314</sup> *Id.*, aux pages 566 et 567.

<sup>1315</sup> Voir nos développements précédents, *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I, § 1, A.

conception téléologique qui se prête naturellement à la méthode dite d'interprétation des lois civiles (2).

1) L'absence de dénaturation du contrat

**421.** Le principe de l'essence de l'opération diffère de la présomption d'hypothèque en ce qu'il ne dénature pas la transaction pour laquelle les parties se sont engagées<sup>1316</sup>. Cette dénaturation avait été reprochée à la présomption d'hypothèque car elle avait pour conséquence de modifier la nature du contrat au moment de sa formation. À ce titre, l'exemple d'une vente à tempérament est frappant. Par l'effet de la présomption d'hypothèque, ce type de vente se voyait transformer en une vente à terme avec réserve d'hypothèque en faveur du vendeur. Le principe du consensualisme aurait été atteint par ce changement brusque d'institution. Or, l'application du principe de l'essence de l'opération n'entraînerait pas cet inconvénient. Entre les parties, la transaction demeurerait une vente à tempérament. Toutefois, advenant le défaut du débiteur, le créancier devrait justifier avoir accompli les formalités de publicité prévues par le régime hypothécaire pour revendiquer, le cas échéant, son droit exclusif sur la valeur du bien. Autrement dit, ce principe de l'essence de l'opération n'aurait pas d'impact lors de la formation du contrat ni lors de sa conclusion, mais agirait plutôt lors de la réalisation de la sûreté.

**422.** Le principe de l'essence de l'opération aurait l'avantage de laisser libre aux parties d'imaginer toutes sortes de conventions nouvelles<sup>1317</sup> puisque le principe de l'essence de l'opération agirait comme un cadre général imposé, une sorte d'ordre public de protection. L'idée première de ce principe est d'empêcher les créanciers de contourner les règles légales de publicité des sûretés mobilières afin de promouvoir et préserver un régime de réalisation des sûretés cohérent et efficace.

---

<sup>1316</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259, à la page 568.

<sup>1317</sup> *Id.*, aux pages 568 et 569.

**423.** Tout comme la présomption d'hypothèque, le principe de l'essence de l'opération n'est pas une idée mythique mais une réalité juridique déjà inscrite dans le *Code civil du Québec* au travers des dispositions concernant la réserve de propriété contenue dans une vente à tempérament (art. 1745 C.c.Q.) ou celles visant la publicité du contrat de bail d'un an ou plus (art. 1852 C.c.Q.)<sup>1318</sup>.

## 2) Le principe de l'essence de l'opération : une approche téléologique

**424.** D'un point de vue formel, la présomption d'hypothèque avait pour effet de consacrer une approche téléologique, dite aussi fonctionnelle. Elle privilégiait la substance à la forme, l'essence à la nature et visait l'économie réelle du contrat plutôt que les termes utilisés masquant souvent une réalité différente. Or, le principe de l'essence de l'opération a le mérite d'adopter cette même approche téléologique. Certaines remarques faites au sujet de la présomption d'hypothèque peuvent être légitimement reprises pour l'application du principe de l'essence de l'opération. Il s'agit dès lors de comprendre l'avantage d'un point de vue méthodologique qu'il permet d'offrir au régime de droit des sûretés mobilières français et québécois.

### a) Approche méthodologique

**425.** La méthode téléologique<sup>1319</sup> constitue une méthode connue d'interprétation des lois<sup>1320</sup>. Le professeur M. Luc Tremblay en a fourni une définition générale : « L'interprétation téléologique est une forme de raisonnement par lequel le sens d'un texte

<sup>1318</sup> Le législateur, en 1998, a ajouté cette obligation d'inscrire les droits résultant du bail ou de la cession d'ebail faite aux tiers pour les baux de plus d'un an relatifs au bien meuble requis pour le service ou l'exploitation d'une entreprise ou relatif à un véhicule routier ou biens considérés comme tels selon la liste prévue à l'article 15.01 du *Décret 907-99 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1999) 131 G.O. II, 3846.

<sup>1319</sup> Du grec *teleos* : but, finalité.

<sup>1320</sup> Pierre-André CÔTÉ, Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Éditions Thémis, Montréal, 2009, p. 441-489; un chapitre entier lui est consacré; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives de l'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

juridique (par exemple, une règle, un principe ou autres normes) est déterminé en fonction de son but, son objet ou sa finalité<sup>1321</sup>. »

Cette méthode est aussi appelée l'interprétation du but social sous-entendu de la loi. Elle « permet, en cas de conflit entre la lettre et l'esprit d'une règle, de faire prévaloir l'esprit sur la lettre au prix d'un recul de la légitimité des mots<sup>1322</sup> ». A priori, cette approche pourrait faire croire qu'il s'agit de sacrifier la lettre au profit du texte. Il n'en est rien. Une logique binaire antagoniste qui opposerait méthode exégétique (priviliégiant le sens littéral du texte) et méthode téléologique (prenant davantage en compte l'esprit du texte au travers de ses manifestations extérieures : but de la loi, contexte et réalité sociale) ne représenterait pas, avec justesse, le système d'interprétation des lois<sup>1323</sup>. L'interprétation commence par être littérale<sup>1324</sup> pour se nourrir ensuite d'autres référents extérieurs de signification<sup>1325</sup>.

**426.** Cette interprétation est fondée sur la recherche du sens donné par la loi (ou par les parties) - au-delà de la terminologie utilisée - et celle de la finalité poursuivie. Chaque texte de loi a sa raison d'être : il poursuit un but avoué ou inavoué<sup>1326</sup>. Les règles juridiques ne sont que des moyens permettant à leurs auteurs d'atteindre certaines fins et de promouvoir certaines valeurs<sup>1327</sup>. La « *ratio legis* » (la raison d'être de la loi) est conçue à

<sup>1321</sup> Luc B. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 460, 462.

<sup>1322</sup> Jean-Louis BERGEL, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans *Le nouveau Code civil. Interprétation et application. Les journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 3, à la page 14, reprenant en partie à la note 31, Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1978, n<sup>o</sup> 181.

<sup>1323</sup> Bruno OPPETIT, « La découverte du sens en droit positif par l'esprit ou la lettre », dans François PAYCHÈRE (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit. Rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, Franz Steiner, 1992, p. 61, à la page 62; pour preuve, plusieurs propositions sont évoquées par Gérard CORNU, « Rapport de synthèse », dans François PAYCHÈRE (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit. Rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, Franz Steiner, 1992, p. 81, aux pages 84-86.

<sup>1324</sup> Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Edition Montchrestien, 2005, p. 34.

<sup>1325</sup> B. OPPETIT, préc., note 1323, à la page 62.

<sup>1326</sup> Jean-Louis BERGEL, « La découverte du sens en droit par la finalité », dans F. PAYCHÈRE, préc., note 1323, p. 67.

<sup>1327</sup> Gérard TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, P.U.F., 1986, p. 107.



partir de ces intentions qui sont le sens donné et la finalité poursuivie<sup>1328</sup>. Certains auteurs vont même jusqu'à sous-distinguer la pensée du législateur<sup>1329</sup> : « ce que le législateur a voulu signifier par le texte édicté et ce qu'il a voulu accomplir en l'édictant<sup>1330</sup> ». Les juges, sous couvert de la recherche de « l'intention du législateur », partent à la découverte de la signification des textes de lois en prenant justement en considération ces balises : l'objectif, le but et la finalité de la loi. Derrière cette formule si souvent utilisée, « l'intention du législateur », se révèle en réalité l'utilisation d'une méthodologie téléologique de l'interprétation de la loi<sup>1331</sup>.

**427.** Cette méthode est bien plus qu'une idée doctrinale et a été reprise par la première *Loi d'interprétation* canadienne qui la tenait d'une règle jurisprudentielle, la *Mischief Rule* (la règle de la situation à réformer)<sup>1332</sup>. Cette règle qui permettait aux tribunaux de rectifier la loi a été reprise à l'article 12 de la *Loi d'interprétation* fédérale<sup>1333</sup> et à l'article 41 de la *Loi d'interprétation* du Québec<sup>1334</sup>. Le droit privé québécois, composé notamment du *Code civil du Québec* et du *Code de procédure civile*, est soumis à cette méthode d'interprétation<sup>1335</sup>. Ainsi, l'article 41 de la *Loi d'interprétation* du Québec a été

<sup>1328</sup> J.-L. BERGEL, préc., note 1322, à la page 13; P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, n° 1405, p. 442.

<sup>1329</sup> Jean-Paul DOUCET, *Dictionnaires de droit criminel*, en ligne : <<http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire.htm>> (site consulté le 4 mai 2012); Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 353 et 354.

<sup>1330</sup> P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, p. 442.

<sup>1331</sup> *Id.*, p. 441, 442 et 450.

<sup>1332</sup> Cette règle a été consacrée, en 1584, dans l'affaire *Heydon's case*, (1584) 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637, 638 dont le dispositif a été reproduit dans P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, p. 443 :

Et, ainsi l'office de tous les juges est de toujours donner l'interprétation qui supprime le mal et favorise l'action du remède, d'écarter les inventions subtiles et les subterfuges tendant à perpétuer le mal ou favorisant les intérêts particuliers, et de donner force et vigueur au remède selon l'intention véritable des auteurs de la loi et pour le bien public.

<sup>1333</sup> *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, C. I-21, art. 12 : « Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. »

<sup>1334</sup> *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41 : « Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage. »

<sup>1335</sup> P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, n° 1416, p. 445.

invoqué pour appliquer une interprétation extensive de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>1336</sup> ou celle d'indemnisation des victimes d'accidents automobiles<sup>1337</sup>.

**428.** S'agissant du droit français, seul l'article 1156 du Code civil français donne une directive quant à l'interprétation des conventions : « On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Ainsi, la volonté intime des parties doit être identifiée pour interpréter la loi des parties.

S'agissant du sens à donner à la loi, deux doctrines, celle de l'exégèse<sup>1338</sup> (le fétichisme du texte) et celle de la méthode téléologique (le pouvoir de l'esprit) ont toujours coexisté jusqu'à maintenant. Ces deux courants de pensée, qui ont traversé les siècles, ne peuvent se réduire à deux logiques distinctes<sup>1339</sup>. Gény a su les rendre inséparables l'une de l'autre<sup>1340</sup> pour mieux les réconcilier autour de la formule magique « la révélation de la volonté législative<sup>1341</sup> ». Au lieu d'opposer la lettre à l'esprit, Gény s'est évertué à démontrer que l'interprétation n'est pas seulement le fruit de la recherche de la volonté dissimulée du

<sup>1336</sup> *Promotion & Succès Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1973] C.A. 949; *Household Finance Corporation of Canada c. Jourdain*, [1977] C.P. 426.

<sup>1337</sup> *Marquis c. Goupil*, [1972] C.A. 207; *Allaire c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents automobile*, [1973] C.A. 335.

<sup>1338</sup> L'école de l'exégèse, qui a dominé la doctrine civiliste du 19<sup>e</sup> siècle, tient pour postulat de la suffisance et de la complétude de la loi écrite. Le droit doit être recherché pour l'essentiel dans les textes de loi; Yann PACLOT, « La découverte du sens en droit. A travers l'esprit ou la lettre. Un point de vue historique », dans F. PAYCHERE, préc., note 1323, p. 51, aux pages 54 et 55; Philippe REMY, « Éloge de l'exégèse », *Droits* 1985.115, R.R.J. 1982.254; Julien BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, de Boccard, 1924, p. 25; E. GAUDEMET, préc., note 562, p. 10; Léon HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Ar. philo. dr.* 1972.17.115; Léon HUSSON, « Examen critique des assises doctrinales de la méthode exégétique », *RTD civ.* 1976.431, 450 et 453.

<sup>1339</sup> Y. PACLOT, préc., note 1338, aux pages 51-59; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 1320, p. 8-10.

<sup>1340</sup> François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 276 : « Pas plus, il n'y a lieu, [...] de proposer à l'interprète un choix, un peu puéril, entre le texte et l'esprit de la loi. [...] le texte intervient comme manifestation authentique et solennelle de l'esprit, inséparable de celui-ci, qu'il a pour objet de faire apparaître. »

<sup>1341</sup> *Id.*, p. 276 et 277 :

La loi étant le produit de l'activité consciente et réfléchie de son auteur, non seulement celui-ci a dû se représenter exactement la règle qu'il entendait établir, mais il doit être supposé également avoir choisi, avec réflexion et préméditation, les mots qui traduisent fidèlement sa pensée et son vouloir. C'est donc à la formule de la loi, que l'on doit s'adresser avant tout.

législateur mais aussi une activité constructive qu'il nomme « libre recherche scientifique » puisés dans la raison et la conscience<sup>1342</sup>.

Or, l'interprète peut utiliser l'une de ces deux méthodes, sans bannir à tout jamais l'autre<sup>1343</sup>. Cette méthode d'interprétation téléologique<sup>1344</sup> peut être salvatrice comparée à celle de l'exégèse, puisqu'elle est à la fois une technique visant à corriger les imperfections des textes légaux<sup>1345</sup> et un instrument de politique juridique<sup>1346</sup>.

Cette méthode téléologique permettra de dépasser le culte de la loi écrite et codifiée proposée par la méthode exégétique afin de rectifier notamment les erreurs matérielles de rédaction<sup>1347</sup>, les ambiguïtés<sup>1348</sup>, les imprécisions ou les lacunes<sup>1349</sup>. La référence au but social permettra aussi de justifier tant les interprétations extensives que restrictives<sup>1350</sup>.

---

<sup>1342</sup> *Id.*, p. 77-79 et 92-113.

<sup>1343</sup> J.-L. BERGEL, préc., note 1326, aux pages 67 et 68; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 1320, p. 6-10, notamment p. 9. Selon ces auteurs, à l'instar de Paul Ricoeur qui navigue entre dogmatisme et septicisme, il n'existerait pas une seule méthode d'interprétation correcte comme l'avait soutenu Dworkin (la thèse du « right answer ») et, on ne pourrait pas même affirmer que, comme l'a fait Kelsen, selon lequel toutes les méthodes d'interprétation se valent.

<sup>1344</sup> Le procureur général de la Cour de cassation Paul Leclercq dans les conclusions précédant un arrêt du 26 janvier 1928, Cass., 26 janv. 1928, Pas. 1928.I.65, a dénoncé les limites de la méthode exégétique :

Il est certain que quand une loi est claire, elle doit être appliquée et nul, pensons-nous, n'a jamais dit nettement le contraire, mais la loi, elle, n'est pas le texte. Le texte n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second. Le texte est l'enveloppe de la chose essentielle : la pensée que l'auteur du texte a, par celui-ci, voulu exprimer. C'est la pensée, le contenu, qui enchaîne l'interprète, et non le texte, le contenant. Or, le texte, même clair, peut ne pas être l'expression de la pensée du législateur.

<sup>1345</sup> P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, p. 449 et 450; J.-L. BERGEL, préc., note 1326, aux pages 75 et 76.

<sup>1346</sup> J.-L. BERGEL, préc., note 1326, à la page 13.

<sup>1347</sup> P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, p. 461-464; *Banque indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 69.

<sup>1348</sup> *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, 12, les objectifs généraux de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, L.C. 1970-71-72, c. 48, sont invoqués, à titre d'argument ultime, de dernier ressort, lorsque la loi demeure ambiguë malgré les efforts fournis pour la comprendre.

<sup>1349</sup> P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, p. 465-468 et 473-481; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, loi qui porterait atteinte au droit de propriété.

<sup>1350</sup> P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, p. 469 et 473.

**429.** En droit civil, les tribunaux québécois ou canadiens n'hésitent pas à s'éloigner du texte législatif pour rechercher l'intention du législateur. Dans la célèbre affaire *Kravitz*, en matière de garantie du fabricant, le juge Pratte n'a pas hésité à affirmer que si l'interprétation littérale et rigoriste des textes est peut être acceptable en droit fiscal, elle n'avait pas sa place en matière civile<sup>1351</sup>. Le juge Le Bel a, lui aussi, préféré privilégier l'esprit à la lettre en matière hypothécaire<sup>1352</sup>. Lors de l'interprétation du *Code civil du Bas Canada*<sup>1353</sup> ou de nouvelles dispositions comme la fiducie<sup>1354</sup> ou la protection du débiteur<sup>1355</sup>, les juges de la Cour suprême du Canada ont souvent raisonné en fonction des objectifs de la loi.

**430.** Le législateur poursuit des valeurs au travers de ses textes législatifs qui devront être entendues et reconnues notamment lors de leurs interprétations par les tribunaux. Ces mêmes valeurs ou objectifs d'ordre social pourront même servir d'alibi pour appuyer les décisions rendues. L'un des avantages de cette méthode est de pouvoir dépasser l'application ultra exégétique voire servile d'un texte de loi au contenu souvent incomplet ou qui aurait subi simplement l'érosion du temps. Le style de rédaction des lois sera alors un outil déterminant en ce sens que la rédaction sous forme d'énoncé de dispositions générales apportera au juge une plus grande clarté sur la finalité recherchée. Bien plus encore, les travaux préparatoires de la loi comme, au Québec, ceux de l'Office de révision du Code civil ou les Commentaires du ministre de la Justice seront très certainement des outils d'interprétation pour les juges<sup>1356</sup>. Dans des causes importantes notamment en matière hypothécaire ou dans des affaires concernant le droit de propriété, les juges de la Cour suprême du Canada ont pu appliquer cette méthode téléologique<sup>1357</sup>.

<sup>1351</sup> *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790, 813.

<sup>1352</sup> *Banque de Montréal c. Dufour*, [1995] R.J.Q. 1334, 1339 (C.A.).

<sup>1353</sup> *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, 1024 et 1025; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, 402 et 403.

<sup>1354</sup> *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, 275.

<sup>1355</sup> *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 515.

<sup>1356</sup> P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, p. 495 et 496.

<sup>1357</sup> *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic)*, préc., note 1179; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 97; *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97; *Épiciers unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 801; *Ciment du Saint Laurent*

**431.** Par ailleurs, il est clair que cette méthode téléologique peut s'avérer être un outil de politique juridique efficace<sup>1358</sup>. Sans dénaturer les textes, les juges les interpréteront pour en saisir le sens et comprendre les intérêts protégés, les abus dénoncés ou les résultats d'ordre politique ou social envisagés par le législateur. Ainsi, en droit de la famille français ou québécois, la finalité essentielle d'un texte concernant l'adoption peut se jouer autour de l'intérêt de l'enfant. En droit des procédures collectives, les juges français utiliseront la notion du maintien de l'activité de l'entreprise qui est un des objectifs légaux<sup>1359</sup> pour interpréter un texte. En matière de créances privilégiées, l'intérêt du fisc se drapait souvent derrière celui de la collectivité. En France, lorsqu'il est question du super-privilège des créances salariales, la protection des salariés justifie leur rang prioritaire lors de la distribution des deniers. En droit québécois, les mêmes justifications seront avancées pour les créances prioritaires de l'État ou bien celles des municipalités ou des commissions scolaires qui bénéficient, de manière exceptionnelle, d'une créance prioritaire assortie d'un droit de suite<sup>1360</sup>. Également, en droit européen<sup>1361</sup>, la méthode téléologique qui vise l'objet et le but poursuivi par la loi est largement utilisée<sup>1362</sup> afin de promouvoir l'idée d'un

---

*Inc. c. Barette*, [2008] 3 R.C.S. 392; *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 47, par. 50 : En matière de cession de clientèle civile entre professionnels de la santé (dentiste, en l'espèce) et afin d'évaluer la légalité de la cession au regard de l'ordre public, la juge Louise Otis prend en considération deux paramètres qu'elle juge essentiels; le contexte et la finalité de la clause de restriction de soins de santé eu égard notamment à la « marchandisation » des clientèles.

<sup>1358</sup> J.-L. BERGEL, préc., note 1326, aux pages 68, 76 et 77.

<sup>1359</sup> C. com., art. L. 631-1, modifié par l'*Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, J.O. 19 déc. 2008, p. 19462, annonce un certain nombre d'objectifs clairement poursuivis par la procédure de redressement judiciaire comme la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif; B. OPPETIT, préc., note 1323, aux pages 63 et 64.

<sup>1360</sup> C.c.Q., art. 2654.1.

<sup>1361</sup> B. OPPETIT, préc., note 1323, aux pages 64 et 65; Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, p. 194 et suiv.

<sup>1362</sup> *Euroemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, Affaire 6/72, [1973] *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 215, 244 : pour apprécier le contenu du concept d'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, la Cour de Justice des communautés européennes devait envisager « à la fois l'esprit, l'économie et les termes de l'article 86, compte tenu du système du traité et des finalités qui lui sont propres ». Selon le juge, « les traités instituant les Communautés sont entièrement pétris de téléologie [...], entièrement fondés sur la notion d'objectifs à atteindre ». Selon la méthode téléologique, le droit « convenablement interprété, est un levier puissant de l'intégration européenne. »; Pierre PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », dans *Miscella W.J. Ganshof van der Meersch*, t. II,

Marché commun. Ainsi, cette méthode téléologique largement utilisée dans différents domaines du droit pourrait fort bien servir de principe directeur pour déterminer l'existence ou non d'une sûreté mobilière.

b) Application de la méthode téléologique au droit des sûretés mobilières

**432.** L'idée est de proposer l'adoption du principe de l'essence de l'opération, pas seulement comme une simple méthode d'interprétation de la loi, mais plus encore comme un principe directeur à intégrer dans plusieurs dispositions législatives.

Ces dernières, rédigées avec concision, devraient viser un spectre élargi par l'emploi de principes généraux<sup>1363</sup>. Il ne faudrait pas succomber à la tentation d'employer des mots trop techniques ni même proposer une définition légale trop précise. Une conception fonctionnelle de la notion de sûreté mobilière se reflètera nécessairement, soit dans l'énoncé de principes généraux, soit dans l'emploi d'une notion souple ou d'une notion-cadre par nature extensive. Ces précautions seront de mises puisque la forme législative aura certainement un impact sur le fond du droit<sup>1364</sup>. C'est pourquoi on ne peut repenser la notion de sûreté mobilière sans choisir une posture adéquate, en l'occurrence, une approche fonctionnelle. Or, l'hypothèque mobilière présente les qualités énoncées. Elle offre bien plus qu'une notion cadre, c'est une institution souple qui a fait ses preuves en pratique en droit civil québécois. Elle ne semble pas porter en elle de connotation juridique excessive, comme le concept du gage qui fait écho immédiatement à la notion de dépossession, à l'idée de matérialité du bien et qui laisse supposer un droit de rétention ou du moins un pouvoir de blocage du fait de l'image persistance du bien-objet du gage pris entre les mains du créancier.

---

Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 325, à la page 327, cité dans F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 1320, p. 275.

<sup>1363</sup> L'emploi de formules larges faciliterait la méthode dite téléologique. J.-L. BERGEL, préc., note 1322, à la page 13; P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 1320, p. 495 et 496.

<sup>1364</sup> Nicolas BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Paris, Dalloz, 2009, p. 362.

**433.** De nouvelles dispositions législatives fourniraient en quelque sorte un guide d'interprétation. L'essence du contrat, soit le but ou la finalité d'une quelconque opération contractuelle, serait alors prise en compte par les juges. La finalité l'emporterait sur la forme. Les tribunaux n'auront plus qu'à suivre ces indications légales pour déterminer l'existence d'une sûreté mobilière. De cette opération de qualification découlerait, naturellement, le régime des sûretés mobilières. Le processus de qualification serait ainsi grandement facilité.

**434.** Ce raisonnement ne pourrait pas se voir reprocher d'être un principe d'origine anglo-saxonne puisque le principe de l'essence de l'opération n'est pas une notion étrangère au droit civil, bien au contraire. Un tel principe « renoue avec la méthodologie traditionnelle du droit civil : la législation par règles générales et l'interprétation fonctionnelle et téléologique<sup>1365</sup> ». Comme il a été démontré précédemment, cette démarche téléologique se rapproche de celle utilisée par les tribunaux dans leur méthode d'interprétation des règles de droit civil. Le juge civil recherche l'intention du législateur lorsque les dispositions législatives sont lacunaires ou obscures. Face aux termes d'un contrat, il peut en extraire sa finalité pour comprendre le sens que les parties avaient souhaité donner à leur clause. Le juge vérifie si cette finalité correspond à celle envisagée par les rédacteurs du Code pour atteindre une qualification des plus conformes à l'esprit des lois.

**435.** Ainsi, en se servant de l'hypothèque, un concept propre au droit civil et en adoptant une rédaction typiquement civiliste et une approche dite fonctionnelle, le principe de l'essence de l'opération mettrait en exergue une méthode d'interprétation des lois qui s'apparenterait mieux au génie du droit civil qu'au concept de *security interest* de l'article 9 du *Uniform Commercial Code*<sup>1366</sup>, comme il a pu, à tort, lui être reproché.

---

<sup>1365</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259, à la page 551.

<sup>1366</sup> Yves CARON, « La loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations et recommandations de l'office de révision du code civil sur les sûretés réelles », dans *Les aspects juridiques du financement des corporations*

Aussi pour ceux qui restent convaincus que le principe de l'essence de l'opération est un principe de Common Law rompant avec l'héritage civiliste, il suffit de leur rappeler les écrits du professeur René David, lors des Journées du Centenaire du Code civil : « Le droit civil : c'est essentiellement "un style" : c'est une certaine manière de concevoir, d'exprimer, d'appliquer la règle de droit et qui transcende les politiques législatives mouvantes selon les époques de l'histoire d'un peuple<sup>1367</sup> ». Ainsi, le style civiliste est l'art de faire court. Il est une façon de concevoir et d'exprimer une règle de droit et aussi une façon de l'appliquer et de l'interpréter<sup>1368</sup>.

Nous appuierons notre propos par une citation de Portalis, l'un des pères du Code napoléonien : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. »<sup>1369</sup>

**436.** À l'instar du professeur Jacques Auger, nous sommes d'avis que l'essence de l'opération est un de ces principes féconds du droit civil qui aurait pour effet, non de prohiber comme le faisait la présomption d'hypothèque, mais plutôt d'assujettir toute stipulation contractuelle au régime hypothécaire selon une approche fonctionnelle. Cette façon de faire s'inscrit véritablement dans une tradition civiliste<sup>1370</sup>.

---

*par emprunt. La réglementation de la langue de commerce*, coll. « Conférences W.C.J. Meredith Memorial (1976-1977) », Toronto, Richard de Boo, 1978, p. 82.

<sup>1367</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, préc., note 335 p. XXIX.

<sup>1368</sup> Jacques AUGER, « Le style civiliste et le droit des sûretés réelles », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 47, à la page 57.

<sup>1369</sup> CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, présenté par Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, mai 2004, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/index.html>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>1370</sup> J. AUGER, préc., note 1368, aux pages 74-79.



c) Plaidoyer en faveur de la consécration du principe de l'essence de l'opération

**437.** Le principe de l'essence de l'opération permettrait de mettre fin à certaines incohérences et incertitudes affectant le droit actuel des sûretés mobilières. Les différences de régimes entre le gage et l'hypothèque créent des déséquilibres, déjà dénoncées<sup>1371</sup>, portant atteinte à l'édifice entier puisque les règles d'opposabilité et de rang sont différentes au point d'être antinomiques les unes des autres. Les règles de publicités des sûretés mobilières ne sont pas gouvernées par un principe cohérent pour une raison simple : le législateur ne l'a pas souhaité, ni en 1991 ni en 1998. Pour un exemple déjà cité, le gage de valeurs mobilières peut être constitué et être réputé publié par simple maîtrise<sup>1372</sup>. Ce gage valable et opposable sans publicité bénéficiera d'un super rang détrônant les autres gages et hypothèques antérieures, même celles inscrites au RDPRM<sup>1373</sup>. Ainsi, il est aisé de comprendre les incertitudes et les conflits éventuels créés par ces nouvelles dispositions où l'opacité triomphe au détriment d'un système de sûretés qui se doit d'être efficace et prévisible.

**438.** La principale et même élémentaire attente des justiciables serait de croire en un régime de sûretés leur offrant des moyens juridiques qui leur permettrait d'accéder au crédit dans les meilleures conditions économiques. Cette exigence devrait également être partagée par les institutions prêteuses souhaitant sans aucun doute une meilleure visibilité de l'état financier des demandeurs. Cette transparence des patrimoines, obtenue de manière relative mais certaine au moyen d'un régime de publicité généralisé, leur permettrait d'évaluer ainsi les risques éventuels d'insolvabilité ou d'endettement des particuliers et des entreprises afin de proposer un accès au crédit à un taux minimal.

---

<sup>1371</sup> Voir nos développements, Section I- Les incohérences actuelles liées à la dépossession dans le droit positif québécois, p. 86.

<sup>1372</sup> Depuis les nouvelles modifications du C.c.Q., suite à l'entrée en vigueur de la L.T.V.M., art. 2714.1 du C.c.Q.

<sup>1373</sup> C.c.Q., art. 2714.7.

**439.** Même en niant toutes considérations d'ordre économique, ce qui paraît difficile, et en ne prenant en compte que les raisons juridiques d'interprétation et d'application du droit, il serait souhaitable d'intégrer le principe de l'essence de l'opération afin d'unifier les différents procédés de garantie en une seule sûreté. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre les développements sur ce sujet rédigés par certains professeurs, comme Pierre-Claude Lafond<sup>1374</sup>, Aline Grenon<sup>1375</sup>, Jacques Auger<sup>1376</sup> ou l'honorable juge Jean-Louis Baudouin<sup>1377</sup> pour comprendre qu'ils appellent le législateur, d'une voix unanime, à uniformiser le droit des sûretés pour mettre fin aux incertitudes et aux distorsions juridiques actuelles<sup>1378</sup> et notamment celles concernant les propriétés-sûretés.

<sup>1374</sup> Pierre-Claude LAFOND, « Les nouvelles fonctions de la propriété. La vente à tempérament: une sûreté singulière à régimes pluriels », (2004) 106 *R. du N.* 45, 73 et 74 :

La proposition de l'Office de révision du Code civil d'instituer une présomption d'hypothèque et d'unifier les divers procédés conventionnels de garantie en une seule sûreté, l'hypothèque, avait du bon et mérite d'être reconsidérée sérieusement, au même titre d'ailleurs que la proposition de « stipulation ayant pour effet de garantie » du professeur Macdonald.

<sup>1375</sup> Aline GRENON, « La problématique entourant les “sûretés-propriétés” au Québec: Lefebvre (Syndic de), Tremblay (Syndic de) et Ouellet (Syndic de) », (2005) 35 *R.G.D.* 285, 315 et 316 :

Le moment est peut-être venu pour le législateur québécois de remanier le domaine au complet et d'adopter, par exemple, un principe d'application générale tel celui de l'essence de l'opération, selon lequel toute stipulation ayant pour effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation serait réputée être une stipulation ayant pour effet de garantie.

Même avis, Sandra MORIN, « Le statut de la réserve de propriété en matière mobilière au Québec et en Ontario », (2008) 49 *C. de D.* 237, notamment 270 et 271. Egalement, dans un sens implicite : Yaëll EMERICH, « La nature des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique? », (2010) 44 *R.J.T.* 95, 139 :

Si le droit civil est naturellement porté vers une analyse conceptuelle du droit des sûretés, la fonction de l'opération est de moins en moins une idée étrangère au droit civil, ce que l'on peut principalement lier à l'essor des sûretés-propriétés. Bien que la nature juridique de la sûreté soit au cœur du droit civil québécois des sûretés réelles, ce droit se teinte néanmoins de fonctionnalisme. Cela est patent dans le traitement des sûretés propriétés par le *Code civil du Québec*, mais aussi au-delà dans la notion aux contours élargis d'hypothèque adoptée par ce code.

<sup>1376</sup> J. AUGER, préc., note 1368, aux pages 78 et 79.

<sup>1377</sup> *Massouris (Syndic)*, [2002] R.J.Q. 901, 905 et 906 (C.A.).

<sup>1378</sup> Pour un exemple, le vendeur à tempérament bénéficiant d'une clause de réserve de propriété en matière commerciale est un « créancier garanti » au sens de la L.F.I., préc., note 54, alors que le vendeur à tempérament en matière de consommation ne l'est pas. En effet, les modifications apportées à la définition du « créancier garanti » dans la L.F.I., préc., note 54, par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, assimilent la réserve de propriété stipulée dans une vente à tempérament à une sûreté, à l'égard du syndic. Le défaut de publication de ce droit conformément à l'article 1745 C.c.Q., dans un contexte de faillite, le rend désormais inopposable au syndic : *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248, par. 15 et *Lefebvre (Syndic); Tremblay (Syndic)*, préc., note 11, par. 30. Dans ce sens, le professeur A. Grenon a stigmatisé les distorsions : A. GRENON, préc., note 1375, 315 et 316. Egalement, P. CIOTOLA et A. LEDUC,

## Section II- Proposition d'une nouvelle définition de la notion de sûreté mobilière

**440.** Avant de proposer une nouvelle définition de la notion de sûreté mobilière (§2.), il convient de regarder de plus près l'état des droits positifs français et québécois sur la question. L'opinion des auteurs ainsi que la position des tribunaux en France et au Québec nous serviront de grille d'analyse sur cette notion de sûreté mobilière. Ce n'est pas qu'une simple notion juridique, sa conception interprétée de manière stricte ou élargie aura des conséquences sur l'entier régime du droit des sûretés mobilières ainsi que sur d'autres branches du droit, comme celui de la faillite ou le droit de la consommation<sup>1379</sup>. Une telle définition de la notion de sûreté mobilière comporte un certain nombre d'enjeux juridiques et revient à savoir si certains mécanismes de garantie comme les propriétés sûretés devraient être rangés dans une catégorie extensive de sûreté mobilière (§1.).

### §1. Notion de sûreté mobilière : contenu, conception et enjeux

**441.** La quête d'une définition de la notion de sûreté mobilière n'est pas chose facile. Un certain nombre d'auteurs s'y sont risqués (A). Cette notion de sûreté renvoie à différentes conceptions stricte ou extensive et revient à poser des questions de politique juridique (B). L'un des enjeux principal d'une telle définition est de savoir ce que doit comprendre la notion de sûreté mobilière. Doit-elle inclure les propriétés sûretés, la fiducie et le droit de rétention par exemple, ce qui n'est pas d'une totale évidence au regard des

---

préc., note 62. Dans le même sens, Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 2<sup>e</sup> éd., Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2005, p. 49, l'auteure regrette que « [l]e législateur ait choisi d'intervenir à la pièce plutôt que par une disposition générale créant un système applicable aux mécanismes de sûretés impliquant la propriété. »; D. PRATTE, préc., note 62.

<sup>1379</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 1374. Les incidences sur le droit de la consommation ne pourront pas faire l'objet de développements particuliers, elles seront simplement abordées au fil des développements.

droits positifs français et québécois et compte tenu notamment de certaines réticences doctrinales. Nous tenterons de répondre à ces questions (C).

### A) Contenu

**442.** Sur cette notion générale de sûreté, les Codes civils français et québécois ne sont pas suffisamment loquaces. Une définition formelle ou explicite de la notion de sûreté réelle ou de sûreté mobilière reste absente de nos codes. Les doctrines française et québécoise manifestent donc un intérêt pour cette question.

**443.** En revanche, les espèces particulières de sûretés mobilières comme le gage, le nantissement ou l'hypothèque profitent de définitions légales. Cet état des choses a le mérite de laisser à la doctrine le plaisir de donner libre court à son esprit créateur, même si cela dénote chez le législateur une absence de perspective. Ainsi, face à ce constat, certains auteurs<sup>1380</sup> ont recherché les différentes utilisations et le sens du mot « sûreté », au singulier comme au pluriel, dans les codes civils français et québécois. Le vocable de sûreté est souvent utilisé dans le Code civil français<sup>1381</sup> comme dans celui du Québec<sup>1382</sup>, sous des acceptations différentes. Tantôt il désigne une garantie<sup>1383</sup>, tantôt il se réfère à une espèce de sûreté en particulier, comme le gage ou l'hypothèque<sup>1384</sup>.

---

<sup>1380</sup> Roderick A. MACDONALD et Jean-Frédéric MÉNARD, « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », dans S. NORMAND, préc., note 62, p. 309, à la page 317. Dans le cadre de notre étude, il nous importera de cerner la définition du mot « sûreté réelle » que nous qualifierons davantage de « sûreté mobilière » puisque le vocable réelle (du latin *res*) renvoie au droit sur la chose et nous sommes enclin à croire qu'il s'agit plutôt d'un droit sur la valeur d'un bien; N. BORGA, préc., note 1364, p. 364-366; R. A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, préc., note 1380, aux pages 317-319.

<sup>1381</sup> N. BORGA, préc., note 1364, p. 364 et 365, l'auteur a relevé aussi l'utilisation du mot « sûreté » dans d'autres codes comme celui du commerce ou de la consommation. Pour quelques exemples : C. civ., art. 760 al. 2, 1188, 1387-1, 1752, etc.

<sup>1382</sup> Plus de 50 fois dans le C.c.Q., selon R. A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, préc., note 1380, à la page 318.

<sup>1383</sup> C.c.Q., art. 591; C. civ., art. 1188 et 1422 al. 2, ou C. com., art. L. 622-6 al. 1, L. 622-8 al. 3, L. 626-22 al. 3, L. 650-1 et L. 225-68 al. 2.

<sup>1384</sup> C.c.Q., art. 2748; C. civ., art. 1692 ou C. com., art. 1251-1, L. 622-8 al. 1., L. 622-30 al. 1, etc.

Certains auteurs français ont souvent tenté de définir la notion de sûreté en y englobant les sûretés dites personnelles comme le cautionnement. Toutefois, en raison d'une conception et d'une technicité fort différentes entre ces deux catégories, nous pensons, comme d'autres, que cette méthode de regroupement paraît difficile voire impossible<sup>1385</sup>.

## B) Conceptions

444. De manière synthétique, on pourrait dire qu'il y a trois conceptions doctrinales de la notion de sûreté. Ce terme pourrait se limiter à une définition stricte : celle qui confère un droit réel accessoire au créancier lui permettant ainsi de jouir d'une préférence sur le bien affecté en garantie du paiement de son obligation. Cette définition restrictive renvoie alors aux institutions créées par les lois, tels les privilèges, hypothèques, gages et nantissements s'agissant du droit français, ou les priorités, hypothèques et gages s'agissant du droit québécois.

A l'inverse, proposer une conception large, certains diront « dilatée<sup>1386</sup> », de la notion de sûreté viserait toute prérogative qui permettrait de prémunir le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur même si elle lui procure d'autres avantages<sup>1387</sup>. Certains auteurs pensent, à juste titre, que cette vision dénie toute spécificité à la notion de sûreté et outrepassé les frontières juridiques au point de lui faire perdre son essence même<sup>1388</sup>.

---

<sup>1385</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, préc., note 602, p. 1-10; Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2002, p. 1-19, notamment n<sup>o</sup> 501, p. 2, 417 et 418; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n<sup>o</sup> 549, p. 2, 367 et 368; Philippe THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1998, n<sup>o</sup> 6, p. 24 : « On serait tenté de dire que la définition de la notion de sûreté est soit inutile – parce que mettant en lumière des caractères que personne ne conteste – soit impossible, lorsque l'on essaie d'y faire rentrer des institutions trop disparates, malgré une commune finalité »; Pascal ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Cah. dr. entr. 1989.5.3 et 4 : « Quel but poursuivi. »

<sup>1386</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 367.

<sup>1387</sup> *Id.*, p. 4; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62.

<sup>1388</sup> Clairement en ce sens : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 4.

Une troisième conception, empruntant une voie médiane, consisterait alors à adopter une définition dite extensive proche de la notion de garantie permettant d'y inclure toutes les sûretés propriétés et toutes les techniques contractuelles ayant pour effet de garantir le paiement d'une obligation, comme le droit de rétention. Elle aurait l'avantage de ne pas faussement resserrer une notion qui comprend, en réalité en son sein, plusieurs formes de garantie.

**445.** Cette notion dite extensive pourrait se voir reprocher de n'être « qu'une étiquette qui s'accommode du disparate<sup>1389</sup> ». En dépit de ce constat, nous n'hésiterons pas à adopter une telle conception comme l'ont d'ailleurs fait certains auteurs<sup>1390</sup>, compte tenu des avantages évidents qu'elle procure. Cette notion extensive de la notion de sûreté s'inscrit dans une réalité économique contemporaine<sup>1391</sup> et serait davantage conforme à une vérité historique puisque l'utilisation de la propriété à titre de garantie fut la première technique de sûreté réelle utilisée, par le moyen de la fiducie. Elle aurait aussi le mérite de mettre fin aux tergiversations et de dépasser le débat doctrinal, mené certes brillamment, entre les notions voisines de sûreté et de garantie<sup>1392</sup>. Le vocable « garantie » renvoie, en fait, à une

<sup>1389</sup> En reprenant la formule célèbre, *id.*

<sup>1390</sup> *Id.*

<sup>1391</sup> Les propriétés sûretés comme la vente à tempérament ou le bail à long terme avec faculté de rachat (le leasing) sont des institutions juridiques utilisées couramment dans certains secteurs économiques comme celui de l'informatique ou de l'automobile. Elles participent à une réalité économique d'autant que la loi sur la faillite, en France et au Québec, en ont faites des armes redoutables, permettant de contourner l'insolvabilité de leur débiteur failli. Les propriétés sûretés comptent parmi les seules survivantes autorisées par la loi au côté des privilèges du fisc et des salariés, appelées priorités au Québec.

<sup>1392</sup> Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université de Paris II, 1992, p. 87 et 383; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., note 633, n° 5, p. 7, reprend la formule classique : « Si toutes les sûretés sont des garanties, la réciproque n'est pas vraie », y range l'astreinte, la clause pénale, la compensation, la clause résolutoire, la solidarité, la délégation, le droit de rétention, etc. Classer ces institutions parmi les garanties est discutable puisque certaines sont des voies d'exécution et n'octroient pas d'avantages spécifiques au créancier. Certaines de ces institutions ne sont la traduction, sur le plan de la responsabilité contractuelle, que d'un rapport contractuel inexécuté, elles prévoient les conséquences d'une inexécution et n'octroie pas d'avantage en particulier; voir, en ce sens, François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005 et N. BORGA, préc., note 1364, n° 1123, p. 372, à la note 8; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 2 : « La sûreté est donc une garantie en ce sens qu'elle rend plus probable la satisfaction du créancier. Mais toute garantie n'est pas une sûreté »; *Contra* P. SIMLER et P. DELEBECQLE, préc., note 118, n° 37; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 4, qualifient la catégorie de garantie comme « nébuleuse », P. THÉRY, préc., note 1385, n° 6, p. 20 : cet auteur la qualifie de catégorie indéfinie au sein desquelles les sûretés constituent un sous-ensemble.

catégorie résiduelle composée de toutes les stipulations contractuelles qui ne peuvent être qualifiées de sûreté. Le professeur Pierre Crocq a brillamment stigmatisé cette notion de garantie qui serait, selon lui, fonctionnelle en l'opposant à celle de sûreté plutôt conceptuelle<sup>1393</sup>. Bien plus, cet auteur a proposé une définition de la notion de sûreté face à l'inaptitude de la classification bipartite traditionnelle entre les sûretés réelles et personnelles à regrouper la totalité des sûretés notamment compte tenu de l'existence d'une nouvelle catégorie de sûretés, les propriétés sûretés, qui ne s'intègrent pas dans les deux catégories traditionnelles<sup>1394</sup>. Selon son analyse, une sûreté serait :

[L]’affectation à la satisfaction du créancier d’un bien, d’un ensemble de biens ou d’un patrimoine, par l’adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d’un droit d’agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement.

Ainsi, trois traits caractérisent la sûreté : sa finalité, améliorer la situation du créancier sans l'enrichir; son effet, satisfaire le créancier en éteignant la créance; sa technique, être l'accessoire du droit de créance<sup>1395</sup>.

Les auteurs précités sont tous d'accord pour reconnaître la finalité, critère commun, à toute forme de sûreté : la recherche de la satisfaction du créancier en lui octroyant une préférence

---

<sup>1393</sup> P. CROCQ, préc., note 1392, n° 287.

<sup>1394</sup> *Id.*, n° 309.

<sup>1395</sup> C. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, préc., note 300, n° 138, p. 207 :

Bien que la notion de « sûreté réelle » n'ait pas été définie par le législateur, une concorde existe entre les auteurs pour en délimiter les contours, révélant l'existence de degré dans sa détermination. En premier lieu, l'on s'accorde à retenir qu'il s'agit de l'affectation d'un ou plusieurs biens d'un débiteur [...] au paiement préférentiel de son créancier. Ce paiement préférentiel permet au créancier d'échapper à la loi du concours étant préféré aux créanciers chirographaires. [...] En second lieu, la sûreté réelle peut aller jusqu'à conférer au créancier une véritable situation d'exclusivité, qu'elle soit fondée sur la propriété transmise au créancier ou retenue par lui - ou sur la possession- à travers le droit de rétention. Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, l'affectation ou la propriété/possession d'un bien, la sûreté réelle n'est autre qu'un droit réel accessoire qui suit la créance garantie à laquelle elle est affectée.

par rapport aux autres. On pourrait résumer à l'extrême en comparant le créancier titulaire d'une sûreté par rapport aux autres créanciers, à l'image de l'enfant préféré d'une famille.

**446.** Il ressort nettement de la nouvelle définition du professeur Pierre Crocq que le créancier serait muni d'un droit d'agir accessoire à son droit de créance. Autres éléments nouveaux liés à cette proposition : des considérations factuelles seraient prise en compte comme l'amélioration d'une situation, ce qui rappelle, en fait, la situation préférentielle du créancier, mais surtout l'absence de profit pour le créancier<sup>1396</sup>.

**447.** Cette proposition de définition appelle plusieurs réserves. Premièrement, on pourrait émettre des doutes quant au critère nouvellement posé, celui de l'absence de recherche de profit de la part du créancier si on pense notamment à l'opération de financement que représente certains propriétés sûretés comme les baux à long terme avec faculté de rachat ou le crédit-bail, qui ne pourraient qu'être exclus de cette définition. Deuxièmement, l'auteur reprend la traditionnelle posture qui consiste à présenter la sûreté comme un droit réel accessoire<sup>1397</sup>. De plus, la proposition du professeur Pierre Crocq n'envisage que le traditionnel droit de préférence alors qu'il est tout de même admis aujourd'hui que le créancier peut détenir un droit exclusif de propriété sur le bien affecté en garantie (exemple de la vente à tempérament incluant une clause de réserve de propriété). Enfin, le droit d'agir ne paraît pas être un droit appartenant exclusivement au créancier

---

<sup>1396</sup> Ce qui exclurait certaines propriétés sûretés comme le bail à long terme avec faculté de rachat qui représente pour le locataire une opération de financement du bien loué et pour le bailleur une opération financière. A l'évidence, le bailleur en tire une source de profit. Pour un exemple, les concessions automobiles offrant des formules de leasing avec faculté de rachat. Conformément à l'article 1845 C.c.Q., ces baux à long terme sont assujettis aux formalités de publicité du régime en dépit des difficultés des tribunaux à les qualifier de sûretés, ce que l'article 2 de la L.F.I., préc., note 54, n'a pas hésité à faire.

<sup>1397</sup> L. AYNÈS et P. CROcq, préc., note 62, n° 400, p. 169 et 170. Toutefois, cette notion a évolué. Actuellement, les droits français et québécois ont consacré des hypothèques dites rechargeables, ou ouvertes (dites aussi flottantes) ou des fiducies-sûretés rechargeables qui survivent en quelque sorte à l'extinction de la créance qu'elles garantissent.



muni d'une sûreté, mais plutôt une prérogative qui est conférée à tout créancier en vertu du droit de gage général<sup>1398</sup>.

**448.** Le professeur Pierre Crocq a proposé dès lors une classification quadripartite; les sûretés préférentielles spéciales (gage, nantissement, hypothèques légales spéciales ou générales et inscrites, ou conventionnelles, cautionnement réel et action directe), les sûretés préférentielles générales (privilèges généraux, hypothèques légales générales non inscrites, warrants et actions directes générales), les sûretés personnelles et les propriétés sûretés (les aliénations fiduciaires uniquement)<sup>1399</sup>. Ce dernier reconnaît que sa classification n'est pas parfaite<sup>1400</sup> puisque certaines sûretés peuvent passer d'une catégorie à l'autre, comme le cas du nantissement de fonds de commerce, qui peut être considéré comme spécial ou général, selon la conception adoptée du fonds de commerce (individualité ou universalité). De même, le critère de la publication entre une hypothèque légale inscrite ou non paraît un peu trop subtil. Enfin, le critère de l'affectation nous paraît difficilement être commun aux deux types de sûretés traditionnelles; autant il nous paraît juste et évident pour les sûretés dites réelles et les propriétés sûretés, autant cela reste ambigu pour les sûretés dites personnelles, comme le cautionnement. En effet, à l'instar de certains auteurs<sup>1401</sup>, le cautionnement se définit davantage comme l'engagement d'un tiers sur son patrimoine qu'il mettra à la disposition du créancier en cas de défaillance du débiteur.

**449.** Compte tenu des motifs évoqués ci-avant, nous aurions une préférence pour l'approche fonctionnelle adoptée notamment par les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecq selon lesquels : « Sont des sûretés tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des

<sup>1398</sup> En ce sens, P. THÉRY, préc., note 1385, n° 6, p. 22; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, préc., note 602, n° 134.

<sup>1399</sup> P. CROcq, préc., note 1392, n° 277, 289 et 317, p. 227-229, 242 et 270. Est comprise l'action directe, P. CROcq, préc., note 1392, n° 277, p. 228, et sont exclus tous les mécanismes issus du droit de gage général, comme l'action oblique, paulienne, ou même l'exception d'inexécution ou l'action en résolution pour inexécution : actions liées à la nature synallagmatique du contrat.

<sup>1400</sup> *Id.*, n° 318.

<sup>1401</sup> En ce sens, P. THÉRY, préc., note 1385, n° 6, p. 21; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, préc., note 602, n° 92.

circonstances différentes, d'autres fonctions<sup>1402</sup> ». Selon ces auteurs, cette conception pragmatique (ou fonctionnelle) est conforme à la réalité économique et au droit positif français<sup>1403</sup>. Ainsi, ils proposent la définition suivante : « [T]out droit préférentiel conféré dans le même but au créancier sur le patrimoine ou sur tels biens déterminés du débiteur ou d'un tiers, qu'il s'agisse d'un droit réel principal ou accessoire ou que ce droit ne relève pas de la catégorie des droits réels ».

**450.** Selon ces auteurs, la liste des droits réels ne serait pas limitative et rien ne s'oppose à la constitution de nouvelles garanties conformément à la liberté contractuelle, sous réserve des principes généraux qui régissent la propriété et le contrat<sup>1404</sup>. Ainsi qu'ils le reconnaissent<sup>1405</sup>, ces principes restent assez vagues en matière de droit des sûretés. Selon nous, il serait utile de freiner l'ardeur des volontés individuelles en matière de sûretés par des principes plus opérants comme, le principe de l'essence de l'opération qui reprend en fait le principe de finalité recherchée derrière chaque sûreté, à savoir garantir le paiement préférentiel d'une obligation.

**451.** D'autres auteurs français ont aussi admis cette conception fonctionnelle comme le professeur Pascal Ancel, selon lequel :

La notion n'a d'unité que sur le plan économique, par le but poursuivi; et dans cette optique, je n'hésiterai pas à qualifier tout mécanisme, quelle qu'en soit la technique, qui a pour finalité d'assurer la protection du créancier contre le risque de non-paiement ou d'insolvabilité du débiteur<sup>1406</sup>.

<sup>1402</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 37, p. 28.

<sup>1403</sup> *Id.*

<sup>1404</sup> *Id.*, n° 352, p. 326; en ce sens, P. DUPICHOT, préc., note 55.

<sup>1405</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 352, p. 326.

<sup>1406</sup> P. ANCEL, préc., note 1385; N. BORGA, préc., note 1364, n° 405, p. 393, à la note 2, qui propose une définition de la notion de sûreté proche de celle de Pierre Crocq qu'on qualifierait d'« enrichie »: « Tout procédé spécifique octroyant au créancier un droit d'agir pour obtenir l'exécution de son obligation ou lui octroyant un droit d'opposition afin de parer à l'inexécution de son obligation par le débiteur. » Selon la conception de cet auteur, N. BORGA, préc., note 1364, n° 408, p. 394, seraient appréhendées toutes les propriétés garanties, fiduciaires ou non, le crédit-bail, l'action directe, la compensation, le droit de rétention et les sûretés dites négatives; en ce sens, Anne-Marie TOLEDO, *La notion de sûreté et droit du commerce international*, thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 1997.

**452.** Les professeurs Cabrillac, Mouly et Pétel ont aussi proposé une définition dans ce sens<sup>1407</sup>. Le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité élaboré par la CNUDCI le 25 juin 2004 vise aussi une définition fonctionnelle de la notion de sûreté réelle qui serait « un droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou plusieurs obligations »<sup>1408</sup>.

Il faut aussi remarquer que l'avant-projet de texte de la Commission Grimaldi, à l'origine de la réforme française opérée par l'Ordonnance de 2006, proposait à l'article 2288 la définition suivante : « La sûreté réelle est l'affectation d'un bien au paiement préférentiel du créancier. » L'article 2877 disposait que la « sûreté garantit l'exécution d'une obligation » et qu'elle « ne peut procurer au créancier aucun enrichissement ». L'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas repris cette proposition laissant ainsi le débat actuellement ouvert, d'autant que les tribunaux français attribuent<sup>1409</sup> ou rejettent<sup>1410</sup> la qualification de sûreté sans jamais se risquer à une définition<sup>1411</sup>.

**453.** Du côté du droit civil québécois, à défaut de définition explicite contenue dans la *Code civil du Québec*<sup>1412</sup>, la majorité des auteurs composant la doctrine québécoise reste plutôt en faveur d'une conception extensive de la notion de sûreté comprenant en son sein les propriétés-sûretés<sup>1413</sup>.

Le professeur R. Macdonald a énoncé, en 1993, au travers du principe de l'essence de l'opération une série de dispositions législatives qui définiraient la notion d'hypothèque<sup>1414</sup>. Plus récemment, cet auteur a énoncé clairement la notion dans les termes suivants: « [U]ne

<sup>1407</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. ?.

<sup>1408</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, 2004, en ligne : <[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html)> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>1409</sup> A propos de la clause de réserve de propriété, Com., préc., note 567.

<sup>1410</sup> A propos du droit de rétention, Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141; N. BORGA, préc., note 1364, p. 376.

<sup>1411</sup> N. BORGA, préc., note 1364, p. 376.

<sup>1412</sup> L'article 2 de la L.F.I., préc., note 54, fournit une définition « englobante » du créancier garanti.

<sup>1413</sup> Notamment L. PAYETTE, préc., note 98, p. 5 et 891-1065; D. PRATTE, préc., note 1378, p. 45-49.

<sup>1414</sup> R. A. MACDONALD, préc., note 1259.

sûreté réelle est constituée par l'affectation spécifique et délibérée d'un bien à la satisfaction d'une créance, qui a pour conséquence d'améliorer la situation juridique du créancier en remédiant aux insuffisances du gage commun des créanciers<sup>1415</sup>. »

**454.** D'autres professeurs comme Pierre-Claude Lafond<sup>1416</sup> et Aline Grenon<sup>1417</sup> n'hésitent pas à solliciter l'intervention du législateur québécois<sup>1418</sup> afin qu'il consacre le principe de l'essence de l'opération et adopte, à cette fin, une conception large de la notion

<sup>1415</sup> A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, préc., note 1380, aux pages 323-325 et 333. Selon ces auteurs, cette définition serait inspirée de celle de P. CROCQ, préc., note 1392, n° 282, p. 234 et enrichie de celle de Jean-François RIFFARD, *Notes de cours. Essai de définition de la notion de sûreté*, Faculté de Droit et de Science politique de Clermont-Ferrand [texte non publié]. Ces auteurs rangent parmi les sûretés réelles : le gage, l'hypothèque, les propriétés sûretés comme la réserve de propriété, la vente à réméré, la clause résolutoire et la dation en paiement.

<sup>1416</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 1374, 73 et 74 :

Sans doute eut-il été plus sage de ne concevoir qu'un seul régime de protection, celui de l'hypothèque mobilière, avec les adaptations nécessaires pour tenir compte de la situation particulière des consommateurs. Pour l'heure, l'hypothèque mobilière sans dépossession sur des biens de consommation n'étant pas reconnue en droit québécois (hormis sur les véhicules routiers et autres semblables), les entreprises qui transigent avec les consommateurs n'ont pas d'autre choix que de se tourner vers les diverses variations de la réserve de propriété. [...] Pour l'instant, l'état actuel du droit québécois en ces matières marque beaucoup d'incohérence et d'incertitude qui nuisent à l'interprétation et à l'application du droit [...] l'incertitude se voulant l'ennemie du droit, une réforme s'impose le plus rapidement possible.

<sup>1417</sup> A. GRENON, préc., note 1375, 312, citant R. A. MACDONALD, préc., note 1259, aux pages 562-572, cette auteure considère que :

Le moment est peut-être venu pour le législateur québécois de remanier le domaine au complet et d'adopter, par exemple, un principe d'application générale tel celui de l'essence de l'opération, selon lequel toute stipulation ayant pour effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation serait réputée être une stipulation ayant pour effet de garantie.

Dans le même sens, l'Hon. juge Jean-Louis Baudouin, *Massouris (Syndic)*, préc., note 1377, 905 et 906 :

Cette solution a l'avantage d'uniformiser le droit des sûretés dans les trois cas ci-haut mentionnés. A cet égard, il me paraît étrange que le législateur qui a modifié le *Code civil du Québec* le 17 septembre 1999, n'ait pas entendu, dans l'intérêt de tous, prévoir une solution pratique identique dans les trois hypothèses où la réserve de propriété est uniquement conçue pour assurer le paiement d'une créance.

Dans le même sens mais réservée sur l'intervention du législateur, Y. EMERICH, préc., note 1375, 99 :

De plus, si la nature de l'opération juridique est en principe fondamentale en droit civil, la conception civiliste du droit des sûretés est néanmoins marquée par un certain fonctionnalisme, à la fois à ce qui a trait à la notion d'hypothèque, qui tend à devenir une notion-cadre à vocation extensive, qu'en ce qui concerne la conception des sûretés propriétés.

Y. EMERICH, préc., note 1375, 139 : « Si le droit civil est naturellement porté vers une analyse conceptuelle du droit des sûretés, la fonction de l'opération est de moins en moins une idée étrangère au droit civil, ce que l'on peut principalement lier à l'essor des sûretés-propriétés. »

<sup>1418</sup> D. PRATTE, préc., note 1378, p. 49; D. PRATTE, préc., note 62.

de sûreté<sup>1419</sup>. En effet, selon le professeur Pierre-Claude Lafond, le but premier d'une réforme au Québec visant la réserve de propriété et ses dérivés (vente à tempérament, crédit-bail, louage à long terme avec option d'achat) serait de reconnaître qu'« elle est une sûreté qui sert à garantir l'exécution d'une obligation »<sup>1420</sup>.

### C) Enjeux

**455.** Les enjeux autour d'une telle définition de la notion de sûreté ne sont pas les moindres. La question essentielle est de savoir si la propriété, lorsqu'elle remplit une fonction économique de garantie, mérite la qualification de sûreté avec toutes les conséquences juridiques attachées à cette notion<sup>1421</sup>. La même question pourrait être étendue au droit de rétention qui permet de retenir la propriété du bien d'autrui jusqu'au complet paiement de ce dernier. Cette forme de justice privée, au demeurant rustre, est utilisée à titre de garantie notamment dans un contexte de faillite<sup>1422</sup>.

**456.** Au travers des définitions proposées par les doctrines française et québécoise, on peut dès lors comprendre que l'enjeu d'une telle définition est de pouvoir dépasser le clivage entre les sûretés réelles dites traditionnelles et les autres techniques contractuelles présentant de fortes similitudes qui utilisent la propriété à titre de sûreté, comme le droit de rétention, la clause de réserve de propriété et la fiducie.

Comme on l'a vu, les auteurs sont réticents à l'idée de les qualifier de sûretés malgré une récente consécration intervenue en France pour certaines d'entre elles<sup>1423</sup>. Pour sa part, le

<sup>1419</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, p. 5.

<sup>1420</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 1374, 74.

<sup>1421</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., note 633, p. 334.

<sup>1422</sup> L.F.I., préc., note 54, art. 2, qui assimile le rétenteur à un créancier garanti; C. civ., art. 2286 (4); C. com., art. L. 622-7 (III), L. 626-22 al. 1 et L. 642-12.

<sup>1423</sup> L'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, préc., note 19, a expressément intégré la clause de réserve de propriété parmi les sûretés réelles, article 2329 (4) et article 2373 du C. civ. En revanche, en ce qui concerne le droit de rétention, le droit codifié le classe parmi les dispositions générales du

*Code civil du Québec* a assujéti la clause de réserve de propriété contenue dans certains types de contrats de vente à tempérament aux formalités de publicité admises dans le régime de l'hypothèque mobilière. Il est vrai que la fonction économique de la clause de réserve de propriété a été reconnue par les tribunaux québécois<sup>1424</sup>. Toutefois, les juges montrent encore des signes d'hostilité à la qualifier de sûreté malgré son assujétissement au régime de publicité des hypothèques mobilières aux termes de l'article 1745 du *Code civil du Québec* et son assimilation à une sûreté à l'article 2 de la loi fédérale sur la faillite et l'insolvabilité.

**457.** Quant au droit de rétention, il est compris sous deux acceptations. Au regard du *Code civil du Québec*, comme une exception d'inexécution prévu à l'article 1592, il permet à tout contractant de retenir le bien remis par le propriétaire d'un meuble jusqu'au complet paiement par le débiteur de la créance née à l'occasion de la détention. Il constitue aussi une priorité (ancien privilège) pour le vendeur d'un bien meuble impayé<sup>1425</sup>. S'agissant de la fiducie, elle a fait l'objet d'une franche consécration par le *Code civil du Québec*<sup>1426</sup> qui l'assimile à une sûreté en lui imposant les formalités de publicité mobilière et les recours hypothécaires.

**458.** L'enjeu d'une définition claire de la notion de sûreté réside aussi dans un second intérêt, plutôt mineur selon nous. En effet, la question serait de savoir si le principe du *numerus clausus* devrait être maintenu, si tant est qu'il soit véritablement inscrit dans les

---

nouveau livre quatrième du Code civil consacré aux sûretés, à l'article 2286 du C. civ., sans techniquement lui octroyer la qualification de sûreté. L'article 2286 du C. civ. prévoit que :

Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :

- 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;
- 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
- 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;
- 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.

Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire.

La Cour de cassation lui a refusé une telle qualification : Com., préc., note 1410.

<sup>1424</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248, par. 13.

<sup>1425</sup> C.c.Q., art. 2651 (3).

<sup>1426</sup> C.c.Q., art. 1263 et 1266.

Codes civils français et québécois. Selon la doctrine classique<sup>1427</sup>, les sûretés réelles seraient limitativement énumérées par loi, en raison du caractère impératif du principe d'égalité entre les créanciers inscrit à l'article 2285 du Code civil français et à l'article 2660 du *Code civil du Québec*<sup>1428</sup>. Ce débat autour du principe dit du *numerus clausus* peut paraître théorique pour plusieurs raisons<sup>1429</sup> : le nombre croissant des sûretés, le rôle joué par la volonté individuelle qui peut créer des garanties accessoires aux créances par les voies détournées comme celui de la cession de créances, l'absence de publicité instituée de manière obligatoire et généralisée. Surtout, cette question théorique est actuellement d'un intérêt moindre du fait de la consécration législative de la propriété-sûreté et de la fiduciaire-sûreté, en France<sup>1430</sup> et au Québec<sup>1431</sup>

## §2. Proposition de définition

**459.** À l'évidence, les définitions techniques proposées par la doctrine associant la notion de sûreté au seul droit de préférence se révèlent inadaptées afin d'intégrer les propriétés-sûretés et, notamment, la clause de réserve de propriété<sup>1432</sup>. Ces propriétés-sûretés se classent en effet, de l'avis de la majorité de la doctrine, parmi les sûretés. Pour

<sup>1427</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., note 633, n° 11.

<sup>1428</sup> A. LEDUC, préc., note 1300, p. 142, 143 et 250.

<sup>1429</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 406, p. 172 et 173.

<sup>1430</sup> *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, J.O. 21 févr. 2007, p. 3052, et l'*Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, J.O. 31 janv. 2009, p. 1854; *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, J.O. 13 mai 2009, p. 7920, art. 138 (V), devenu art. 2372-1 du C. civ. : « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie »;

C. civ., art. 2367 :

La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement.

<sup>1431</sup> C.c.Q., art. 1263, 1745 et 1749 et L.F.I., préc., note 54, art. 2.

<sup>1432</sup> N. BORGA, préc., note 1364, p. 380.

preuve, certains en livrent des études détaillées au sein de leurs ouvrages consacrés aux sûretés réelles<sup>1433</sup>.

**460.** La clause de réserve de propriété a reçu la qualification de sûreté dernièrement par le législateur français, par le droit fédéral canadien dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et, dans une certaine mesure, par le droit civil québécois<sup>1434</sup>. Dès lors, il nous paraît impératif d'insérer dans une proposition de définition de la notion de sûreté au côté du droit de préférence, le droit exclusif qui fait référence au droit de propriété qui peut être utilisé à titre de sûreté par voie de cession (fiducie-sûreté ou cession de créance par bordereau Dailly) ou par voie de rétention (droit de rétention).

**461.** Par ailleurs, on peut extraire, à partir de la proposition du professeur Pierre Crocq<sup>1435</sup> et de la diversité des définitions proposées par la doctrines française<sup>1436</sup> et québécoise<sup>1437</sup>, trois critères essentiels et spécifiques caractérisant la notion de sûreté dont le contenu diffère selon les auteurs<sup>1438</sup> : une finalité, une technique et un effet.

---

<sup>1433</sup> Pour un exemple : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, qui présente dans leur ouvrage la classification suivante : « Les sûretés conçues comme telles » et les « sûretés par voie détournée et les autres garanties »; tous les ouvrages français traitent de ces propriétés sûretés. Du côté du Québec, L. PAYETTE, préc., note 98, p. 5 et 891-1065, divise son ouvrage entre les priorités, les hypothèques et la propriété à titre de sûreté. Il consacre un chapitre entier aux propriétés sûretés puisqu'il retient, de l'aveu de l'auteur, une conception large de la notion de sûreté; Jacques DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 31-33, cet auteur les présente rapidement comme des mécanismes de préférence et de protection des droits des créanciers sans les qualifier de sûretés, ils ne les traitent pas dans un chapitre particulier de son ouvrage; D. PRATTE, préc., note 1378, p. 45-49, cet auteur les désigne comme des mécanismes de garanties et fait état, sur quelques pages, du débat lié à leur qualification par le droit positif. Par ailleurs, Denise Pratte regrette que : « Le législateur ait choisi d'intervenir à la pièce plutôt que par une disposition générale créant un système applicable aux mécanismes de sûretés impliquant la propriété ».

<sup>1434</sup> C. civ., art. 2367 et C.c.Q., art. 1745 et 1749 (soumission aux formalités de publicité auprès du RDPRM et aux recours hypothécaires) et L.F.I., préc., note 54, art. 2.

<sup>1435</sup> P. CROCQ, préc., note 1392, n° 282, p. 234.

<sup>1436</sup> Notamment L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21; P. THÉRY, préc., note 1385; N. BORGA, préc., note 1364.

<sup>1437</sup> Notamment R. A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, préc., note 1380, à la page 333; L. PAYETTE, préc., note 98, p. 5 et 891-1065; J. DESLAURIERS, préc., note 1433, p. 31-33; D. PRATTE, préc., note 1378, p. 45-49.

<sup>1438</sup> Pour M. CABRILLAC et C. MOULY, préc., note 1385, n° 551, la finalité réside dans le paiement préférentiel, la technique est l'affectation de la valeur du bien; la nature particulière de la sûreté est celle de l'accessoire de la créance. Dans le même sens, R. A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, préc., note 1380, à la page 324 : « (1) la finalité de garantie de paiement par préférence, (2) le rôle d'accessoire vis à vis de la créance, (3) l'emploi d'une technique d'affectation de la valeur d'un ou plusieurs biens. »; L. AYNÈS et P.



Selon notre opinion, la finalité poursuivie serait l'assurance de la satisfaction du créancier. La technique serait l'octroi d'un droit sur la valeur d'un bien. On pourrait encore utiliser la notion d'affectation. La valeur du bien serait ainsi affectée au paiement de l'obligation. L'effet de la sûreté consisterait à donner une préférence ou une exclusivité au créancier, ce qui le différencierait d'un créancier ordinaire.

Selon notre proposition, une sûreté mobilière confère un droit sur la valeur d'un bien ayant un effet préférentiel ou exclusif, au profit d'un créancier, à raison et dans la mesure de l'exécution de sa créance.

## CHAPITRE II – Répercussions sur les catégories de sûretés

**462.** Il n'est pas question de remettre en cause toutes les institutions actuelles, d'absorber toutes les sûretés mobilières et ce, sans distinction, sous un seul concept pour mettre fin à cette impression de « pagaille<sup>1439</sup> » ou du moins à ces incertitudes juridiques<sup>1440</sup>. L'essentiel est de rassembler certaines sûretés mobilières et d'en assujettir d'autres, selon deux manières : soit rassembler, sous un concept de sûreté fédérateur comme l'hypothèque mobilière, certaines institutions comme le gage ou le nantissement; soit qualifier de sûreté mobilière toutes les opérations contractuelles ou toutes les techniques juridiques qui auraient pour effet essentiel de garantir le paiement d'une obligation afin de mieux les assujettir à un régime unitaire d'opposabilité des sûretés mobilières.

---

CROCQ, préc., note 62, p. 2 : « La sûreté se caractérise par trois traits : sa finalité : améliorer la situation du créancier sans l'enrichir; son effet : la satisfaction du créancier et l'extinction de la créance; sa technique : celle de l'accessoire dont l'intensité peut être variable. »

<sup>1439</sup> A propos du droit des sûretés français : L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 16, p. 10.

<sup>1440</sup> Voir nos développements *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre II – La dépossession fictive : une réponse inappropriée pour les sûrets portant sur des biens incorporels.

**463.** Tout d'abord, nous examinerons les incidences juridiques du fait de l'instauration du seul concept de l'hypothèque mobilière sans dépossession sur les différentes catégories de sûretés mobilières avec et sans dépossession appelés gage, nantissement ou hypothèque selon la législation soit française, soit québécoise (Section I). Ensuite, nous analyserons les incidences juridiques de l'insertion du principe de l'essence de l'opération, d'une part, sur les techniques de garantie utilisant la propriété réservée ou affectée comme une sûreté (clause de réserve de propriété ou crédit bail et fiducie ou cession de créances professionnelles) (Section II) et, d'autre part, sur les mécanismes de garantie se servant de la propriété en la retenant comme dans le cas du droit de rétention (Section III).

## **Section I – Incidences sur les différentes catégories de sûretés incorporelles et corporelles**

**464.** Il convient d'examiner les principales incidences en droit français et en droit québécois du fait de l'instauration effectuée de manière réfléchie et non systématique d'une part, de l'hypothèque mobilière sans dépossession sur les différentes formes actuelles de sûretés mobilières avec et même sans dépossession existantes au Québec et en France. Nous analyserons, sous l'angle comparé (droits français et québécois), les répercussions possibles tant sur les gages et les nantissements dits spéciaux (§1) que sur le gage de droit commun (§2).

### **§ 1. L'adoption de l'hypothèque mobilière pour les gages et nantissements spéciaux**

**465.** On pourrait croire que le droit québécois n'est pas concerné par ces développements puisqu'il a déjà procédé à l'instauration de l'hypothèque mobilière sans dépossession lors de la réforme de 1991 (entrée en vigueur en 1994) qui a consisté à regrouper sous le vocable d'hypothèque mobilière les différents nantissements spéciaux qui existaient sous le *Code civil du Bas Canada* (notamment les nantissements commerciaux,

agricoles, forestiers, cessions de stocks ou cession de créances utilisées à titre de garantie ). À ce titre, il pourrait être d'ailleurs une source d'inspiration pour le droit français qui connaît actuellement un éparpillement de ses gages et nantissements spéciaux. Toutefois, le législateur québécois a récemment créé un gage spécial (en marge du gage de droit commun) portant sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés. Ainsi, la reconnaissance du seul concept d'hypothèque mobilière sans dépossession sur ce type de biens incorporels - qui peuvent d'ailleurs être grevés d'une hypothèque mobilière sans dépossession sous l'empire des dispositions actuelles - pourrait avoir des conséquences notables qui ne manqueront pas d'être examinées (B).

Le droit français, quant à lui, présente encore une grande diversité de gage ou de nantissement dits spéciaux et ce, en dépit de la réforme de 2006. Ainsi, consacrer le principe de l'hypothèque mobilière sans dépossession permettrait au droit positif français de bénéficier d'un grand nombre d'avantages, quand bien même cette hypothèse n'a pas récemment été envisagée par le législateur<sup>1441</sup> qui a préféré consacrer le principe général d'un gage sans dépossession<sup>1442</sup> coexistant à côté du gage avec dépossession (A).

#### **A) L'adoption de l'hypothèque mobilière sans dépossession en remplacement des gages et nantissements spéciaux en droit français**

**466.** L'instauration de l'hypothèque mobilière sans dépossession présenterait l'avantage de regrouper un grand nombre de nantissements sous un seul vocable et sous une seule forme possible de sûreté mobilière. Le droit positif français paraîtrait moins éparpillé et moins complexe. L'autre avantage majeur résiderait dans la mise en place d'un système unique de publicité mettant fin, dans certains cas de nantissements, à l'absence de registre rendant occulte certaines formes de nantissements comme celui des créances, des comptes-titres ou des polices d'assurance vie. Ce registre unique de publicité aurait aussi le mérite

---

<sup>1441</sup> Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, préc., note 19.

<sup>1442</sup> C. civ., art. 2337.

de supprimer la multitude de registres actuels prévus pour les nantissements de fonds de commerce, artisanal, agricole ou rural, les nantissements de films, brevets, logiciels, d'outillage, ou ceux concernant le gage sur des automobiles, des stocks ou le gage sans dépossession de droit commun.

**467.** Il faut également remarquer que cette opération ne contreviendrait pas à la nature profonde des nantissements ou des gages spéciaux actuellement en vigueur qui sont en réalité des hypothèques mobilières. En effet, pour un certain nombre de sûretés sans dépossession, l'instauration de l'hypothèque mobilière entraînera peu de difficultés puisque certaines d'entre elles sont, en réalité, des hypothèques mobilières camouflées<sup>1443</sup>, par exemple certains nantissements portant sur des biens incorporels. En effet, les nantissements de fonds de commerce<sup>1444</sup>, de fonds artisanal, agricole ou rural et les nantissements de films<sup>1445</sup>, de logiciels<sup>1446</sup> ou de brevets ressemblent à bien des égards à des hypothèques mobilières en raison notamment des règles de publicité qui les gouvernent. En effet, leur opposabilité nécessite déjà une inscription auprès de différents registres spéciaux tenus auprès du tribunal de commerce ou du centre national cinématographique ou de l'I.N.P.I.

**468.** On aurait vraisemblablement les mêmes facilités à convertir certains types de nantissements ou de gages concernant des biens corporels en hypothèque mobilière sans dépossession comme le nantissement du matériel ou de l'outillage, le gage d'automobile, le gage sur les stocks ou les warrants<sup>1447</sup>. Les règles d'opposabilité pour ces nantissements ou

<sup>1443</sup> Adjectif utilisé par L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 501, p. 223.

<sup>1444</sup> La majorité des auteurs comme *id.*, p. 223 ou P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 625, assimile le nantissement de fonds de commerce très clairement à une hypothèque mobilière.

<sup>1445</sup> Pour son assimilation à une hypothèque mobilière : M. CABRILLAC, préc., note 59, n° 53.

<sup>1446</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 625, affirme qu'il s'apparente à une hypothèque mobilière.

<sup>1447</sup> Les warrants sont une spécificité française qui peut paraître inutile actuellement compte tenu de la multitude de sûretés. Le warrant agricole sur corps certain (le matériel d'exploitation, le bétail et les récoltes) cohabite avec le nantissement de fonds agricole instauré par la *Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole*, préc., note 272. Le warrant agricole sur chose fongible comme le vin, le warrant pétrolier ou industriel pourraient être déjà remplacés par le gage sur stocks ou le gage sans dépossession aujourd'hui prévus dans le C. com. et le C. civ. A l'instar de certains auteurs, la qualification de l'hypothèque à leur

gages précités se résument déjà à une inscription ou une déclaration administrative soit auprès du greffe d'un tribunal civil<sup>1448</sup> ou d'un tribunal de commerce<sup>1449</sup>, soit auprès d'une préfecture<sup>1450</sup>. D'autres types de nantissements comme ceux concernant les créances civiles et professionnelles<sup>1451</sup>, les instruments financiers, les polices d'assurance-vie et les parts sociales gagneraient, quant à eux, très certainement en simplicité en adoptant la qualification et le régime de l'hypothèque mobilière.

**469.** En France, le nantissement de créances est un instrument de crédit complexe<sup>1452</sup> qui reçoit de nombreuses applications dans la vie des affaires<sup>1453</sup>. La Commission Grimaldi

---

endroit aurait été plus appropriée : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 554-560 notamment n° 808, p. 558; J.-F. RIFFARD, préc., note 177, n° 12 et 28 : « [L]'existence de doublons (warrant agricole/nantissement de fonds agricole [...] engagement de garantie sur le vin, gage sur stocks et gage sans dépossession...) est à l'évidence source d'insécurité juridique. » Cet auteur prône désormais une réunification du droit français des sûretés mobilières autour du gage sans dépossession et notamment au profit des sûretés spéciales comme les warrants agricoles, industriels, pétroliers guère utilisés en pratique, ayant des champs d'application restreints. Leur maintien est un source actuelle de confusion par exemple : le négociant en vin ne peut utiliser légalement la warrant agricole même si une pratique le permet et une société commerciale par la forme dont l'objet est agricole pourrait ne pas justifier de la capacité de grever ses récoltes. Toutefois, en cas de liquidation judiciaire du débiteur, le bénéficiaire d'un warrant agricole voit son droit de rétention fictif reporté sur le prix des biens gagés et vendus par le liquidateur en vertu de l'article L. 341-12 du C. rur. : Com., 26 janv. 2010, *Gaz. Pal.* 2010.126.16, obs. Dumond-Lefrand; Séverine CABRILLAC, « Le gage sur stocks du Code de commerce », dans *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Colloque organisé par le laboratoire de droit privé de la faculté de droit de Montpellier et l'Association rencontres notariat-université, 1<sup>er</sup> janvier 2006, Paris, Litec, 2007, p. 45, à la p. 51 : cet auteur a souhaité au gage sur stocks « une disparition rapide » notamment en raison des son formalisme, de ses conditions de constitution (réservé aux établissements de crédit et pour des prêts consentis à un débiteur exploitant) et de l'interdiction du pacte commissaire.

<sup>1448</sup> Warrant agricole.

<sup>1449</sup> Gage de stocks et warrant industriel.

<sup>1450</sup> Gage automobile.

<sup>1451</sup> Les créances professionnelles peuvent faire l'objet de nantissement selon un régime spécial institué par la *Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises*, préc., note 272. Ce nantissement de créances professionnelles est peu utilisé en pratique et lui est préféré la cession de créances professionnelles à titre de garantie, possible selon la *Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises*, préc., note 272. Ces cessions sont en réalité des techniques d'aliénations fiduciaires utilisant dès lors la propriété à titre de sûreté. Elles seront étudiées sous cette appellation. Voir nos développements dans la Section II – Incidences sur les techniques utilisant la propriété réservée ou affectée à titre de sûreté, p. 372.

<sup>1452</sup> Complexe puisqu'elle concerne trois personnes, le constituant, le créancier et le débiteur de la créance nantie. Le nantissement de créances octroie au créancier un droit à l'encontre d'un tiers, le débiteur de son débiteur. Le créancier jouit d'un droit sur la valeur du bien, la créance affectée en paiement, qu'il ne peut exercer qu'en agissant contre un tiers, le débiteur de la créance cédée. Au droit sur la valeur se juxtapose un droit personnel; dans ce sens, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 557; certains auteurs la qualifient alors de sûreté mixte : D. LEGEAIS, préc., note 59, n° 302; C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57.

<sup>1453</sup> Par exemple, le nantissements sur des pensions, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 558.

portant le projet de réforme des sûretés avait pour ambition notamment d'organiser une théorie du nantissement de biens incorporels. Sa recommandation n'a pas été suivie. Une seule disposition, celle de l'article 2355 du Code civil, traite du nantissement de meubles incorporels<sup>1454</sup>. Mais il est vrai que, depuis la réforme française de 2006, le nantissement de créances s'est simplifié; il prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte<sup>1455</sup>. Il n'est plus soumis à la signification préalable de l'acte de nantissement au débiteur de la créance. Toutefois, une notification au débiteur de la créance nantie est nécessaire<sup>1456</sup>, non plus comme formalité de constitution de la sûreté<sup>1457</sup>, mais comme une formalité d'opposabilité<sup>1458</sup>. Cette notification permettra au créancier de recevoir valablement paiement de la créance donnée en nantissement<sup>1459</sup>. La transformation du nantissement sur créances en une hypothèque mobilière sans dépossession ne nécessiterait que quelques ajustements et l'exemple québécois de l'hypothèque sans dépossession sur créances pourrait être utile. D'ailleurs, sur certains points, les deux codes se rejoignent. En effet, par des dispositions particulières prévues dans le *Code civil du Québec* le droit de percevoir la créance hypothéquée au profit du créancier est possible. Des dispositions françaises analogues permettent au créancier nanti de devenir titulaire de la créance « dans les conditions prévues par la convention ». Le pacte comissoire, jadis interdit par le droit civil français, est aujourd'hui permis. Le créancier peut aussi attendre l'échéance de la créance nantie et en percevoir le montant<sup>1460</sup>. Il pourra aussi demander l'attribution judiciaire de la créance donnée en nantissement<sup>1461</sup>.

---

<sup>1454</sup> C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 528.

<sup>1455</sup> C. civ., art. 2361, imitation de la règle d'opposabilité prévue pour la cession de créance à titre de sûreté par bordereau Dailly.

<sup>1456</sup> Ou l'intervention du débiteur de la créance à l'acte.

<sup>1457</sup> Comme c'était le cas avant la réforme de 2006 : La signification était une formalité substantielle et non pas une simple mesure de publicité; Com., préc., note 567, n° 17; Com., 28 janv. 1997, préc., note 295, n° 19; Com., 9 mai 2007, préc., note 295, n° 22.

<sup>1458</sup> C. civ., art. 2362 al. 1.

<sup>1459</sup> C. civ., art. 2363 al. 1. A défaut de cette notification, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance, art. 2362 al. 2.

<sup>1460</sup> C. civ., art. 2365 al. 2.

<sup>1461</sup> C. civ., art. 2347. La vente en justice, au demeurant impraticable, n'est pas prévue par les textes légaux.

Dans ces conditions, il est donc aisé de convertir ce nantissement de créances en une hypothèque sur créances. La formalité de la signification devrait être conservée à l'égard du débiteur dont la créance est nantie. En revanche, à l'égard des tiers, seule une inscription sur un registre national devrait assurer l'opposabilité d'une telle hypothèque. Cette publicité aurait l'avantage de supprimer le caractère occulte du nantissement sur créances actuellement en vigueur et d'instiller une dose de transparence dans le régime général des sûretés mobilières français.

**470.** Quant au nantissement de compte-titres, il agit en fait comme un gage sans dépossession puisque le titulaire du compte doit émettre une déclaration signée qu'il adresse au teneur de compte. Un compte bancaire spécial doit être ouvert. Ce compte, qui sert de réceptacle pour les instruments financiers affectés en garantie, matérialise, en quelque sorte, la dépossession<sup>1462</sup> et justifie la qualification de nantissement de compte de titres choisie par le législateur. On proposerait le même procédé envisagé pour le nantissement de créance. Il serait souhaitable de prévoir une hypothèque sans dépossession sur les instruments financiers par inscription<sup>1463</sup> auprès d'un registre national informatisé qui assurerait l'opposabilité de la sûreté à l'égard des tiers.

**471.** Les nantissements de polices d'assurance-vie prévus expressément par le *Code des assurances*<sup>1464</sup> qui permet d'affecter la police en garantie du remboursement de prêts bancaires pourraient aussi bénéficier des avantages liés à une transformation en hypothèque mobilière sans dépossession. Actuellement, le Code civil français<sup>1465</sup> ne prévoit qu'une formalité de notification; l'accord constituant le nantissement qui intervient entre le créancier et le débiteur (le banquier et le souscripteur) doit être notifié à l'assureur. Il serait

---

<sup>1462</sup> Toutefois, sur un plan juridique, selon l'article L. 211-20 du C. monét. et fin., le nantissement de compte d'instruments financiers n'est constitué qu'à compter de la réception par le teneur de compte de la déclaration. Cette date de réception permet de régler les conflits de rang entre créanciers et confère au teneur de compte un rôle d'agent de publicité. En ce sens, L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, p. 263.

<sup>1463</sup> En plus de la déclaration signée adressée au teneur de compte.

<sup>1464</sup> C. assur., art. L. 132-10, modifié par l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19, et *Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés*, préc., note 1218.

<sup>1465</sup> C. civ., art. 2362 al. 1; avant la réforme Rennes, 21 oct. 1998, J.C.P. 1999.I.158, n° 14.

alors utile d'envisager une publicité des droits réels auprès d'un registre national pour rendre opposable un tel nantissement aux tiers. Cela contribuerait à un meilleur ordonnancement des différentes sûretés dites spéciales qui seraient alors regroupées autour d'une seule forme sûreté, soit l'hypothèque mobilière sans dépossession, et cela favoriserait aussi une meilleure transparence des patrimoines mobiliers des particuliers.

**B) L'adoption de l'hypothèque mobilière sans dépossession en remplacement du gage spécial portant sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés existant en droit québécois**

**472.** En droit québécois, le contrat de gage (maintenu lors de la réforme de 1991 et dénommé hypothèque mobilière avec dépossession) concerne les biens corporels et certaines catégories de biens incorporels comme les créances représentées par un titre négociable<sup>1466</sup>, ainsi assimilées par le législateur à des biens corporels. Cette mécanique du gage a été, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, utilisée dans le domaine des valeurs mobilières et des titres intermédiés. Un nouveau type de gage « par maîtrise » a été créé lors de l'insertion d'une loi spéciale sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés dans le *Code civil du Québec*. Audelà de l'atteinte à l'essence même du concept traditionnel du gage, ce type nouveau de gage par maîtrise instaure un régime dérogatoire au droit commun du gage. Il bouleverse les règles de formation et de rang habituels. Il remplace la dépossession matérielle, exigée en principe comme condition essentielle au gage, par la maîtrise. Le

---

<sup>1466</sup> On pourrait croire que ce titre doit être négociable compte tenu de l'article 2709 du C.c.Q. qui décrit les formalités de délivrance et éventuellement d'endossement pour les titres nominatifs et de l'interprétation des nouvelles dispositions de l'article 2702 du C.c.Q. exigeant une remise matérielle du titre pour rendre valide et opposable un gage de droit commun et de l'interprétation *a contrario* des articles 2714.7 et 15.02, par. 3 du *Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 324 : dans ce sens, M. DESCHAMPS, préc., note 98, p. 10 et 11, notamment aux notes 29 et 30; M. DESCHAMPS, préc., note 431, 556 et 557; L. PAYETTE, préc., note 98, p. 397, 398 et 402-404; l'Honorable Marie Deschamps, dans sa dissidence, dans l'affaire *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97, a affirmé, en *obiter dictum*, que l'affaire *Val-Brillant* ne pouvait plus s'appliquer compte tenu des nouvelles dispositions de la L.T.V.M. (par. 129). En toute déférence pour l'opinion contraire, nous pensons qu'un doute subsiste compte tenu de l'absence de clarté du législateur; voir nos développements sur ce point, C) La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, p. 110.



créancier grevant des valeurs mobilières sans certificat ou avec certificat non négociable ou des titres intermédiés peut, au moyen d'une convention de maîtrise ou en justifiant d'une titularité du compte de titres, avoir un gage valide et opposable aux tiers sans publicité auprès d'un registre public et, ce sans avoir l'obligation de le divulguer aux tiers. De surcroît, ce gage par maîtrise confère à son titulaire un rang préférentiel quasiment absolu digne d'une priorité. Pour ces raisons, il est souhaitable d'envisager la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession qui permettrait l'obtention et l'utilisation du crédit dans le respect de la sécurité du commerce juridique. Cette conversion en hypothèque mobilière sans dépossession permettrait d'assurer aussi une meilleure information légale des patrimoines détenus par les entreprises et les particuliers.

Ainsi, les gages portant sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés devraient - même si la législation spéciale qui est venue chahuter l'ordonnancement et le contenu du *Code civil du Québec* sur le régime du gage est récente - faire l'objet de modifications quant à leurs règles de formation et d'opposabilité.

**473.** Dans ces conditions, la proposition consistant à généraliser l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les valeurs mobilières et les titres intermédiés devrait en pratique poser peu de difficulté puisqu'il est déjà possible de les grever d'une hypothèque mobilière sans dépossession aux termes de l'article 15.02, par. 3 du Règlement sur le RDPRM et des articles 2684.1 et 2701.1 du *Code civil du Québec*. La réelle difficulté serait d'imposer aux parties une publicité auprès d'un registre public alors que précisément le recours au gage pour ce type de biens vise vraisemblablement deux objectifs. Le premier objectif est de rendre facile et rapide la constitution de ce type de sûreté utilisée dans le cadre de transactions boursières et commerciales. Le second objectif est d'en faire une sûreté non publiée soit clandestine en raison de la confidentialité attachée à certains types de transaction ou tout simplement en raison de l'impossibilité pratique de le faire compte tenu de la célérité des transactions commerciales et boursières. Certaines institutions bancaires seraient probablement réticentes pour utiliser l'hypothèque mobilière sans dépossession sur ce type de créances. On pourrait alors objecter que le recours à

l'hypothèque mobilière sans dépossession pour ce type de biens incorporels, qui imposerait de soumettre les créanciers à une publicité institutionnalisée, aurait l'inconvénient de ralentir les transactions boursières ou de freiner les échanges commerciaux. Ceci reste moins vrai maintenant compte tenu des moyens liés aux technologies, telle que l'informatique qui permet une publicité rapide, facile, fiable et à faible coût<sup>1467</sup>.

**474.** Les nouvelles règles de rang concernant le gage par maîtrise de valeurs mobilières ou de titres intermédiés devront aussi être modifiées afin de revoir les conditions d'octroi de ce « super gage » ainsi conféré au détriment des gages par dépossession matérielle ou des hypothèques mobilières sans dépossession publiés antérieurement. La règle des rangs instituée selon l'ordre du temps devrait être, à nouveau, respectée et appliquée en matière de sûretés mobilières conventionnelles (sauf dérogations particulières prévues par exemple en matière de gage ou d'hypothèque sur créances, les articles 2699 et 2708 du *Code civil du Québec* prévoyant une opposabilité rétroactive au jour de la remise des fonds).

## **§ 2. L'adoption de l'hypothèque mobilière sans dépossession en remplacement du gage (avec dépossession) de droit commun**

**475.** L'instauration de l'hypothèque mobilière sans dépossession dans le droit des sûretés québécois ne prendra pas la même dimension qu'en droit français dans la mesure où ce concept a déjà été consacré. Toutefois, comme le gage (avec dépossession) s'est maintenu lors de la réforme québécoise de 1991, l'insertion de l'hypothèque mobilière sans dépossession emportera tout de même quelques changements notables. Quant au droit français, même s'il a consacré récemment dans son droit commun le gage sans dépossession bénéficiera lui aussi de quelques changements s'il devait consacrer le concept

---

<sup>1467</sup> Le RDPRM offre de tels avantages, voir développements ultérieurs, Section II – Le registre des droits personnels et réels mobiliers : un modèle perfectible, p. 452.

de l'hypothèque mobilière sans dépossession puisque le gage de droit commun français a vocation à s'appliquer aux biens corporels et à certains biens incorporels qui ne sont pas compris dans le régime du nantissement de créances ou qui ne sont pas soumis aux régimes des nantissements spéciaux.

**476.** Dans les deux législations, la publicité devra être envisagée de manière systématique et ne se réduira plus en une simple mise en possession du bien-objet de gage entre les mains du créancier. Le registre de la publicité des droits réels mobiliers permettra de remplacer la dépossession et d'informer ainsi les tiers de l'existence d'une hypothèque mobilière. Ainsi, au Québec, l'extension de l'hypothèque sans dépossession au gage ne posera guère de problème, sur un plan logistique, puisque un registre mobilier informatisé existe déjà, le RDPRM. Par ailleurs, cette extension concernera surtout le gage de droit commun portant sur les biens corporels. S'agissant du gage portant sur des créances, il faut tout de même signaler que l'inscription au RDPRM est déjà prévue lorsqu'il s'agit d'une universalité de créances. En effet, la remise du titre constatant la créance n'est pas suffisante pour rendre le gage sur une universalité de créances opposable aux tiers en vertu des dispositions de l'article 2711 du *Code civil du Québec*. Le législateur québécois a déjà amorcé une certaine uniformisation des règles d'opposabilité relatives à l'hypothèque avec et sans dépossession portant sur une universalité de créances. En outre, les formalités de publicité relatives à la cession de créances devront être maintenues pour rendre l'hypothèque opposable au débiteur cédé (art. 1641 et suiv. C.c.Q).

**477.** En France, l'instauration de l'hypothèque mobilière sans dépossession ne posera guère de changement sur un plan pratique puisque l'ordonnance du 23 mars 2006 a prévu l'établissement d'un registre national et informatisé de publicité pour les gages de droit commun sans dépossession. Un registre à l'échelle nationale est donc prévu pour les biens corporels grevés d'un gage de droit commun. Il suffirait alors d'étendre son champ d'application à toute hypothèque mobilière sans dépossession sur des biens corporels et incorporels.

**478.** Nous sommes tentés de proposer l'absorption du gage de droit commun portant sur les biens corporels par l'hypothèque mobilière sans dépossession<sup>1468</sup> même si nous sommes convaincus que cette mesure serait d'application pratique limitée. En effet, le gage de droit commun est peu utilisé sur les biens corporels ayant une valeur économique comme les véhicules routiers, les véhicules routiers assimilés, les bijoux, les tableaux, etc. Bien souvent, ces biens corporels dits de consommation ou de luxe sont compris dans l'assiette de gages ou de nantissements spéciaux comme pour les automobiles ou les logiciels en France, ou bien font l'objet de mécanismes réglementés en dehors du droit des sûretés comme le prêt sur gage pour les bijoux ou les tableaux relevant du droit de la consommation<sup>1469</sup>. Ces biens mobiliers ayant une valeur économique reconnue font aussi l'objet de propriétés-sûretés et sont alors compris dans une vente avec une clause de réserve de propriété, d'un bail à long terme (véhicules routiers) ou, bien souvent, ils composent l'assiette d'une l'hypothèque mobilière sans dépossession (exemples de l'article 15.02 du Règlement sur le RDPRM: véhicules, bijoux tableaux). Ainsi, dans une approche

---

<sup>1468</sup> C. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2393 à 2396*, préc., note 719, n° 35 :

L'hypothèque n'emporte jamais dépossession. Depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, cependant, le gage – du moins le gage pris dans son acception traditionnelle, celui qui porte sur un meuble (à distinguer du “*gage immobilier*” de l'article 2387 nouveau du Code civil. – *V. infra*) – se forme lui-même sans dépossession. Un nouvel article 2333 du Code civil pose que le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. L'idée de remise de la chose est bien absente de cette définition. Plus loin dans le code on apprend comment le gage se forme : il est ainsi posé à l'article 2336 nouveau que le gage est parfait par l'établissement d'un écrit. L'article suivant précise que le gage est opposable au tiers par la publicité qui en est faite, et le texte ajoute (*C. civ., art. 2337, al. 2*) : “*Il l'est également par la dépossession*”. La dépossession n'est donc pas incompatible avec le gage mais elle n'est plus envisagée aujourd'hui que comme une autre façon de rendre le gage opposable, après la publicité, qui apparaît comme la condition d'opposabilité normale, l'absence de dépossession devenant, du même coup, le principe. Cette nouvelle façon de concevoir le gage le rapproche évidemment de l'hypothèque, d'autant plus que l'hypothèque nouvelle emporte droit de demander l'attribution judiciaire, comme c'est traditionnellement le cas du gage (aujourd'hui *C. civ., art. 2347*), et que le gage publié, de son côté, emporte désormais droit de suite (*V. C. civ., art. 2337* : “*Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276*”). La confusion devient possible, au point que l'on peut se demander si l'hypothèque mobilière et le gage de l'article 2333 du Code civil ne sont pas devenus une seule et même chose. Dans l'affirmative, la définition donnée à l'hypothèque par le Code civil cesserait de pouvoir être regardée comme réductrice.

<sup>1469</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, n°923, p. 456-457.

empirique, on s'aperçoit que le gage n'est pas une forme de sûreté mobilière très prisée des particuliers ou des entreprises puisqu'il leur fait perdre l'utilité du bien remis en gage.

**479.** A présent, il convient d'examiner les conséquences juridiques liées au remplacement du gage sans dépossession par l'hypothèque sans dépossession en droit français et en droit québécois. Les particularités attachées aux différentes formes de gage possibles sur les biens incorporels soumis aux régimes de droit commun prévus dans chaque législation, française et québécoise et nous contraignent d'envisager l'analyse du droit français et du droit québécois de manière séparée et, ce dans un souci de clarté.

#### **A) Les incidences dans le droit commun relatif au gage français**

**480.** En droit français, les biens incorporels autre que les créances ont vocation à être soumis au régime du gage de bien corporel en vertu d'une application incidente prévu par le nouvel article 2355, alinéa 5 du Code civil français. Par l'effet d'une cocasserie juridique, le droit commun du gage reprend son emprise sur le gage des biens incorporels, ce qui entraîne des incertitudes et des incohérences déjà dénoncées. La dépossession est une condition d'opposabilité pour ces différents types de nantissement de biens incorporels autres que des créances. À l'évidence, l'application de l'alinéa 5 de l'article 2355 est difficile en pratique. La publicité ne pourra être effectuée que par inscription. Ainsi, par le truchement des dispositions de droit commun, le législateur en est venu, à favoriser le modèle du gage sans dépossession pour les nantissements de biens incorporels<sup>1470</sup>. Dans ces conditions, l'instauration de l'hypothèque mobilière sans dépossession en remplacement du gage de droit commun aura le mérite de mettre fin à cette application incidente dans le domaine des sûretés portant sur des biens incorporels. Les règles de publicité et d'opposabilité de l'hypothèque mobilière sans dépossession apporteront une cohérence juridique aux règles de constitution et d'opposabilité relatives aux sûretés portant sur des biens incorporels.

---

<sup>1470</sup> G. LOISEAU, préc., note 549.

**481.** Le gage de droit commun applicable pour les biens corporels reste aussi pertinent pour la mise en gage de créances représentées par des titres au porteur et nominatifs puisque le nantissement de compte-titres ne prévoit que la mise en garantie d'instruments financiers inscrits obligatoirement en compte (articles L.211-16 et L.211-17 du *Code monétaire et financier*). Les valeurs mobilières émises avant les ordonnances prises sur la dématérialisation des instruments financiers, non inscrits en compte, détenus directement, peuvent encore circuler<sup>1471</sup> et faire l'objet d'un gage soumis dès lors au droit commun. Ce gage implique la remise en possession des créances représentées par des titres au porteur ou nominatif entre les mains du créancier<sup>1472</sup>. Si le titre est au porteur, la remise devra s'accompagner d'une inscription sur les registres de l'émetteur selon l'article L. 521-1 alinéa 2, du *Code de commerce* et si, le titre est nominatif, d'un endossement selon l'article L. 521-1 alinéa 3, du *Code de commerce*<sup>1473</sup>. L'hypothèque mobilière sans dépossession aurait le mérite d'anticiper une pratique qui tendra à disparaître dans un futur proche puisque désormais la dématérialisation des instruments financiers est un phénomène confirmé par les dernières ordonnances financières françaises de 2004, 2005 et 2009<sup>1474</sup>. L'hypothèque mobilière sans dépossession aurait aussi l'avantage d'uniformiser et de simplifier les différents régimes possibles, d'une part, de gage sur certaines catégories de valeurs mobilières et, d'autre part, de nantissement de compte-titres.

---

<sup>1471</sup> Com., préc., note 696; M. DUBERTRET, préc., note 696; L. AYNES et P. CROCQ, préc., note 62, n° 524, p. 249 et 250.

<sup>1472</sup> Com., 25 févr. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 61, J.C.P. 1975.II.18133 : « [L]a mise en gage de titres au porteur obéit aux mêmes règles que celles des meubles corporels. »

<sup>1473</sup> C. ALBIGES et Y. PICOD, préc., note 179, n° 46; lorsque le titre est *nominatif*, la mise en possession nécessaire à l'opposabilité aux tiers résulte du transfert à titre de garantie sur les registres de la société : Com., 30 juin 1992, *RTD com.* 1993.362, obs. Bouloc.

<sup>1474</sup> *Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale*, préc., note 686; *Ordonnance n° 2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert de propriété des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de règlement et de livraison*, préc., note 687; *Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers*, préc., note 468.

## B) Les incidences dans le droit commun relatif au gage québécois

**482.** En examinant les incidences dans le droit des sûretés québécois du fait du remplacement du gage de droit commun par l'hypothèque mobilière sans dépossession, plusieurs formes de gages existants vont être directement concernées : le gage de créances représentées par un titre négociable et, en considérant qu'ils sont encore possibles, le gage portant sur les créances représentées par des titres non négociables<sup>1475</sup> et le gage sur des produits d'assurance sur la vie<sup>1476</sup>.

**483.** Pour le gage sur des créances représentées par des titres négociables, les articles 2702, 2708 et 2709 du *Code civil du Québec* assimilent ces biens de nature incorporelle à des biens corporels par l'application de la théorie de l'incorporation du droit dans le titre. La remise matérielle du titre négociable entre les mains du créancier gagiste est une condition suffisante pour le législateur québécois lui permettant d'admettre la validité et l'opposabilité d'un tel gage. Bien évidemment, le créancier devra signifier ce gage au débiteur cédé en vertu des dispositions de l'article 1641 du *Code civil du Québec* afin de lui rendre opposable, à moins qu'il en accepte les termes. Par l'effet d'une accommodation juridique, le gage de droit commun a pu s'appliquer durant des siècles ou du moins depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas Canada* en 1866. L'instauration de l'hypothèque mobilière sans dépossession aurait l'avantage de mettre un terme à cette fiction juridique déjà dénoncée<sup>1477</sup> et de consacrer une véritable publicité des droits mobiliers<sup>1478</sup>. Par ailleurs, il faut préciser que le gage sur des créances représentées par des titres négociables ne concerne plus les valeurs mobilières comme les actions ou les obligations au porteur ou nominatives puisqu'elles tombent désormais sous le coup des dispositions de la *Loi sur le*

---

<sup>1475</sup> Voir discussion au sujet de l'existence possible d'un gage sur des créances représentées par des titres non négociables, voir à la note 1466.

<sup>1476</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, compte tenu de l'ajout du vocable « matérielle » après le mot remise apporté à l'article 2702 C.c.Q., l'hypothèque mobilière sans dépossession par inscription au RDPRM pourrait sembler être la seule forme possible de sûreté mobilière sur une police d'assurance vie.

<sup>1477</sup> Voir nos précédents développements, préc., note A) La dépossession « substituée », p. 80.

<sup>1478</sup> Actuellement, le gage sur des créances est imparfait vis à vis des tiers. La remise du titre entre les mains du créancier gagiste ne peut valoir comme une mesure suffisante de publicité. Voir nos développements, *id.*

*transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* qui prévoient notamment à l'article 55 le gage sur des valeurs mobilières directement détenues et représentées par un certificat. Cette catégorie de valeurs mobilières peut être grevée d'un gage qui s'effectue par livraison, à savoir par la remise du titre entre les mains du créancier gagiste et l'endossement ou l'inscription dans les registres de l'émetteur en cas de certificat nominatif. Ce genre de gage sur des valeurs mobilières détenues directement par l'investisseur et avec certificat tend à disparaître compte tenu du phénomène de la dématérialisation des valeurs mobilières qui sont désormais pour la plupart détenues par un intermédiaire et conservées par un dépositaire central, sans certificat individuel<sup>1479</sup>. Le gage sur des créances représentées par des titres négociables constitue une catégorie de sûreté ayant un champ d'application résiduel concernant désormais les créances à court terme ou les billets à ordre<sup>1480</sup>.

**484.** S'agissant du gage portant sur des créances représentées par des titres non négociables, même si certains auteurs<sup>1481</sup> pensent que son existence n'est désormais plus possible compte tenu de la rédaction des nouvelles dispositions des articles 2702 et 2714.7 du *Code civil du Québec* et l'article 15.02 du *Règlement sur le RDPRM*, l'hypothèque mobilière sans dépossession généralisée aurait le mérite de la clarté et mettrait fin à toute interrogation encore possible, selon notre opinion, puisque le législateur n'a pas procédé aussi clairement. On pourrait alors considérer que les problèmes d'interprétation des articles 2702, 2709 et 2683 du *Code civil du Québec* - comme les juges dans l'affaire *Val-Brillant* avaient eu à traiter - seraient définitivement résolus.

En effet, l'hypothèque mobilière généralisée mettrait fin à toute ambiguïté rédactionnelle et juridique pour les sûretés portant sur des créances. Le droit codifié actuel est complexe. Tout dépend de la nature de la créance grevée d'un gage. Le problème majeur est surtout

---

<sup>1479</sup> Voir nos précédents développements, *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, §2, C.

<sup>1480</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, n°923, p. 456-457

<sup>1481</sup> Voir notamment aux notes 98 et 474 ainsi que les paragraphes 22 et 184.



l'incohérence conceptuelle du système actuel qui persiste à utiliser le contrat de gage, ce qui entraîne des distorsions juridiques.

**485.** Pour le gage portant sur les droits résultant de contrats d'assurance-vie, le mécanisme du gage était considéré comme la seule voie possible, ce qui avait fait l'objet de critiques<sup>1482</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, le législateur, en modifiant l'article 2702 du *Code civil du Québec*, rendrait difficile le gage sur des contrats d'assurances vie en exigeant la remise matérielle du titre représentant la créance mise en gage<sup>1483</sup>. Ainsi, l'hypothèque sans dépossession serait *a priori* la seule sûreté mobilière possible. Il est utile de s'interroger sur la portée et l'utilité de la règle de la notification à l'assureur prévue à l'article 2461 du *Code civil du Québec*. Selon les tribunaux, cette règle particulière de notification a pour effet de rendre l'hypothèque opposable à l'assureur et de lui conférer un rang<sup>1484</sup>. Désormais, les formalités de création et de publicité de l'hypothèque sans dépossession devront être effectuées, en sus de la notification, par le créancier.

**486.** Par ailleurs, la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession aurait aussi l'avantage de mettre fin à l'application limitée de l'hypothèque mobilière sans dépossession aux personnes physiques n'exploitant pas une entreprise. L'article 2683<sup>1485</sup> du *Code civil du Québec* prévoit l'accès à l'hypothèque sans dépossession de manière discriminatoire. Seules les personnes exploitant une entreprise ou les personnes morales peuvent avoir un libre accès<sup>1486</sup> à ce type d'hypothèque. Les personnes physiques n'exploitant pas une entreprise ne peuvent constituer une hypothèque mobilière sans

<sup>1482</sup> *Caisse populaire St-Raymond de Hull c. Dériger*, préc., note 477; voir l'avis de l'Honorable Marie Deschamps dans *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin* préc., note 97, cité à la note 471 de la thèse; Voir nos développements précédents.

<sup>1483</sup> Le gage sur contrat d'assurance vie est désormais exclu selon L. PAYETTE, préc., note 98, p. 582. Voir nos développements, au paragraphe 138. Par ailleurs, l'article 174 de la L.T.V.M. impose l'inscription au RDPRM des gages antérieurement créés à l'année 2009 pour conserver leur opposabilité initiale.

<sup>1484</sup> *Caisse populaire St-Raymond de Hull c. Dériger*, préc., note 477; *Côté c. Côté*, 2007 QCCS 3806, par. 46.

<sup>1485</sup> C.c.Q., art. 2683 : « À moins qu'elle n'exploite une entreprise et que l'hypothèque ne grève les biens de l'entreprise, une personne physique ne peut consentir une hypothèque mobilière sans dépossession que dans les conditions et sur les véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par règlement. »

<sup>1486</sup> Sous réserve bien entendu de l'ordre public, des bonnes mœurs, et des exceptions légales prévues notamment par le C.c.Q.

dépossession que sur certains biens meubles tels des véhicules routiers et autres biens meubles ciblés par la loi au moyen d'une liste.

Il est vrai que la liste des biens meubles prévue à l'article 15.01 a considérablement et récemment<sup>1487</sup> été étendue à d'autres biens meubles visés à l'article 15.02 du Règlement du RDPRM<sup>1488</sup> comme par exemple, les créances, les valeurs mobilières, les titres intermédiés, les bijoux, les droits résultant des produits d'assurances ou ceux de la propriété intellectuelle. Cette liste est donc devenue extensive et *a priori* non exhaustive puisque le vocable « notamment » est inséré en début de liste. Ainsi, sa raison d'être n'est, en fait, justifiée que par la volonté du législateur d'interdire les hypothèques mobilières sans dépossession sur les sommes déposées notamment sur des registres enregistrés d'épargne retraite<sup>1489</sup> communément dénommés REÉR ou d'épargne études ou invalidité. Actuellement, une exclusion formelle du recours à l'hypothèque mobilière sur ce type de

<sup>1487</sup> Décret 1594-93 concernant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, (1993) 125 G.O. II, 8058, art. 15.02, renvoyant au Décret 907-99 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, préc., note 1318, art. 15.01, modifié par le Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, préc., note 324.

<sup>1488</sup> Initialement, l'hypothèque mobilière pour les particuliers était prévue sur certains biens meubles comme les véhicules routiers et autres véhicules assimilés; article 15.01 du Décret 907-99 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, préc., note 1318. Aujourd'hui, le Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, préc., note 324, a étendu la liste :

15.02. Les biens sur lesquels une personne physique qui n'exploite pas une entreprise peut consentir une hypothèque mobilière sans dépossession en application de l'article 2683 du Code civil sont les suivants :

1° les biens énumérés à l'article 15.01;

2° les biens précieux au sens de la Loi sur les impôts (L.R.Q., c. I-3);

3° les biens incorporels, notamment les biens qui constituent une forme d'investissement au sens de la Loi sur les valeurs mobilières (L.R.Q., c. V-1.1), les valeurs mobilières et les titres intermédiés visés par la Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés (2008, c. 20), les instruments dérivés visés par la Loi sur les instruments dérivés (2008, c. 24), les créances, les droits découlant d'un contrat d'assurance et les droits de propriété intellectuelle, à l'exception, dans tous les cas, 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.

<sup>1489</sup> Renvoi à l'origine législative de l'article 2683 ancien du C.c.Q., voir, notamment nos développements, B) Les projets de loi 125 et 181 portant sur les sûretés réelles et la publicité des droits, p. 88.

biens incorporels d'épargne est prévue par règlement<sup>1490</sup>. Cette liste allongée devrait être supprimée et faire place à une liberté de recours pour les particuliers à l'hypothèque mobilière sans dépossession. L'hypothèque mobilière est certainement aujourd'hui la sûreté la plus utilisée par rapport au gage qui ne concerne, de manière empirique, que peu de biens. Le spectre avancé lors de la réforme de 1991 du risque élevé du surendettement des particuliers n'a pas empêché récemment le législateur d'étendre la liste et donc la capacité des particuliers à prendre une hypothèque mobilière sans dépossession. Des mesures de protection devraient plutôt être insérées dans la *Loi sur la protection des consommateurs* pour éviter l'augmentation de leur taux d'endettement. La prise de garantie devrait être limitée en amont lors de la constitution du dossier de financement. En aval, des mesures particulières de protection des particuliers pourraient aussi être envisagées lors de la rédaction et lors de la signature de l'acte d'hypothèque mobilière qui pourraient se traduire par l'adoption d'un certain formalisme.

**487.** Ainsi, il nous est permis d'envisager sérieusement une généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession qui aurait pour résultat de mettre fin :

- 1/ à cette discrimination, encore existante, entre l'hypothèque mobilière sans dépossession pour les particuliers et celles pour les personnes exploitant une entreprise ou les personnes morales,
- 2/ à cette cohabitation déséquilibrée entre le gage de droit commun et l'hypothèque mobilière sans dépossession qui entraîne des incohérences sur le plan conceptuel et des distorsions juridiques,
- 3/ à cette complexité entre les règles concernant le gage sur des créances représentées par des titres négociables ou non négociables et les règles concernant le gage par dépossession matérielle et le gage par maîtrise du fait de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* qui s'applique autant sur les valeurs mobilières détenues

---

<sup>1490</sup> Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre de droits personnels et réels mobiliers, préc., note 324, art. 15.02.

directement (représentées ou non par un certificat qui peut être un titre négociable ou non négociable) que sur celles détenues indirectement par un intermédiaire.

## **Section II – Incidences sur les techniques utilisant la propriété réservée ou affectée à titre de sûreté**

**488.** La propriété peut être utilisée à titre de sûreté. Cette technique n'est pas nouvelle puisqu'elle est la première en date dans l'histoire des sûretés réelles à avoir été pratiquée par les Romains<sup>1491</sup>. Ce qui peut paraître étonnant et pour certains régressif<sup>1492</sup> est de constater que les droits positifs français et québécois ont, ces dernières années<sup>1493</sup>, consacré et renforcé considérablement l'efficacité des propriétés-sûretés (la clause de réserve de propriété, le bail à long terme, le crédit-bail) et d'autres techniques similaires comme les aliénations fiduciaires (la cession de créances professionnelles, le gage-espèce, la fiducie). Cette évolution s'explique par la conjonction de plusieurs raisons : la complexité croissante et l'éparpillement en France des sûretés dites classiques, les faveurs accordées par la loi canadienne sur la faillite et l'insolvabilité et par la loi française sur les procédures collectives protégeant les créanciers titulaires de clause de réserve de propriété ou les fiduciaires au détriment de ceux détenant des sûretés traditionnelles, l'efficacité redoutable de la propriété plaçant ainsi le créancier hors concours avec les autres créanciers de son débiteur. Toutefois, le rôle incontestable des propriétés-sûretés perturbe l'ordonnement actuel des droits des sûretés mobilières français et québécois. Il est donc important de s'y pencher afin d'examiner les possibles ajustements qui pourraient être apportés aux droits français et québécois.

---

<sup>1491</sup> La fiducie a été la première technique de sûreté réelle. Voir introduction.

<sup>1492</sup> Bruno OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », dans *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 317, à la page 321.

<sup>1493</sup> Pierre CROCQ, « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties », dans *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica 2004, p. 347.

**489.** Ces ajustements ne pourront être possibles que si, et seulement si, le principe de la finalité de l'opération était reconnu par les législations française et québécoise. La généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession serait une mauvaise solution appliquée à ces différents mécanismes utilisant la propriété à titre de garantie au risque d'une dénaturation profonde des conventions (§1.) Le principe de l'essence de l'opération serait plus approprié et permettrait d'appréhender de manière fonctionnelle toutes ces techniques de garantie utilisant la propriété à titre de sûreté dite réservée -lorsqu'il s'agit de la clause de réserve de propriété ou de la cession de créances professionnelles (pratiquées en France notamment par bordereau Dailly) – ou celles utilisant la propriété de manière dite affectée - lorsqu'il s'agit de la fiducie-sûreté. Ces techniques de garantie gagneront certainement en assurance et en clarté si la qualification de sûreté et les conséquences qui y sont attachées leur étaient définitivement conférées. En France, et comme cela se fait déjà partiellement au Québec, un régime d'opposabilité commun devrait ainsi leur être appliqué et aurait alors l'avantage de simplifier les règles de publicité, de rang et de réalisation communes à toutes les sûretés mobilières.

### **§ 1. La généralisation de l'hypothèque mobilière : une mauvaise solution**

**490.** Même s'il nous paraît évident que l'hypothèque mobilière constitue un concept clef et fonctionnel qui devrait s'inscrire au cœur du droit des sûretés mobilières, il n'empêche que sa généralisation<sup>1494</sup>, ne devrait se faire que de manière éclairée et non

---

<sup>1494</sup> En France, le concept d'hypothèque mobilière sans dépossession avait fait l'objet de quelques études de doctorat prévoyant son application limitée : notamment A. BLAISOT, préc., note 58, p. 146 et 147, cet auteur envisageait la suppression du gage sur créances et son remplacement par l'hypothèque sur créances, l'extension du concept de l'hypothèque mobilière sans dépossession aux autres biens incorporels. En revanche, il était farouchement opposé à la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession aux biens corporels; M. MOREL, préc., note 58, p. 117-121, 123, 124 et 145: cet auteur avait envisagé la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession et notamment aux fonds de commerce et en remplacement des warrants, considérant notamment le gage comme une sûreté primitive; D. LEGAIS, préc., note 59, p. 336, 341, 342, 346 et 351. Cet auteur avait, dans un premier temps, envisager d'instaurer l'hypothèque mobilière sans dépossession à la place des nantissements de films, d'outillage et d'équipements, des warrants. Cette hypothèque mobilière sans dépossession ne devait être consentie que par des professionnels et donc interdite aux particuliers. Dans un second, temps, cette hypothèque mobilière sans dépossession devait s'étendre à toutes marchandises et créances. Toutefois, cet auteur envisageait dans

systématique. Certaines propriétés-sûretés comme la clause de réserve de propriété par exemple, ou certains mécanismes de garantie comme la fiducie ou le droit de rétention<sup>1495</sup> ne pourraient pas se voir revêtir d'une telle qualification, au risque d'y perdre leur nature profonde. Ces mécanismes utilisant la propriété de manière réservée, retenue ou affectée ne sauraient être affublés du vocable d'hypothèque mobilière même si ces propriétés-sûretés atteignent le même but, la garantie d'une obligation, et au moyen d'un même droit, le droit sur la valeur. Le terme générique de sûreté mobilière suffirait et serait plus approprié. Le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété pourra invoquer un droit sur la valeur du bien et même plus précisément un droit exclusif puisqu'il invoquera sa qualité de propriétaire pour échapper au concours des autres créanciers de son débiteur. Le cessionnaire lors d'une cession de créance professionnelle à titre de garantie ou le fiduciaire dans le cadre d'une fiducie bénéficiera du même traitement prioritaire. Il est ainsi plus juste de leur appliquer le principe de la finalité de l'opération pour les assimiler à une sûreté mobilière et les soumettre aux formalités de publicité institutionnalisée que de les qualifier tout simplement d'hypothèque, vocable juridique précis correspondant à une catégorie prédéfinie de sûreté.

**491.** Il ne serait pas approprié d'appliquer de manière systématique le modèle de l'hypothèque mobilière sans dépossession comme ce qui a été proposé précédemment avec les différentes formes de nantissements et de gage. Il serait dès lors plus utile de prendre en compte leur finalité, leur raison d'être pour les soumettre - au moyen d'une approche fonctionnelle et en se servant de la notion extensive de sûreté mobilière comme nous l'avions proposée précédemment - au régime commun d'opposabilité hypothécaire. Ainsi,

---

l'immédiateté le maintien des nantissements de créances civiles et professionnelles (bordereau Dailly); J.-F. RIFFARD, préc., note 61, p. 1 et 107. Cet auteur a milité en faveur d'une rationalisation du droit des sûretés mobilières français à l'instar du modèle américain de security interest. Toutefois, il n'avait pas souhaité envisager d'appliquer un concept fonctionnelle de sûreté aux propriétés sûretés et aux aliénations fiduciaires puisqu'il avait prédit leur disparition; C. LISANTI-KALCZYNSKI, préc., note 57, p. 21, 27, 33, 73, 239, 271, 459-461 : cette auteure n'a pas eu recours au concept d'hypothèque mobilière et a préféré davantage approfondir la voie de l'adaptation du modèle du gage aux biens incorporels. Elle a tout de même reconnu la nature hypothécaire de certains nantissements, ceux sur fonds de commerce ou sur des propriétés intellectuelles.

<sup>1495</sup> Point développé dans les développements ultérieurs.

les buts recherchés d'uniformisation, de cohérence juridique et d'efficacité seraient atteints dans les deux législations considérées.

## **§ 2. L'approche fonctionnelle : application du principe de la finalité de l'opération**

**492.** Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, le principe de la finalité de l'opération dans son application sera envisagé au travers de certaines techniques les plus marquantes, en vigueur en France et au Québec, utilisant la propriété à titre de garantie comme les propriétés-sûretés (A) (la clause de réserve de propriété et le crédit-bail) et les fiducies-sûretés (B). L'emploi du pluriel pour les fiducies-sûretés se justifie puisque si une seule forme juridique existe au Québec, il en existe actuellement plusieurs formes en France. Seules les plus importantes, la cession de créance par bordereau Dailly, le gage-espèces et la fiducie de droit commun, récemment introduite, seront étudiées. Ces techniques dites d'aliénations fiduciaires sont des particularités juridiques françaises qui nourrissent la complexité grandissante<sup>1496</sup> du système français des sûretés mobilières. Seule la fiducie-sûreté de droit commun est une technique juridique de garantie commune aux deux législations étudiées.

### **A) Les propriétés-sûretés**

**493.** Nous analyserons successivement la clause de réserve de propriété (1) et le crédit bail (2) dans les deux législations considérées.

---

<sup>1496</sup> D. LEGAIS, préc., note 309.

1) La clause de réserve de propriété<sup>1497</sup>

**494.** La clause de réserve de propriété a pour objet de retarder le transfert de propriété jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie, sans pour autant différer la délivrance du bien<sup>1498</sup>. Au Québec, un contrat de vente « à terme » qui prévoit une clause de réserve de propriété est nommé « vente à tempérament ». En France, une clause de réserve de propriété insérée dans un contrat de vente ne vient pas contrarier sa dénomination. En revanche, la dernière réforme a clairement consacré la fonction de sûreté des clauses de réserve de propriété. Il faut dire que très tôt elle est apparue dans les contrats de vente principalement comme un instrument de garantie efficace plaçant le créancier hors concours par rapport aux autres créanciers de son débiteur, avantage suprême dans un contexte de faillite.

**495.** Ainsi, les législations française et québécoise l'ont envisagée comme une sûreté au sens juridique du terme, mais sans lui conférer toutes les conséquences propres à une telle qualification<sup>1499</sup> (pour le législateur français) et dans un sens économique<sup>1500</sup> en

---

<sup>1497</sup> C. civ., art. 2337 :

La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement.

Sa nature juridique a fait l'objet de nombreux débats qui ne seront pas abordés : en substance, le fait de subordonner le transfert de propriété au complet paiement est-il une condition, un terme ou un autre mécanisme *sui generis*? Françoise PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, vol. 21, Paris, Litec, 1988, n° 38 et suiv.; P. CROCQ, préc., note 1392, p. 108-115; Françoise PÉROCHON, « La revendication favorisée », D. 2004.chr.251; Dominique LEGAIS, « Rapport français », dans *La propriété*, t. LIII, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 419; Dominique LEGAIS, « Réserve de propriété et cession Dailly : bilan contrastée de la propriété-garantie », dans *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt. Liber amicorum*, Paris, Joly, 2005, p. 347; L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1030; Pierre CROCQ, « La réserve de propriété », *Droit et patrimoine* 2005.140.75, J.C.P. 2006.20.6; Francine MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », L.P.A. 2011.30.59; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 330.

<sup>1498</sup> Définition : C. civ., art. 2367 et C.c.Q., art. 1745. Régime : C. civ., art. 2368-2372, et C.c.Q., art. 1745-1749 et 2961.1. D'autres articles C. com. français s'appliquent également; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 330.

<sup>1499</sup> Le C. civ. français consacre la clause de réserve de propriété comme une sûreté sans lui imposer de publicité.

<sup>1500</sup> Bien qu'elle soit soumise dans le C.c.Q. aux formalités juridiques concernant l'opposabilité des hypothèques et aux règles relatives à l'exercice des recours hypothécaires.



limitant ainsi la portée de son opposabilité aux tiers dans un contexte de faillite (pour le législateur québécois).

**496.** L'ambivalence liée la qualification de la clause de réserve de propriété devrait être corrigée, selon nous, par la reconnaissance officielle du principe de la finalité de l'opération dans les deux législations considérées, ce qui permettrait à cette sûreté d'être bien nommée, que sa qualification corresponde de manière cohérente et réfléchie au régime juridique prévu. Cela aurait aussi le mérite de parfaire le système de sûretés mobilières qui inclut nécessairement les propriétés sûretés en soumettant l'ensemble des sûretés mobilières à des conditions communes d'opposabilité et de recours<sup>1501</sup>. Nous verrons qu'en dépit de la qualification de sûreté octroyée à la clause de réserve de propriété, les deux droits n'ont pas adopté la même approche et ne parviennent pas aux mêmes résultats. Pour mieux comprendre les points de divergence et de convergence, il est utile de retracer à la fois les règles de formation et d'opposabilité (a) et celles concernant la réalisation de la clause de réserve de propriété (b).

a) Les règles de formation et d'opposabilité de la clause de réserve de propriété

**497.** La règle de l'écrit est appréciée différemment en France et au Québec. Selon l'article 2368 du Code civil français<sup>1502</sup>, la réserve de propriété doit être convenue par écrit entre les parties<sup>1503</sup> et au plus tard le jour de la livraison<sup>1504</sup>. Elle peut même être insérée

---

<sup>1501</sup> S'agissant des recours, quelques ajustements seront nécessaires pour chaque catégorie de sûreté considérée.

<sup>1502</sup> Cette règle s'inspire de la règle prévue en matière de procédures collectives qui impose un écrit, C. com., art. L. 624-16 al. 2.

<sup>1503</sup> Et non plus unilatéralement par le vendeur sans que l'acheteur puisse s'y opposer, comme ce fut un temps possible avec l'ancien article L. 621-122 al. 2 *in fine* C. com., devenu l'article L. 624-16 C. com.

<sup>1504</sup> C. com., art. L. 624-16 al. 2.

dans les conditions générales de vente<sup>1505</sup>. Au Québec, aucun formalisme n'est formellement décrit sur le contenu ou la forme de la clause de réserve de propriété<sup>1506</sup>. Toutefois, la preuve qu'une clause de réserve de propriété convenue au moment de la vente doit être rapportée<sup>1507</sup>. Même si les termes utilisés manquent de clarté,<sup>1508</sup> les parties ne devraient pas se comporter comme s'il s'agissait d'une vente ordinaire<sup>1509</sup>.

**498.** Toutefois, son opposabilité aux tiers qui dépend au Québec de son inscription au RDPRM pourrait se voir contrarier en cas de défaut d'écrit puisque l'annexe III du Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers précise que dans la réquisition d'inscription doit figurer la forme de l'acte qui sert de support à la clause de réserve de propriété qui peut être sous seing privé ou notarié en minute. Cette disposition conditionne la rédaction d'un acte écrit à l'opposabilité aux tiers<sup>1510</sup>.

**499.** Le droit français se démarque nettement du droit québécois sur la question de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété aux tiers. Le droit québécois impose, depuis les amendements adoptés en 1998, l'inscription au RDPRM de certaines réserves de propriété concernant des biens meubles acquis ou requis par une entreprise aux fins de son exploitation ou de son service ou concernant des véhicule routiers ou d'autres biens meubles visés par règlement<sup>1511</sup>. Or, le droit français n'impose aucune publicité pour rendre opposable la clause de réserve de propriété aux tiers.

**500.** Or, la c

---

<sup>1505</sup> C. com., art. L. 624-16 al. 2.

<sup>1506</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1028 et 1029.

<sup>1507</sup> Aline GRENON, « Le crédit-bail et la vente à tempérament dans le *Code civil du Québec* », (1994) 25 *R.G.D.* 217, 222; L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1029.

<sup>1508</sup> *Fibro Design (1994) Ltée (Syndic)*, [1997] n° AZ-97026244 (C.S.).

<sup>1509</sup> *Castel Nissan Ltée c. D'Argenio*, [1996] n° AZ-96031470 (C.Q.).

<sup>1510</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1029.

<sup>1511</sup> C.c.Q., art. 1745.

**501.** Commission Grimaldi participant à l'élaboration du projet de réforme de 2006 avait, à raison, recommandé de la soumettre à une forme de publicité obligatoire. La peur du changement jugé trop important aurait, selon un auteur<sup>1512</sup> participant aux travaux de la Commission, eu raison de cette proposition. Le législateur français a préféré alors une codification à droit constant, c'est-à-dire entérinant des acquis jurisprudentiels. Cette absence de publicité de la clause de réserve de propriété favorise le risque de conflit entre créanciers successifs et démontre les limites de l'efficacité de la clause de réserve de propriété. Par exemple, le créancier resté propriétaire de son bien risque de se heurter aux droits d'un tiers acquéreur ou d'un créancier gagiste entrés en possession de bonne foi. L'article 2276 du Code civil français (ancien article 2279) ne pourra lui permettre de revendiquer utilement. L'article 2372 dudit Code lui permettra néanmoins de reprendre son droit de propriété qui se reportera en fait sur la créance du débiteur à l'égard de sous-acquéreur. Pour ce qu'il s'agit du créancier gagiste, le droit de rétention dont il dispose pourrait vraisemblablement lui octroyer une préférence sur le titulaire de la clause de réserve de propriété.

**502.** Ce ne sont que quelques exemples dégagés du droit positif français qui démontrent à l'évidence l'intérêt d'imposer la publicité de la clause de réserve de propriété lorsque sa finalité est de garantir une obligation et quelle que soit la nature du bien concerné ou la qualité de l'acheteur comme le distingue, à tort et selon notre opinion, l'article 1745 du *Code civil du Québec*.

En effet, même si le *Code civil du Québec* a eu le mérite de prévoir la publicité de la clause de réserve de propriété, elle reste limitée à certains types de biens désignés par la loi et souffre de quelques imperfections du fait de certains silences de la loi forçant, ainsi les juges à une interprétation pas toujours heureuse<sup>1513</sup>.

---

<sup>1512</sup> P. CROCQ, préc., note 1497.

<sup>1513</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248; *Lefebvre (Syndic)*; *Tremblay (Syndic)*, préc., note 11.

**503.** Le droit québécois aborde la question de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété d'une manière particulière. Le *Code civil du Québec*<sup>1514</sup> et certains juges de la Cour suprême d'ailleurs<sup>1515</sup>, ne qualifient pas la clause de réserve de propriété comme une sûreté en tant que telle<sup>1516</sup> même s'ils prennent en compte sa fonction économique<sup>1517</sup> pour justifier sa soumission aux règles de publicité et de réalisation des hypothèques.

Sous prétexte que le législateur, lors de la réforme de 1991, a refusé l'application générale du principe de la présomption d'hypothèque, les juges de la plus haute Cour ont considéré que la clause de réserve de propriété pouvait être opposable à un syndic de faillite malgré le défaut de publication<sup>1518</sup>. Ainsi, les formalités de publicité peuvent ne pas être remplies, la clause de réserve de propriété jouera pleinement son rôle de sûreté. Les juges de la Cour suprême, dans ces affaires *Ouellet* et *Lefebvre*, ont interprété, de manière restrictive, les dispositions des articles 1745 et 1845 du *Code civil* concernant la vente à tempérament et le bail à long terme, en estimant que le syndic compte tenu de ses différents rôles de représentant des créanciers et de successeur du débiteur ne pouvait être considéré comme un tiers au sens de l'article 1745 du *Code civil du Québec*, ni au sens de l'article 1852 dudit Code. Ainsi, les décisions des juges de la Cour suprême reviennent à dire que le syndic de faillite n'est pas concerné par le système d'opposabilité des droits réels résultant d'une clause de réserve de propriété contenue tant dans un contrat de vente que dans un bail à long terme.

**504.** Par ce raisonnement juridique, premièrement, les juges ont, semble-t-il, ouvert une brèche dans l'efficacité du système novateur d'opposabilité des droits réels mobiliers

---

<sup>1514</sup> C.c.Q., art. 1745 et suiv.

<sup>1515</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248.

<sup>1516</sup> Ils refusent de l'assimiler à une hypothèque comme le fait expressément par exemple le législateur pour l'acheteur dans une vente à réméré qui est réputé créancier hypothécaire selon l'article 1756 C.c.Q. *Contra* : Selon L. PAYETTE, préc., note 98, n<sup>o</sup> 2106, p. 1069, « la vente avec réserve de propriété constitue une sûreté mais n'est pas une hypothèque ».

<sup>1517</sup> *Id.*, par. 13.

<sup>1518</sup> *Id.*

mis en place par la réforme de 1991, même s'ils se défendent d'en respecter l'esprit<sup>1519</sup>. Deuxièmement, d'un point de vue, pratique, ils ont rendu possible la clandestinité des clauses de réserve de propriété qui demeurent efficaces vis-à-vis d'un syndic de faillite en dépit de leurs infractions à la loi. Troisièmement, et paradoxalement, ils n'ont pas mis fin aux interrogations ; bien au contraire, depuis elles persistent et se multiplient<sup>1520</sup>.

En effet, dans l'affaire *Ouellet* concernant la vente à tempérament, les juges ont fini par conclure que la solution aurait été différente sous l'empire des nouvelles dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>1521</sup>. Cela signifie que deux solutions contradictoires dominant le droit positif québécois actuel. Au sens des dispositions de l'article 1745, le syndic n'est pas un tiers et la vente à tempérament ne peut être assimilée à une sûreté<sup>1522</sup>. Toutefois, si le litige tombe sous le coup des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et dans le cas d'une vente à tempérament non accessoire à un contrat de consommation, le vendeur est, dans ce cas, assimilé à un créancier garanti et le syndic est considéré comme un tiers<sup>1523</sup>. Par conséquent, la clause de réserve de propriété doit être publiée au RDPRM, à défaut le syndic pourrait refuser la réclamation du véritable

<sup>1519</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248, par. 15; *Lefebvre (Syndic)*; *Tremblay (Syndic)*, préc., note 11, par. 30.

<sup>1520</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 1374 et A. GRENON, préc., note 1375; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 2113 et 2114, p. 1072 et 1073; S. MORIN, préc., note 1375, notamment 268 et 269.

<sup>1521</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248, par. 15, note 3; *Lefebvre (Syndic)*; *Tremblay (Syndic)*, préc., note 11, par. 30.

<sup>1522</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248, par. 13 :

En entreprenant l'étude de cette question, il faut se garder d'assimiler la réserve à une simple sûreté. Comme on l'a rappelé précédemment, les dispositions du *Code civil du Québec* définissent la réserve comme un droit de propriété à l'art. 1745 C.c.Q. L'article 1749 C.c.Q. reconnaît le droit de reprendre le bien entre les mains de l'acheteur immédiat. La relation juridique entre ce dernier et le vendeur s'analyse alors toujours comme un rapport de propriété au sens juridique et non comme un rapport de garantie, en dépit de la fonction économique de cette forme de contrat dans le commerce des véhicules automobiles.

<sup>1523</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248, par. 15 :

Cette conclusion s'impose dans l'état du droit applicable au litige. Depuis, cependant, il convient de noter que des modifications législatives apportées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* auraient conduit à un résultat différent, si elles avaient été applicables à la présente affaire. En effet, les modifications apportées à la définition du « créancier garanti » dans cette loi fédérale par les art. 25 à 28 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, assimilent la réserve de propriété stipulée dans une vente à tempérament à une sûreté, à l'égard du syndic. Le défaut de publication de ce droit, dans le contexte d'une faillite, la rend désormais inopposable au syndic.

propriétaire du bien non inscrit. Ainsi, dans un souci d'harmonisation avec les autres provinces canadiennes, le législateur en modifiant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, a assimilé le vendeur à tempérament à un créancier garanti<sup>1524</sup>. Cela signifie que dans un contexte de faillite, lieu de vérité pour connaître l'efficacité d'une sûreté, le défaut de publication de la réserve de propriété insérée dans une vente à tempérament la rend désormais inopposable au syndic.

**505.** Il faut rappeler que la définition du terme « créancier garanti » prévu à l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* a été modifiée afin de rapprocher les sûretés traditionnelles des sûretés-propriétés<sup>1525</sup>. Le législateur a souhaité intervenir pour faire cesser les différences conceptuelles qui existaient entre la loi provinciale et la loi fédérale. Ces sûretés-propriétés ne devaient plus être des « sûretés refuges<sup>1526</sup> » incitant les créanciers à se détourner des sûretés classiques notamment en raison de l'absence de la mise en place d'une publicité efficace à leur égard dans un contexte de faillite<sup>1527</sup>.

Mais, le législateur n'avait pas anticipé les difficultés d'interprétation lors de l'application combinée des articles issus du *Code civil du Québec* et ceux de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La notion de « tiers » prévue notamment à l'article 1745 du *Code civil du Québec*, a mis à mal les intentions du législateur fédéral qui aurait dû adopter, pour contrer toutes discussions juridiques, une définition fonctionnelle « selon laquelle la finalité du

<sup>1524</sup> Article 2 b) (i) de la L.F.I., préc., note 54, modifiée par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, préc., note 1378.

<sup>1525</sup> Jacques AUGER, Albert BOHEMIER 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, p. 911, à la page 954, en ligne : <[http://www.bijurilex.org/site/Export/Recueil\(1997\)/f/premier-recueil\(1997\)\\_f/20-AUGER.htm](http://www.bijurilex.org/site/Export/Recueil(1997)/f/premier-recueil(1997)_f/20-AUGER.htm)> (site consulté le 4 mai 2012); A. GRENON, préc., note 1375, 317; Louis JACQUES, « Commentaire sur les décisions Ouellet (Syndic de) et Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de) - Le dernier mot sur l'opposabilité de la réserve du droit de propriété non publiée », dans *Repères*, décembre 2004, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2004REP300.

<sup>1526</sup> Expression initialement formulée dans Jacques AUGER, « Problèmes actuels de sûretés réelles », (1997) 31 *R.J.T.* 619.

<sup>1527</sup> J. AUGER, A. BOHEMIER et R. A. MACDONALD, préc., note 1525, aux pages 986 et 987.

concept de créancier garanti serait décrite, plutôt que les différents mécanismes qui confèrent ce statut<sup>1528</sup> ».

En l'absence de principe législatif général et fonctionnel applicable dans les deux domaines de compétence, provincial et fédéral, le droit positif québécois actuel est confronté à certaines incohérences internes<sup>1529</sup> : d'une part, un contrat de vente à tempérament conclu entre un consommateur et un commerçant ne tombent pas sous le coup de la définition de créancier garanti au sens l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>1530</sup> et d'autre part, la définition de l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne s'applique pas aux baux à long terme et aucune disposition du *Code civil du Québec* n'assujettit les locateurs aux règles de l'exercice de droits hypothécaires<sup>1531</sup>. Ainsi, le locateur à long terme peut opposer au syndic ses droits même en l'absence de publication du bail et ce, en contravention avec l'article 1852, alinéa 2 du *Code civil du Québec*. Le locateur échappe à l'emprise du syndic<sup>1532</sup>, tout comme d'ailleurs le crédit-bailleur. À ces incertitudes s'ajoutent d'autres difficultés<sup>1533</sup> liées aux modes de réalisation des clauses de réserve de propriété insérées dans des contrats de vente à tempérament conclus entre un professionnel et un consommateur<sup>1534</sup>. Ces réflexions nous conduisent naturellement à l'étude des règles de réalisation qui se différencient nettement d'un continent à l'autre.

<sup>1528</sup> A. GRENON, préc., note 1375, 318; dans le même sens, S. MORIN, préc., note 1375, 270 et 271.

<sup>1529</sup> P.-C. LAFOND, préc., note 1374, 50.

<sup>1530</sup> L.F.I., préc., note 54, art. 1749 al. 1. Les contrats de consommation ne sont pas soumis aux règles relatives à l'exercice de droits hypothécaires; Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 234, 264 et 265; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 2109 et 2130, p. 1070, 1071 et 1083; A. GRENON, préc., note 1375, 319 et 320.

<sup>1531</sup> Tout comme le crédit-bailleur n'est pas assimilé à un créancier garanti au sens de l'article 2 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, préc., note 1378, puisqu'il n'est pas soumis aux règles prévues pour l'exercice des droits hypothécaires au livre VI du C.c.Q. En conclusion, peu importe que le crédit-bailleur, le bailleur à long terme ou le vendeur à tempérament assujettis à la loi sur la protection du consommateur aient publié leurs droits, ils pourront tout de même reprendre possession de leur bien; Andrée CHAMBERLAND, *La problématique de l'opposabilité de ces droits aux créanciers des contrats conclus à des fins de garantie et portant sur des biens mobiliers*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2008, p. 192.

<sup>1532</sup> A. GRENON, préc., note 1375, 320; 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.

<sup>1533</sup> Ces difficultés ont été expliquées par le professeur P.-C. LAFOND, préc., note 1374, 62-74.

<sup>1534</sup> Notamment la reprise de possession édictée à l'article 1749 C.c.Q.

b) Les règles de réalisation concernant la clause de réserve de propriété

**506.** Le droit français a finalement compris que la clause de réserve de propriété était en réalité une sûreté redoutable. Il a donc codifié récemment des solutions jurisprudentielles. L'une d'entre elles, concernant sa réalisation, est originale par rapport au droit québécois puisqu'elle prévoit qu'à défaut de paiement complet à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien. La valeur du bien repris est alors imputée sur la solde de la créance garantie<sup>1535</sup>. Ainsi, en cas de différence entre la valeur du bien repris et le montant de la dette exigible, le créancier doit au débiteur la différence<sup>1536</sup>. Le créancier ne peut s'enrichir aux dépens de son débiteur<sup>1537</sup>. Lorsque le bien est revendu, le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur<sup>1538</sup>.

**507.** Les articles 2371 et 2372 précités du Code civil français sont instructifs puisqu'ils consacrent clairement le droit sur la valeur<sup>1539</sup> conféré à un créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété et démontre l'efficacité redoutable de cet outil qui permet de placer le créancier hors concours. De plus, ils trouvent leur équivalent dans un contexte de procédure collective. Depuis la loi dite Dubanchet du 10 mai 1980, la clause de réserve de propriété est opposable aux créanciers de la procédure collective. La suspension des poursuites individuelles ne concernent pas le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété qui pourra revendiquer ses biens dans les trois mois de l'ouverture de la

---

<sup>1535</sup> C. civ., art. 2371 al. 2.

<sup>1536</sup> C. civ., art. 2371 al. 3, admis par Com., 5 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 72, J.C.P. 1996. I. 3960, n° 11, obs. Cabrillac.

<sup>1537</sup> Com., 16 juin 2009, *RTD. civ.* 2009.760, obs. Crocq : la revendication du prix s'exerce sur le solde du prix de vente du bien affecté de la clause de réserve de propriété restant dû au jour de la date de l'ouverture de la procédure collective à concurrence du prix fixé lors de la convention conclue avec le vendeur initial. L'augmentation de la valeur du bien objet de la clause de réserve de propriété ne peut être revendiquée.

<sup>1538</sup> C. civ., art. 2372.

<sup>1539</sup> Charles GOYET, *Le louage et la propriété à l'Épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, L.G.D.J., 1983.



procédure collective<sup>1540</sup>, même s'ils sont fongibles dès l'instant qu'ils se trouvent, de même espèce et de même qualité, dans les mains de l'acheteur<sup>1541</sup>. Lorsque le bien a été revendu à un tiers, le créancier pourra revendiquer le prix ou la partie du prix non payé par l'acheteur<sup>1542</sup>.

**508.** Dans ces conditions, la clause de réserve de propriété confère un droit sur la valeur quasiment absolu. Elle « ébranle la hiérarchie préexistante entre les créanciers<sup>1543</sup> » et particulièrement ceux détenant des privilèges ou des priorités. Cette sûreté occulte, qui met à mal la sécurité du crédit et du commerce, défie toute la logique et l'équité<sup>1544</sup> puisque si le créancier titulaire retrouve les biens en nature ou si le prix de vente n'a pas été versé, il pourra trouver satisfaction. A défaut, il n'aura aucune prise sur le cours des choses afin de pouvoir réaliser sa sûreté.

**509.** Quant au droit québécois, la manière dont les règles relatives à la réalisation de la clause de réserve de propriété ont été prévues laisse croire au juriste que la réflexion est inaboutie et quelques ajustements seraient dès lors bienvenus.

Comme nous l'avons dit, la vente à tempérament n'a pas bénéficié de la présomption d'hypothèque et se distingue donc d'une simple hypothèque mobilière. Toutefois, elle bénéficie de l'assujettissement des règles concernant les recours hypothécaires. Par ailleurs, le *Code civil du Québec*, en son article 1749, crée un recours spécifique de droit de reprise. La combinaison des articles 1748, 1749 et 2961.1 du *Code civil du Québec* ainsi que les

---

<sup>1540</sup> C. com., art. L. 624-9. En principe, l'obligation de déclaration de créance qui est le corollaire à l'arrêt des poursuites individuelles, ne s'impose pas à un créancier muni d'une réserve de propriété (tout comme pour le cessionnaire d'un bordereau Dailly) pour l'exercice de son action en revendication. Solution antérieure : Com., 9 janv. 1996, J.C.P. 1996.I.3935, n° 19, obs. Cabrillac; Christian LARROUMET, « Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure de l'acheteur », D. aff. 1996.20.85. D'où son appellation de « reine des sûretés » : Françoise PÉROCHON, « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ?, Cah. dr. entr. 2009.22. Toutefois, doute possible depuis Com., 3 nov. 2010, D. 2011.2069, obs. Lucas : inopposabilité de la déclaration non déclarée en dehors d'un plan ou de la participation à la répartition.

<sup>1541</sup> C. com., art. L. 624-16 al. 3.

<sup>1542</sup> C. com., art. L. 624-18.

<sup>1543</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 561.

<sup>1544</sup> Remarques brillantes de *id.*, p. 561.

commentaires du ministre de la Justice, selon lesquels le vendeur à tempérament bénéficierait des quatre recours hypothécaires, outre son droit de reprise, démontrent à l'évidence que le principe de la finalité de l'opération a été appliqué sans être nommé<sup>1545</sup>.

Récemment, des juges de la Cour d'appel ont bien rappelé que le vendeur à tempérament avait le pouvoir d'exercer l'un ou l'autre des quatre recours hypothécaires<sup>1546</sup>. On peut toutefois noter une incohérence supplémentaire dans la politique législative qui n'a pas su accompagner les dispositions ainsi créées des adaptations nécessaires. Conceptuellement, il nous semble inapproprié de prévoir l'attribution d'un recours hypothécaire au vendeur qui s'est réservé la propriété du bien puisqu'il dispose déjà des pleins pouvoirs sur ce bien et la prise de possession aux fins d'administration, la vente ou la prise en paiement paraissent redondants et inadaptés<sup>1547</sup>. La comparaison avec le droit français est ici utile. Il a levé l'interdiction du pacte comissoire et a prévu des dispositions dans le Code civil et dans le Code de commerce pertinentes dans un contexte de procédure collective qui permettent de prendre en compte la position spécifique du créancier déjà titulaire du droit réel de propriété. Le droit québécois devrait simplement apporter sur ce point quelques correctifs.

**510.** En guise de conclusion, il est clair que le principe de finalité de l'opération permettrait de mettre fin à ces incohérences juridiques qui menacent la sécurité du commerce juridique actuel. Il est temps de reconnaître pleinement la nature de sûreté fonctionnelle à la clause de réserve de propriété insérée dans un contrat de vente, tout comme à un contrat de bail à long terme<sup>1548</sup> ou de crédit-bail. Cela aurait le double mérite

<sup>1545</sup> Il est vrai que l'application brute des recours hypothécaire paraît difficile, L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1072 et 1073, dénonce cette situation source d'incertitude et de confusion.

<sup>1546</sup> *Foresterie R. Bernier Inc. (Syndic)*, [2005] R.J.Q. 19 (C.A.), [2004] n° AZ-50283247, par. 38.

<sup>1547</sup> Denise PRATTE, « Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles plus sûres », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard (1998)*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1998, p. 179, à la page 187; L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1070-1073.

<sup>1548</sup> Cela aurait pour effet de prendre toute la mesure de la fonction économique des ventes à tempérament et des baux à long terme : *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248, par. 13; *Lefebvre (Syndic)*; *Tremblay (Syndic)*, préc., note 11, par. 26 :

Cette interprétation tend à réintroduire dans le droit des sûretés réelles du Québec un concept rejeté par le législateur au moment de la codification de 1994, celui de la présomption d'hypothèque. On peut aussi penser que cette approche correspond à une

d'uniformiser le droit des sûretés interne français et québécois<sup>1549</sup> et d'harmoniser le système québécois avec celui des autres provinces du reste du Canada<sup>1550</sup>.

## 2) Le crédit-bail

**511.** Lorsque le louage se substitue aux procédés traditionnels de financement et se comporte comme un instrument de crédit, il se nomme crédit-bail<sup>1551</sup>. Le crédit-bail combine deux concepts juridiques connues, comme le louage et la propriété, afin de promouvoir le financement des investissements<sup>1552</sup>. Le crédit-bail a été utilisé comme instrument de garantie en France au XVI<sup>e</sup> siècle<sup>1553</sup>. Il est aussi une technique utilisée aux États-Unis depuis les années 1950<sup>1554</sup>.

**512.** Le crédit-bail est une opération de financement originale et complexe. Lorsqu'un professionnel a besoin d'équipements, d'outillage ou d'un immeuble sans avoir les moyens financiers de se les procurer, il peut les faire acheter par un établissement financier qui les lui donnera en location pour un certain temps, tout en lui reconnaissant une faculté d'achat à terme<sup>1555</sup>.

---

volonté d'identifier l'essence de l'opération réalisée et de requalifier l'opération en conséquence. Au point de vue économique, il est fort probable que les différentes méthodes employées par les commerçants de véhicules moteurs — location à long terme, crédit-bail ou vente à tempérament — représentent toutes des techniques destinées à atteindre un même objectif : trouver un client, lui obtenir le crédit nécessaire à l'opération, mettre le véhicule à sa disposition, tout en protégeant l'intérêt du fournisseur de crédit. Cependant, avant de mettre de côté toutes les catégories juridiques pertinentes, encore faut-il s'arrêter à la teneur des contrats intervenus et à leur situation dans les classifications des contrats établies par le *Code civil du Québec* et utilisées par les parties.

<sup>1549</sup> Propos tenu par l'honorable juge J.-L. Baudouin dans *Massouris (Syndic)*, préc., note 1377.

<sup>1550</sup> J. AUGER, A. BOHÉMIER et R. A. MACDONALD, préc., note 1525, à la page 988; la problématique entourant les sûretés-proprétés : A. GRENON, préc., note 1507, 220-222.

<sup>1551</sup> C. GOYET, préc., note 1539, p. 1 et 31.

<sup>1552</sup> *Id.*, p. 1.

<sup>1553</sup> *Id.*, citant à l'appui Bernard SCHNAPPER, *Les rentes au XVI<sup>e</sup> siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1956.

<sup>1554</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 647; J.-F. RIFFARD, préc., note 61, p. 285.

<sup>1555</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 334 et 335.

**513.** Ce contrat de crédit-bail met en scène trois parties, un vendeur satisfait du prix qui ne se réserve pas la propriété du bien, le crédit-bailleur qui paie le bien et le met à la disposition du crédit-preneur et un crédit-preneur qui jouit du bien et qui peut devenir, s'il le souhaite, le propriétaire du bien loué si, après avoir versé sa contrepartie financière, il choisit d'exercer sa faculté d'achat<sup>1556</sup>. Ce contrat de crédit-bail réunit trois éléments : une location temporaire, une promesse de vente et l'imputation des loyers sur le prix d'achat du bien<sup>1557</sup>. Lorsque le crédit preneur exercera sa faculté d'achat du bien pour sa valeur résiduelle, le crédit-bailleur s'apparentera à un prêteur qui aura bénéficié d'une sûreté pendant la durée du contrat.

**514.** Plusieurs indices nous persuadent de la présence d'une sûreté. Tout d'abord, l'analyse de la nature originale et complexe du crédit-bail nous convainc qu'il renferme, intrinsèquement, le principe de la finalité de l'opération. Sa finalité est de garantir une sûreté au crédit-bailleur pour réaliser une opération de financement (a). Sa publicité est un moyen déjà organisé, en France et au Québec, et suffisamment fiable pour assurer l'opposabilité des droits sur la valeur du crédit-bailleur à l'égard des tiers (b).

a) Une nature complexe : la propriété juridique confère un droit réel à la valeur du bien

**515.** Pour reprendre la vision du professeur Charles Goyet<sup>1558</sup>, le crédit-bail permet, d'une part, de réviser la conception du droit de propriété et de dévoiler notamment sa double nature et, d'autre part, oblige, selon nous, à redéfinir les contours de la notion de sûreté mobilière.

<sup>1556</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1096.

<sup>1557</sup> C. GOYET, préc., note 1539, n° 44, p. 28.

<sup>1558</sup> *Id.*, n° 1, 16-18, p. 1 et 8 :

La complication du crédit-bail, l'intérêt et le malaise qu'il continue de provoquer, la conviction largement partagée par la doctrine qu'il préfigure une relation inédite aux biens, l'idée que le rôle de sûreté assigné à la propriété pourrait trouver sa traduction dans une révision de la conception de ce droit lui-même mieux que dans un simple réaménagement de contrats connus, toutes ces raisons incitent à frayer davantage le chemin qui conduirait à mettre en évidence une évolution de la propriété.

**516.** Cette double nature juridique de la propriété rappelle la théorie féodale du domaine éminent et utile ou de la théorie allemande de la propriété dite relative<sup>1559</sup>. Plusieurs personnes peuvent posséder simultanément un droit de propriété fonctionnellement limité sur le même bien. L'utilisateur aurait la faculté d'en extraire toutes les utilités matérielles et économiques et le financier aurait en fait un droit sur la valeur de la chose<sup>1560</sup>. Comme le vendeur réservataire de la propriété, le bénéficiaire d'une fiducie, le nu-propriétaire, le tréfoncier, le crédit-bailleur détiennent un droit de propriété dématérialisée, juridique qui s'oppose avec la propriété économique du crédit preneur<sup>1561</sup>. La corporalité ne saurait définir la propriété, le droit de propriété ne se confond pas nécessairement avec la chose. La propriété dématérialisée se présente comme un titre conférant un droit au retour immédiat à la propriété pleine et entière à l'issue du contrat la mettant en scène<sup>1562</sup>. Le propriétaire reste dans cette expectative, celle de recouvrer la plénitude de son droit. C'est précisément « l'élasticité<sup>1563</sup> » du droit de propriété qui permet son utilisation à des fins de garantie<sup>1564</sup>.

**517.** La propriété économique commence, quant à elle, avec le contrat et s'achève avec lui<sup>1565</sup>. Cette propriété consentie ou concédée est limitée dans le temps. Le crédit preneur, titulaire de cette propriété économique, peut utiliser le bien pendant la durée de vie du bien et celle fixée dans le contrat.

---

<sup>1559</sup> Jean-Philippe LÉVY, *Cours d'histoire des institutions privées. La propriété, les biens*, Paris, Cours de droit, 1970, p. 50 et 55.

<sup>1560</sup> C. GOYET, préc., note 1539, n° 17, p. 8.

<sup>1561</sup> *Id.*, n° 401, p. 218.

<sup>1562</sup> *Id.*, n° 402, p. 219.

<sup>1563</sup> N. POULANTZAS, préc., note 774, p. 31, attribuant à REINACH, le concept d'élasticité de la propriété. Cette propriété fractionnée était identifiée sous le caractère résiduaire selon Samuel GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960, n° 12, p. 32.

<sup>1564</sup> C. GOYET, préc., note 1539, n° 402, p. 219.

<sup>1565</sup> *Id.*, n° 359, p. 195.

Toujours selon le professeur Charles Goyet, la propriété dite juridique offre à son titulaire « un droit réel à la valeur du bien mis à la disposition du propriétaire économique<sup>1566</sup> ». Ce droit sur la valeur de la chose émane de la propriété dite juridique. On pourrait croire qu'en matière de sûreté réelle, un droit réel se juxtapose par l'effet du contrat à un droit personnel<sup>1567</sup>. En réalité, il s'agit toujours du même droit sur la valeur du bien qui est concédé par le débiteur propriétaire de son bien à son créancier.

**518.** Le même procédé du droit sur la valeur est utilisé dans une propriété-sûreté. Le créancier réservataire, le bailleur et le fiduciaire sont directement titulaires de ce droit qu'ils utiliseront à titre de garantie. De la même manière, lors de la constitution et la mise en œuvre d'une sûreté de type traditionnelle (hypothèque ou gage), le droit sur la valeur sera octroyé par le débiteur constituant à son créancier en garantie de son obligation.

**519.** On l'aura compris, le crédit-bail porte déjà en lui le principe de la finalité de l'opération qui, précisément, nous permet de la qualifier de sûreté<sup>1568</sup> que nous qualifions de fonctionnelle. Une fois que l'étape de la qualification du droit est passée, la question de l'opposabilité peut être envisagée. Dans le cadre du crédit-bail, les législations étudiées ont, à raison, déjà prévu son opposabilité aux tiers au moyen de son inscription sur un registre.

#### b) Opposabilité

**520.** Le crédit-bail bénéficie d'une publicité institutionnalisée en France comme au Québec. À la différence de la clause de réserve de propriété, la France a organisé, depuis

<sup>1566</sup> *Id.*, n° 405, p. 221.

<sup>1567</sup> *Id.*, n° 407, p. 222.

<sup>1568</sup> Pour la qualification de sûreté : Mario GIOVANOLI, *Le crédit-bail en Europe. Développement et nature juridique. Étude comparative avec référence particulière aux droits français, allemand, belge, italien et suisse*, Paris, Litec 1980, p. 483; C. GOYET, préc., note 1539, n° 413-416 et 419, p. 227-229; *Contra* : P. CROCQ, préc., note 1392, p. 335; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 403; D. LEGEAIS, préc., note 309, n° 734, p. 518, lui préférant la qualification de garantie E.-M. BEY, « Le crédit-bail envisagé comme une sûreté », dans *L'évolution des sûretés*, Colloque de Deauville, 13 et 14 juin 1981, Paris, Revue de jurisprudence commerciale, 1982, p. 52; en ce sens, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 335.

1966, l'opposabilité du droit de propriété du crédit-bail<sup>1569</sup> en matière mobilière et, depuis 1955, en matière immobilière<sup>1570</sup>. La publicité mobilière prend la forme d'une inscription sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce<sup>1571</sup>. Cette publicité est envisagée de manière différente<sup>1572</sup> selon les tiers concernés. À l'égard des créanciers, le crédit-bailleur peut leur opposer son droit de propriété dès l'accomplissement des formalités ou à défaut, à condition de prouver la connaissance de son droit par les tiers<sup>1573</sup>. À l'égard d'un sous-acquéreur, l'article 2276 du Code civil français (ancien article 2279) paralyse l'effet de la publicité si le sous-acquéreur est entré de bonne foi en possession du bien<sup>1574</sup>. Ainsi, la Cour de cassation paralyse quelque peu l'efficacité du crédit-bail puisque le sous-acquéreur peut légitimement ignorer son existence<sup>1575</sup>.

**521.** Dans un contexte français de procédure collective, le crédit-bailleur qui a procédé à la publication de son droit pourra solliciter la restitution du bien<sup>1576</sup>. En cas de sauvegarde, de redressement et même de liquidation, le crédit preneur pourra lever l'option d'achat si la poursuite de l'activité le justifie et si le montant du paiement est inférieur à la valeur vénale du bien<sup>1577</sup>. Au Québec, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'assimile pas le crédit-bailleur à un créancier garanti, alors qu'elle le fait pour le vendeur à tempérament. Ainsi, le crédit-bailleur peut reprendre possession du bien même entre les mains d'un syndic de faillite, s'il a déposé une réclamation<sup>1578</sup>, mais il ne sera pas considéré comme titulaire d'une sûreté. Il ne pourra bénéficier du rang octroyé aux créanciers garantis s'il

<sup>1569</sup> Les articles 1 à 3 de la *Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail*, J.O. 3 juill. 1966, p. 5652, découlant de l'*Ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 relative aux opérations de crédit-bail et aux sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie (SICOMI)*, J.O. 29 sept. 1967, p. 9595; *Décret n° 72-665 du 4 juillet 1972 relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière et immobilière*, J.O. 14 juill. 1972, p. 7456.

<sup>1570</sup> C. monét. et fin., art. R. 313-12 et R. 313-13.

<sup>1571</sup> C. monét. et fin., art. L. 313-10, R. 313-4 et R. 313.5.

<sup>1572</sup> Cette publicité a été créée en vue de combattre l'apparence de solvabilité susceptible d'abuser les tiers traitant avec l'entreprise locataire : C. GOYET, préc., note 1539, p. 70, note 49.

<sup>1573</sup> C. monét. et fin., art. R. 313-10.

<sup>1574</sup> Com., 14 oct. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 257.

<sup>1575</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 335.

<sup>1576</sup> C. com., art. L. 624-10, issu de la *Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises*, J.O. 11 juin 1994, p. 8440.

<sup>1577</sup> C. com., art. L. 622-7 (II) al. 2 et L. 631-14, et en cas de liquidation, C. com., art. L. 641-3 al. 2.

<sup>1578</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 1530, p. 196-197; L.F.I., préc., note 54, art. 2 et 121.

venait à prendre part à la distribution des actifs du débiteur failli dans le cadre du prononcé d'une faillite. Il serait considéré comme un créancier ordinaire (ordre fixé selon l'art.136 L.F.I.).

**522.** En revanche, au regard de certaines dispositions du *Code civil du Québec*, le législateur québécois a envisagé le crédit-bail par certains aspects comme une sûreté<sup>1579</sup>. Il le soumet à l'inscription auprès du RDPRM<sup>1580</sup>. À défaut de publicité sur le registre, le crédit-bailleur est incapable d'opposer son droit de propriété aux tiers et notamment aux créanciers du crédit-preneur. Le crédit-bail non publié donne l'apparence que le bien appartient désormais au crédit-preneur et est en proie à la saisie de ses créanciers<sup>1581</sup>, ce qui marque une nette différence avec le droit positif français.

**523.** Au regard d'autres éléments juridiques on pourrait arguer du contraire et, *a priori*, distinguer le crédit-bail d'une sûreté. Ces éléments contraires seront soumis ici à une analyse critique.

Premièrement, le crédit-bail n'est pas assujéti aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires, ce qui peut être un argument permettant de lui refuser sa qualité de sûreté. Tout d'abord, cette donnée juridique peut paraître illogique à première vue puisque le législateur québécois a prévu l'assujétissement de la clause de réserve de propriété insérée dans les contrats de vente à tempérament aux règles des recours hypothécaires<sup>1582</sup>. Ensuite, cet argument n'est pas forcément pertinent puisqu'il signifierait que l'assujétissement aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires est un signe d'assimilation à la notion de sûreté. Or, précisément, les règles d'exercice des quatre recours hypothécaire ne sont pas appropriées eu égard au fonctionnement des techniques de propriété-sûreté. Il serait bon

---

<sup>1579</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1097 et 1098; Robert P. GODIN, « Le crédit-bail, articles 1842 à 1850 *Code civil du Québec* », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Québec, P.U.L., 1993, p. 679, à la page 696.

<sup>1580</sup> C.c.Q., art. 1847.

<sup>1581</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1098, à la note 4021.

<sup>1582</sup> A. GRENON, préc., note 1507.



alors de prévoir l'adaptation de ces règles fixées pour les priorités et hypothèques dans le cadre de la réalisation des propriétés-sûretés.

De surcroît, il convient de souligner que ce défaut d'assujettissement du crédit-bail aux règles précitées conduit à une incohérence juridique importante entre le droit provincial issu du *Code civil du Québec* et le droit fédéral issu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Le crédit-bailleur, tout comme le bailleur à long terme d'ailleurs, ne peut pas être assimilé à un créancier garanti au sens de la loi précitée sur la faillite. Le *Code civil du Québec* prévoit, quant à lui, l'opposabilité du crédit-bail aux tiers par la publication au RDPRM au même titre qu'une hypothèque ou une réserve de propriété. En revanche, la loi sur la faillite a refusé au crédit-bailleur son statut de créancier muni d'une sûreté à l'égard d'un syndic de faillite. Il serait souhaitable que le législateur clarifie cette situation et ce, dans un souci de sécurité du commerce juridique<sup>1583</sup>.

Deuxièmement, le crédit-bailleur peut demeurer propriétaire du bien si le crédit-preneur n'exerce pas sa faculté de rachat, et même après avoir reçu paiement de la contrepartie convenue. Cette possibilité pourrait aussi lui dénier la qualification de sûreté. Habituellement, la technique de propriété sûreté permet d'octroyer un droit réel temporaire au créancier qui prend fin après l'exécution de l'obligation principale. Or, précisément, le crédit-bail envisage l'utilisation de la propriété de manière originale comme une technique à la fois de financement d'un investissement et de sûreté du bien financé, ce qui explique sa distinction avec les autres techniques fiduciaires comme la clause de réserve de propriété insérée dans une vente à tempérament.

Troisièmement, dans le même ordre d'idées, il peut paraître étonnant que les tribunaux admettent la validité des clauses autorisant le crédit-bailleur en cas de défaut du débiteur à reprendre son bien et d'exiger, dans un même temps, le paiement complet de la créance. Ce point paraît distinguer le crédit-bail d'une sûreté. Or, afin de tempérer l'admission de telles

---

<sup>1583</sup> En ce sens, notamment A. GRENON, préc., note 1375, 320 et 321.

clauses, les tribunaux québécois acceptent toutefois de réduire les obligations monétaires du crédit-preneur une fois le bien repris par le crédit-bailleur au moyen des dispositions prévues en matière de prêt ou de contrat d'adhésion<sup>1584</sup>. Une adaptation judiciaire a été mise en place afin d'intégrer la spécificité de la technique de propriété-sûreté que représente le crédit-bail.

En conclusion, en dépit d'une mécanique originale croyant l'éloigner du concept de sûreté, le crédit-bail reste indéniablement un procédé de financement ayant pour finalité de garantir une obligation. Il présente certains signes forts d'assimilation à une sûreté mobilière lorsque l'on tient compte de sa finalité et de l'organisation de sa publicité. Il est vrai que les nuances opérées par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et le *Code civil du Québec* laissent croire qu'il devrait échapper aux règles élaborées et nécessaires au système de sûretés mobilières. Il n'en n'est rien. Certains correctifs devraient alors être apportés afin de lui assurer une publicité efficace en France et une reconnaissance dans un contexte québécois de faillite afin de lui reconnaître définitivement une nature profonde et fonctionnelle, comparable à celle d'une sûreté mobilière.

## B) Les fiducies-sûretés

**524.** Le droit français a longtemps été hostile à la fiducie<sup>1585</sup>. Le législateur français a commencé par créer la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly et

<sup>1584</sup> *Pacific National Leasing Corp. c. Domaine de l'Eden (1990) Inc.*, [1995] n° AZ-95031327 (C.Q.); *Location Tiffany Leasing Inc. c. 3088-6022 Québec Inc.*, [1998] n° AZ-98031277 (C.Q.); *Société générale Beaver Inc. c. Destefano*, [1996] n° AZ-96031253 (C.Q.).

<sup>1585</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 339. la fiducie-gestion (*fiducia cum amico*) qui permettait de transférer en pleine propriété à un tiers de confiance des biens qu'il devait gérer. La fiducie-transmission qui permettait de léguer un patrimoine à une personne déterminée, à charge pour elle de le remettre à un tiers. La fiducie-sûreté (*fiducia cum creditore*) par laquelle un débiteur transfère à titre de garantie à son créancier la propriété d'un ou plusieurs biens qui devaient lui être restitués en cas de remboursement de sa créance ou conserver par son créancier en cas de défaillance. Le droit romain connaissait ces trois formes mais elles n'ont pas été consacrées par le Code Napoléon.

d'autres applications particulières comme les contrats de garanties financières<sup>1586</sup> à travers des réglementations spéciales sans leur donner l'appellation de fiducie. Récemment, le législateur français conscient<sup>1587</sup>, d'une part, de son isolement par rapport aux autres droits étrangers ayant inséré le *trust* ou son équivalent civiliste<sup>1588</sup> et, d'autre part, en raison de la perte de sa compétitivité et de son attractivité économique<sup>1589</sup>, a consacré la fiducie de droit commun dans une loi du 19 février 2007. L'ordonnance du 30 janvier 2009 est venue préciser le régime de la fiducie-sûreté.

**525.** A l'instar du Professeur Dominique Legeais, ces interventions législatives annoncent une nouvelle ère : la fiducie sera utilisée de manière résiduelle par des initiés pour des opérations financières complexes notamment dans le cadre de la syndication bancaire<sup>1590</sup>. Elle pourrait aussi devenir la nouvelle « reine des sûretés », affaiblissant toutes

---

<sup>1586</sup> C. monét. et fin., art. L. 211-1; les opérations de pension, de prêts sur titre ou les couvertures sur les marchés réglementés (C. monét. et fin., art. L.211-27). Sans entrer dans les détails techniques de ces opérations financières, au demeurant complexes, ces garanties ont la particularité d'être d'une efficacité quasi-absolue puisque le transfert de propriété des valeurs est immédiat. Le prêteur est protégé en cas de défaillance de son débiteur et le plus souvent, l'application du droit des procédures collectives est écartée. Pour des détails, D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 521-528, notamment p. 522, 524 et 528. Les impératifs de rapidité et de sécurité juridique ont été avancés pour justifier la légalisation de ces pratiques financières créant, de toute pièce, un droit financier des sûretés *sui generis* : Dominique LEGEAIS, « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 365.

<sup>1587</sup> D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 530; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 344; Reinhard DAMMANN, « La fiducie achève de faire sa place dans le droit français », L.P.A. 2009.3.

<sup>1588</sup> Le Québec est un exemple cité par les auteurs au côté de l'Italie ou du Luxembourg : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 343.

<sup>1589</sup> Exemples frappants de sociétés françaises utilisant le *trust* américain ou anglais à défaut d'instrument juridique français : Peugeot SA, Alstom ou la Française des jeux : voir, *id.*, p. 344; propos rapportés des intervenants lors d'une matinée débats, dans *Lettres des juristes d'affaires*, Rev. Lamy Civil 2007.40.n° 2624, p. 61; Alain GOBIN, « Fiducies sans la fiducie », J.C.P. éd. N. 1994.I.315, n° 44 et 45; Au niveau européen, le développement du *trust* pose certaines difficultés d'harmonisation : Pierre CROCQ, « Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de propriétés-sûretés », dans *Mélanges Jean Foyer*, Paris, Economica, 2008, p. 253.

<sup>1590</sup> La possibilité de financements dit syndiqués dans lesquels un débiteur se trouve en face de plusieurs créanciers détenant chacun une quote-part de la créance est désormais possible selon l'article 2328-1 du C. civ. Ces créances sont gérées par un agent des sûretés, la banque chef de file du pool, qui réalise toutes les démarches nécessaires sur la base d'une délégation de l'ensemble des créances. Le recours à la fiducie permet de simplifier la transmission du bénéfice des sûretés en cas de cession par un membre du pool de sa participation au sein de celui-ci : Frédéric ROUSSEL, « Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sein du droit des sûretés », *Droit et patrimoine* 2008.176.28; Antoine BUREAU, « Le contrat de fiducie : étude de

les autres formes de sûretés traditionnelles<sup>1591</sup>. Toujours est-il que dans un double souci permanent d'efficacité du système national et même international des sûretés mobilières et de sécurité du commerce juridique, il serait indispensable de doter ces nouvelles formes de sûretés d'une publicité<sup>1592</sup> efficace par une inscription obligatoire au sein d'un registre national ou international des droits réels. C'est ce que nous proposerons notamment au moyen de la reconnaissance du principe de l'essence de l'opération.

**526.** Le droit québécois a manifesté un intérêt envers la fiducie-sûreté plus tôt dans le temps que le droit français en raison du développement de l'industrie canadienne au XIXe siècle. Le besoin de financement s'est fait ressentir dans le domaine des transports ferroviaire et routier, obligeant les entreprises à lancer des souscriptions de titres d'emprunts pour financer leurs activités commerciales<sup>1593</sup>. On peut en trouver les premières traces dans des lois dérogatoires au droit commun, en l'occurrence des lois privées de compagnies de chemins de fer<sup>1594</sup>. En 1914, la loi dérogatoire au *Code civil du Bas Canada* sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales<sup>1595</sup> permettait de constituer des sûretés sur des biens meubles, avec ou sans dépossession, pour garantir une émission d'obligations au profit d'une personne appelé « fidéicommissaire ». Ni le *Code civil du Bas Canada*, ni les tribunaux n'ont précisé les contours de cette fiducie naissance<sup>1596</sup>. La Cour suprême du

---

droit comparé, Allemagne, France, Luxembourg », Juripole de Lorraine, en ligne : <[http://www.juripole.fr/memoires/compare/Antoine\\_Bureau](http://www.juripole.fr/memoires/compare/Antoine_Bureau)> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>1591</sup> Ses avantages permettant d'affecter un bien ou groupe de biens, sans réelle dépossession, au sein d'un patrimoine distinct et sans publicité en font une sûreté dont la réalisation est infaillible; D. LEGEAI, préc., note 309, p. 510, 530 et 531 : « Compte tenu de ces avantages, la fiducie peut devenir la reine des sûretés. Aujourd'hui, on peut penser que la fiducie est le montage à privilégier pour les biens incorporels, créances et instruments financiers. »

<sup>1592</sup> En ce sens, D. LEGEAI, préc., note 309, p. 510.

<sup>1593</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 949.

<sup>1594</sup> *Id.*, p. 951 comme par exemple la *Loi consolidant les lois relatives à la Windsor Hotel Company of Montreal*, 62 Vict., c. 87 (R.-U.), notamment art. 9.

<sup>1595</sup> *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, 4 Geo. V, c. 51; Voir les développements de L. PAYETTE, préc., note 98, p. 952-955 : Avant la codification de 1866 et après celle-ci, c'est-à-dire sous le C.c.B.C., un régime d'emprunt obligataire était inspiré du modèle anglo-américain d'émission de « debentures » détenus par des porteurs représentés par un « trustee ».

<sup>1596</sup> On n'est pas véritablement en présence d'une fiducie-sûreté comme l'entend actuellement le C.c.Q., le fidéicommissaire se situe entre le créancier délégué et le mandataire, détenant des droits pour le bénéfice des obligataires. La loi ne prévoyait pas que les créanciers - bénéficiaires échappe au concours avec les autres

Canada a même refusé de la qualifier de fiducie de Common law et d'y voir un transfert de propriété des actifs en faveur du fiduciaire<sup>1597</sup>.

**527.** En 1994, le *Code civil du Québec* a fait de la fiducie une institution multiple, la fiducie-sûreté étant une de ses applications. Elle déplace le droit de propriété du constituant au profit du fiduciaire. Les créanciers du constituant ne peuvent plus invoquer le gage de droit commun et ils ne peuvent saisir ces biens. Le patrimoine fiduciaire est à l'abri des poursuites et du concours des créanciers du constituant. Le constituant perd son droit de propriété, donc le pouvoir d'hypothéquer à nouveau ses biens. La fiducie se démarque sur ce point de l'hypothèque puisque le constituant conserve la capacité d'hypothéquer à nouveau son bien. Le constituant-débiteur d'une fiducie bénéficie d'un droit de retour sur les biens transférés une fois les obligations garanties payées.

**528.** L'exemple du droit québécois est intéressant pour le droit français puisqu'il a déjà intégré, sans le nommer, le principe de l'essence de l'opération en l'appliquant à la fiducie-sûreté. En effet, le *Code civil du Québec* prend en considération la finalité de l'opération de fiducie-sûreté. Il impose alors, pour rendre opposable aux tiers, la formalité de l'inscription au registre des droits réels mobiliers et la soumet aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires. Toutefois, avant d'examiner la fiducie-sûreté de droit commun sous l'angle de l'analyse comparée France-Québec (3), il est important d'aborder certaines formes particulières françaises de fiducies-sûreté dites innommées<sup>1598</sup> qui connaissent un franc succès en France, comme la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly (1) qui semblent encore possibles en droit français en vertu de lois spéciales et le gage-espèces (2) dont l'avenir peut paraître compromis avec l'arrivée de la fiducie-sûreté de droit commun.

---

créanciers de l'emprunteur : L. PAYETTE, préc., note 98, p. 954 et 955. Selon cet auteur cette loi créait « un mini régime de sûreté adapté au financement obligataire ».

<sup>1597</sup> *Laliberté c. Larue*, préc., note 221; Marcel FARIBAUT, « De l'acte de fiducie », (1964) 66 *R. du N.* 387.

<sup>1598</sup> Il en existe d'autres fiducies dites innommées comme celles déjà mentionnées issues du droit financier; les garanties financières, les opérations de prêts sur titre ou de pension livrée : Hubert DE VAUPLANE, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », J.C.P. éd. E. 2007.2051.

## 1) La cession de créances par bordereau Dailly

**529.** La cession de créances professionnelles à titre de sûreté est possible en France (appelée aussi « cession Dailly ») alors qu'au Québec, une telle cession serait requalifiée en hypothèque mobilière<sup>1599</sup>. La cession de créances professionnelles par bordereau Dailly<sup>1600</sup> est une pratique française appréciée dans la vie des affaires<sup>1601</sup> qui a été rendue légalement possible par la loi dite Dailly du 2 janvier 1981 (art. L. 313-23 et suiv. *Code monétaire et financier*). Cette opération juridique, empruntée au droit des obligations et simplifiée pour le besoin de financement des entreprises, permet à un entrepreneur d'identifier les créances, présentes ou futures, de ses propres clients, sur un bordereau, de le signer et de le transmettre à un établissement bancaire en contrepartie d'un prêt. Si elle est effectuée à titre de garantie et sans indication de prix, elle transfère à l'établissement la propriété des créances cédées (art. L. 313-24). Si l'entrepreneur rembourse son prêt, le banquier lui restitue les créances cédées<sup>1602</sup>. À l'inverse, en cas de défaillance de l'entrepreneur, la banque est autorisée à demeurer propriétaire des créances. Cette cession est opposable aux tiers, sans autres formalités, par la simple apposition de la date sur le bordereau et quelle que soit la date de naissance ou d'exigibilité des créances<sup>1603</sup>. Cette précision est importante puisque, en cas d'ouverture d'une procédure collective, la cession de créance par bordereau Dailly n'est pas affectée par la suspension des paiements<sup>1604</sup>. Seule la notification obligera

<sup>1599</sup> *Boisclair (Syndic)*, préc., note 896. Toutefois, en droit français la cession de créances à titre de garantie qui ne s'inscrit pas dans le cadre d'un texte légal spécial, comme celui concernant de la cession par bordereau Dailly, a été requalifiée en nantissement de créances : Com., 19 déc. 2006, J.C.P. éd. N 2007.15.1159, obs. Legeais; Même sens, Com., 26 mai 2010, *Gaz. Pal.* 2010.252.17, obs. Albiges. Franck AUCKENTALER, « Cession de créance en garantie : le serpent de mer se déchaîne », J.C.P éd. E. 40.2187. Ces auteurs font état de la discussion doctrinale autour de la cession de créance à titre de garantie; la fiducie-sûreté pourrait tempérer l'utilisation d'une telle cession.

<sup>1600</sup> Du nom du sénateur à l'origine de la loi.

<sup>1601</sup> D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 517, à la note 1.

<sup>1602</sup> Com., 22 nov. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 230.

<sup>1603</sup> C. monét. et fin., art. L. 313-27 al. 1.

<sup>1604</sup> En ce sens, Com., 7 déc. 2004, D. 2005.230, obs. C. Larroumet : le cessionnaire Dailly n'est pas tenu de déclarer sa créance pour demander le paiement auprès du débiteur cédé; Com., 26 avr. 2000, J.C.P. éd. E. 2000.1134, note Legeais. En revanche, une telle déclaration présente un intérêt pour le cessionnaire s'il n'est pas rempli de ses droits par le paiement effectué par le débiteur cédé et s'il souhaite obtenir paiement du montant restant dû par le cédant : Com., 20 oct. 2009, *R.D. bancaire et fin.* 2010.9, obs. Cerles.

le débiteur des créances cédées à se libérer entre les mains du cessionnaire<sup>1605</sup>.

L'avantage principal d'une telle cession est de permettre au créancier cessionnaire de bénéficier des droits sur la créance ainsi cédée et sur ses accessoires et d'en devenir pleinement propriétaire en cas de défaillance de son débiteur, à savoir le cédant. Le cessionnaire peut dès lors invoquer les sûretés garantissant la créance ainsi que les clauses de réserve de propriété qui lui sont éventuellement attachées.

**530.** La cession de créances à titre de sûreté par bordereau Dailly présente tout de même quelques inconvénients, comme son caractère occulte<sup>1606</sup> qui est peut être la cause de nombreux conflits possibles entre cessionnaires successifs<sup>1607</sup>, entre cessionnaire et réceptionnaire de fonds<sup>1608</sup> ou entre cessionnaire et vendeur initial invoquant une clause de réserve de propriété<sup>1609</sup>. Un autre inconvénient possible de cette cession est de rendre possible les « traites de cavaleries<sup>1610</sup> ». Ce système frauduleux connu permet à un cédant d'émettre des bordereaux sur des clients fictifs qui ne reposent sur aucune opération commerciale véritable afin d'obtenir du crédit de manière illicite. Ce cédant s'arrange pour disparaître ou se mettre en liquidation judiciaire empêchant ainsi le cessionnaire d'espérer recouvrer sa créance.

**531.** L'application du principe de la finalité de l'opération permettrait d'assimiler clairement la cession de créance par bordereau Dailly à une sûreté mobilière puisqu'il est évident que la finalité de cette opération est de permettre le paiement préférentiel au créancier en lui conférant un droit sur la valeur de créances cédées. La cession de créances professionnelles devrait être alors soumise à la formalité de la publicité obligatoire auprès

---

<sup>1605</sup> C. monét. et fin., art. L. 313-15, notification par écrit comportant certaines mentions obligatoires. A défaut de notification, le cédant conserve le pouvoir de recevoir le paiement de la créance cédée.

<sup>1606</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 339.

<sup>1607</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 592.

<sup>1608</sup> Un tiers, réceptionnaire, peut être mandaté pour recevoir les créances cédées. En cas de procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur.

<sup>1609</sup> Le vendeur initial qui a vendu avec une clause de réserve de propriété aura la priorité sur le cessionnaire : Com., 20 juin 1989, Banque 1989.760, *Bull. civ.* IV, n° 197, D. 1989.431, note Pérochon; Michel CABRILLAC, « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente », D. 1988.chr.225.

<sup>1610</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 593.

d'un registre national informatisé pour la rendre opposable aux tiers, ce qui présenterait l'avantage de dissiper les possibles conflits avec d'autres créanciers et permettrait une meilleure transparence lors de l'octroi de crédit aux entreprises. Ainsi, la sécurité juridique entourant les transactions commerciales s'en trouverait renforcée.

**532.** La pratique et les auteurs se sont interrogés afin de savoir si en dehors de la cession dite Dailly il est possible d'effectuer une cession de créances de droit commun. Après quelques espoirs donnés par les tribunaux au sujet de la cession de loyers effectués à titre de sûreté, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé d'admettre la cession de créances utilisée à titre de garantie de droit commun en la requalifiant de nantissement de créance<sup>1611</sup>. Ce refus s'explique vraisemblablement en raison de la promulgation récente de dispositions dans le Code civil portant sur la fiducie.

## 2) Le gage-espèces

**533.** Il convient de s'arrêter sur une autre technique française de fiducie-sûreté innommée, appelée gage-espèce, qui existe en dehors de celle de droit commun. Cette sûreté suscite de multiples interrogations en droit positif français qui pourraient se régler par l'avènement de la fiducie-sûreté de droit commun ou la reconnaissance pure et simple du principe de l'essence de l'opération qui aurait le mérite de la qualifier de sûreté mobilière et de la soumettre à un régime de publicité mobilière. Avant de proposer une nouvelle lecture du gage-espèces, il convient de revenir sur cette forme juridique particulière.

**534.** La question du gage sur des sommes d'argent est posée très clairement en droit positif français sous l'appellation de gage-espèces. Cette expression est une fausse appellation juridique qui recouvre plusieurs situations qui sont les unes aussi complexes

---

<sup>1611</sup> Com., 19 déc. 2006, *RTD civ.* 2007.160, note Crocq, Rép. Defrénois 2008.4.414, obs. Théry; Laurent AYNÈS, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir? », *Droit et patrimoine* 2007.158.28.



que les autres. Le droit positif québécois se pose quelques interrogations<sup>1612</sup> sur les conditions de validité d'un gage constitué sur des sommes d'argent<sup>1613</sup>. Mais la question du gage-espèces reste un épiphénomène qui est au demeurant traité sous l'angle des conditions de validité et d'opposabilité du gage sur créances déjà abordées<sup>1614</sup>. Nous nous limiterons à l'étude du droit français sur cette question qui pourrait aussi servir de grille d'analyse au droit québécois. Sans entrer dans les détails complexes du gage-espèces, il sera utile de brosser le portrait à grands traits de cette institution protéiforme afin de proposer quelques éléments de réponse.

**535.** L'argent, chose à la fois fongible et consommable, peut servir d'instrument de garantie<sup>1615</sup> dans la vie courante (dépôt de garantie, dépôt de loyer en garantie) et dans la pratique bancaire (compte bloqué, compte de garantie, provision). L'expression utilisée en droit positif français « gage-espèces » recouvre ces diverses situations et vise en réalité une sûreté sur une somme d'argent qui peut être représentée par de la monnaie métallique ou par de la monnaie scripturale (un compte bloqué ou en cours de fonctionnement). Le gage espèces ou les sûretés portant sur la monnaie n'ont pas fait l'objet d'une clarification par l'Ordonnance du 23 mars 2006, ni même par celle intervenant en matière de fiducie-sûreté. La Commission Grimaldi avait pourtant prévu une section sur le nantissement de monnaie scripturale qui n'a pas été retenue<sup>1616</sup> prévoyant un régime souple et simplifié. La réforme

<sup>1612</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, n° 950-953, p. 470-473.

<sup>1613</sup> *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97. Dans cette affaire déjà détaillée, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont admis la validité et l'opposabilité d'un gage dont l'assiette représentait des sommes déposées aux termes d'une convention d'épargne. Les faits concernaient une période antérieure aux modifications des dispositions, notamment 2702, du C.c.Q. à la suite de l'adoption de la L.T.V.M. *Contra (obiter)* : l'Honorable Marie Deschamps a refusé de qualifier l'argent de bien corporel (par. 118 et 199). Voir développements précédents, C) *La Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiaires*, p. 110.

<sup>1614</sup> Admission du gage sur des sommes d'argent déposées sur un compte en fiducie d'un avocat ou ayant fait l'objet d'une consignation auprès d'un greffe : *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, préc., note 100, par. 28 et 31; *9052-5494 Québec inc. (Proposition)*, préc., note 100, par. 25, 26 et 35 (*obiter*).

<sup>1615</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 564.

<sup>1616</sup> Hervé SYNDET, « Le nantissement des meubles incorporels », *Droit et patrimoine* 2005.140.64, 71.

est loin d'avoir clarifié le droit, bien au contraire, elle multiplie les sources d'interrogations<sup>1617</sup>.

**536.** Il faut rapidement comprendre que la remise d'une somme d'argent pose d'emblée un problème de qualification : constitue-t-elle un gage, un nantissement de bien incorporel ou une forme de propriété sûreté<sup>1618</sup> ? L'assiette de cette sûreté particulière, la monnaie, quelle soit fiduciaire (une somme d'argent, le solde d'un compte ou une somme bloquée sur un compte) ou scripturale (un chèque ou un virement) pose le problème de sa qualification donc de son régime. Le débat de qualification s'ordonne autour du caractère corporel ou incorporel de la monnaie fiduciaire et de la monnaie scripturale. La doctrine majoritaire semble convaincue du caractère corporel de la monnaie fiduciaire même si nous sommes d'avis qu'il ne semble pas être la meilleure des réponses. Concernant la monnaie scripturale, la doctrine majoritaire la considère comme un bien incorporel. Un auteur, minoritaire, le professeur Martin, fait état d'une théorie en faveur de la reconnaissance de sa corporalité<sup>1619</sup>. Ces interrogations ont des conséquences directes sur le choix de la sûreté d'autant que les rédacteurs du Code civil ont fait pris le parti, inapproprié selon nous, de distinguer les sûretés en fonction de la nature juridique de l'assiette de la sûreté. Le gage porte sur un bien corporel, le nantissement sur un bien incorporel. Cependant les rédacteurs n'ont pas été jusqu'au bout de cette logique puisque seul le régime du nantissement de créance de droit commun a été prévu. Les autres biens incorporels sont tout simplement renvoyés au régime du gage de biens corporels selon l'article 2355 *in fine*.

---

<sup>1617</sup> Dominique LEGEAIS, « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Droit et patrimoine* 2007.162.70.; Stéphane TORCK, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *R.D. bancaire et bourse* 2008.2.1.

<sup>1618</sup> Michel CABRILLAC, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », dans *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris, Joly-Litec, 1991, p. 333; Stéphan ALAMOWITCH, « Le gage-espèces », *L.P.A.* 1994.4; François LEDUC, « Le gage translatif de propriété, mythe ou réalité? », *RTD civ.* 1995.307; S. TORCK, préc., note 1617; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 436; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 532-535.

<sup>1619</sup> D. R. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », préc., note 684; D. R. MARTIN, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », préc., note 878.

**537.** Plusieurs options s'offrent au gage-espèce : la sûreté peut être considérée comme un gage portant sur un bien corporel, un nantissement de compte, un nantissement de créances et elle peut aussi relever de la fiducie-sûreté créée par la loi du 19 février 2007, modifiée depuis lors<sup>1620</sup>.

**538.** Lorsque la garantie porte sur la monnaie fiduciaire, elle est considérée comme un gage de meuble corporel. Le constituant, en remettant les espèces, se dépossède et un écrit doit être établi. Un problème peut surgir lorsqu'en vertu de l'article 2341 du Code civil, le créancier devient propriétaire si les parties l'ont expressément dispensé de tenir les espèces séparées. Ce gage-espèces est en réalité par son mode de réalisation une propriété-sûreté<sup>1621</sup>. Il emporte transfert de propriété au profit du créancier. Il s'apparente à la technique de fiducie-sûreté. Toutefois, il reste original<sup>1622</sup> en se distinguant du mécanisme de fiducie-sûreté prévu par le droit commun qui met en place une relation triangulaire (constituant-fiduciaire-bénéficiaire) et crée un patrimoine d'affectation. Une qualification unique de propriété-sûreté par l'application du principe de l'essence de l'opération lui permettrait de clarifier son régime juridique en la soumettant aux formalités de publicité institutionnalisée.

Lorsque la garantie porte sur le solde d'un compte bancaire ou un compte bloqué, bien incorporel<sup>1623</sup>, les incertitudes sont grandissantes puisqu'il s'agit de la qualifier de gage ou de nantissement.

**539.** En l'état actuel, le droit commun - à l'inverse du droit spécial avec le nantissement de compte-titres - ne prévoit pas spécifiquement de régime pour une sûreté

<sup>1620</sup> Pour une analyse de toutes ces options : S. TORCK, préc., note 1617.

<sup>1621</sup> Dans ce sens, F. LEDUC, préc., note 1618; Sarah BROS, « Le gage-espèces », *Droit et patrimoine* 2007.161.77; *Contra* : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 566 : selon ces auteurs, il resterait un gage puisque le transfert ne serait pas de l'essence de l'opération mais résulterait de la nature de l'objet de la convention.

<sup>1622</sup> S. BROS, préc., note 1621.

<sup>1623</sup> La monnaie scripturale, du fait de son passage de fiduciaire à écriture, devient un bien incorporel : Remy LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1992; *Contra* : D. R. Martin, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », préc., note 684.

portant sur de la monnaie scripturale, sauf à considérer qu'il s'agit d'une créance<sup>1624</sup>. Bien plus, l'article 2355, al. 4 *in fine* du Code civil prévoit d'appliquer, par défaut, le régime du gage de biens corporels... Ainsi, la dépossession s'effectuera par inscription au crédit du compte du créancier des sommes remises par le constituant. La réalisation rapide<sup>1625</sup> sera possible par attribution judiciaire ou au moyen d'un pacte comissoire, aujourd'hui possible en droit français depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 en vertu de l'article 2348 du Code civil. Le créancier pourra ainsi conserver les sommes remises à la date d'échéance en cas de défaut de son débiteur. Toutefois, en cas de procédure collective, ce pacte comissoire sera précisément sans efficacité<sup>1626</sup>.

**540.** En tout état de cause, les incertitudes de la qualification ne posent pas de difficultés sur les conditions de formation et d'opposabilité puisque, depuis l'ordonnance de 2006, les règles sont sensiblement les mêmes pour le nantissement ou le gage<sup>1627</sup>.

Toutefois, une incertitude demeure, celle concernant la portée de l'opposabilité du gage-espèce aux tiers puisqu'aucune publicité réelle et efficace n'est prévue quelle que soit la qualification retenue (nantissement, gage, fiducie-sûreté). L'application du principe de l'essence de l'opération aurait le mérite de donner une qualification unitaire de sûreté mobilière pour une sûreté qui vise de multiples situations. Cette conception unitaire permettrait d'appréhender le droit sur la valeur conféré dans l'unique but de garantir le paiement d'une obligation. Toutes les formes de sûretés portant sur des sommes d'argent devraient être assujetties à la formalité de publicité auprès d'un registre mobilier national,

<sup>1624</sup> Une notification devrait dans ce cas être faite au débiteur pour lui rendre opposable le nantissement ou une intervention de celui-ci à l'acte sera nécessaire selon l'article 2362 du C. civ.

<sup>1625</sup> La vente, première mode possible de réalisation du gage, sera impraticable : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 567.

<sup>1626</sup> C. com., art. L. 622-7 al. 1 *in fine*, entérinant la jurisprudence antérieure, Com., 29 mars 1989, pourvoi n° 87-13.499, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007084596&fastReqId=2024222270&fastPos=1> (site consulté le 4 mai 2012); F. MARTIN et B. GÉRARD-GODARD, « Le pacte comissoire », préc., note 279; Delphine BAZIN-BEUST, « Une analyse du pacte comissoire...ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs? », L.P.A. 2011.99.50; l'attribution judiciaire suit le même sort en période de procédure collective et elle ne peut même pas être utilisée, semble-t-il, lors d'une liquidation judiciaire (C.com. art. L.622-7-I al.3 et renvoi à art.L.641-3).

<sup>1627</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 534.

ce qui aurait le mérite d'éviter tout conflit entre créanciers successifs et surtout d'assurer une sécurité juridique du commerce et une bonne utilisation du crédit.

### 3) La fiducie-sûreté de droit commun

**541.** Nous décrivons successivement la fiducie-sûreté telle qu'elle est envisagée en France et au Québec, sa nature singulière (a) et ses modalités (b). Les ressemblances et les différences conceptuelles en droit français et en droit québécois concernant cette catégorie de sûreté mobilière seront évoquées et nous nous permettrons de faire certaines propositions.

#### a) Une nature singulière

**542.** La France a finalement, après avoir montré une certaine hostilité<sup>1628</sup> et opéré cinq retouches législatives<sup>1629</sup>, consacré la fiducie<sup>1630</sup> et notamment la fiducie-sûreté<sup>1631</sup>. La

---

<sup>1628</sup> Voir les détails de M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 342-344, pour les principales raisons juridiques et financières: en vertu des principes d'unicité et d'indivisibilité du patrimoine, chers à C. AUBRY et C. F. RAU, préc., note 722, n° 573; pour éviter le contournement du droit successoral et des libéralités, pour la fiducie transmission; en raison de la prohibition du pacte commissoire pour la fiducie-sûreté et du risque de blanchiment d'argent et d'évasion fiscale pour la fiducie-gestion; en raison d'une méfiance à l'égard du Trust (institution utilisée dans les pays anglo-saxons, marquée par l'empreinte de la common-law résolument éloignée de la tradition civiliste française); D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 529 et 530. Ces réactions hostiles ont portées aussi sur la proposition de loi déposée par le sénateur Philippe Marini qui a essuyé de multiples critiques. A ce sujet, anecdote racontée par R. DAMMANN, préc., note 1587, n° 62, lors d'un entretien aux *Petites affiches* :

Le plus étonnant, c'est que la fiducie est une invention française qui a été exportée en Angleterre par Guillaume Le Conquérant. Elle servait à l'époque à gérer les biens des chevaliers qui partaient en croisade. Et puis, à la Révolution, on a défendu une vision de la propriété qui ne s'accordait plus avec le caractère divisible de la fiducie telle que conçue par la féodalité.

<sup>1629</sup> Le régime général commun à la fiducie gestion et sûreté a été inséré par la *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, préc., note 1430, puis par la *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, J.O. 5 août 2008, p. 12471, et aux articles 2011 à 2030 C. civ. Puis un régime propre à la fiducie-sûreté mobilière (art. 2372-1-2372-5 C. civ.) et immobilière (art. 2488-1-2488-5 C. civ.) instauré par *Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, préc., note 1430, et une *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, préc., note 1430. Selon D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 528 et 529 : « L'avènement de la fiducie-sûreté s'est opéré dans la douleur », « dans la précipitation et sans vision d'ensemble ».

<sup>1630</sup> C. civ., art. 2372-1 : « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030. »

fiducie à la française, comme elle est souvent présentée<sup>1632</sup> se distingue notamment du trust anglo-saxon<sup>1633</sup>, puisqu'elle réalise un véritable transfert de propriété au profit du bénéficiaire<sup>1634</sup>. La fiducie-sûreté est en fait une application possible du concept de fiducie, comme cela est aussi le cas en droit québécois<sup>1635</sup>. Elle se distingue radicalement du gage, du nantissement ou de l'hypothèque mobilière québécoise puisqu'il ne s'agit pas d'un droit réel accessoire pris sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation<sup>1636</sup>. Il s'agit plus exactement d'utiliser la propriété des biens ou des droits en garantie d'une obligation.

**543.** Certains auteurs français désignent la fiducie-sûreté comme un droit de propriété provisoire et incomplet<sup>1637</sup>. A l'instar du professeur Legeais<sup>1638</sup>, il s'agit d'une

C. civ., art. 2011 :

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituant transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droit ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

<sup>1631</sup> La *Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, préc., note 1430, insuffisante sur le caractère accessoire de la fiducie, la réalisation et l'articulation avec le droit des procédures collectives, a été complétée par l'*Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, préc., note 1430 et la *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, préc., note 1430. Désormais, la fiducie-sûreté portant sur des biens meubles comporte un régime détaillé aux articles 2372-1-2372-5 C. civ.

<sup>1632</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 346; Stéphane PRIGENT, « Deuxième pas en fiducie », A.J.D.I. 2009.421; Rémy LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine ... », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 303, à la page 323 : selon cet auteur, le mécanisme apparent de la double mutation naturalise la fiducie et la distingue de celle générique des pays voisins.

<sup>1633</sup> Le trust opère une dissociation de la propriété entre legal ownership et equitable ownership, entre common law et equity, inconnue au droit français : Laurent KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », D. 2009.1845, n° 3; R. LIBCHABER, préc., note 1632, à la page 316; Denis TALLON, « Trust », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1487; F. BARRIÈRE, préc., note 1166.

<sup>1634</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 1281, p. 346.

<sup>1635</sup> Application de la fiducie aux fins « d'utilité privée » prévue aux articles 1268 et 1269 C.c.Q.

<sup>1636</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 965.

<sup>1637</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 368, ou « altéré », p. 345-346, aux notes 1 et 4. Discussion sur l'existence d'un droit réel ou non du bénéficiaire; voir Camille DE LAJARTE, « La nature juridique des droits du bénéficiaires d'un contrat de fiducie », Rev. Lamy Civil 2009.60.71; opinion minoritaire : Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », Rép. Defrénois 2007.15.1094 (1<sup>re</sup> partie) : cet auteur ne l'analyse pas comme un transfert de propriété mais plutôt comme la constitution d'un droit réel sur le bien d'autrui et y voit un droit réel innommé, finalisé et singulier; Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », Rép. Defrénois 2007.17.1194 (2<sup>e</sup> partie); R. LIBCHABER, préc., note 1632, aux pages 322 et 323; le droit fiscal opère une dissociation entre la propriété juridique et la propriété économique du constituant, seule cette dernière est imposée : S. PRIGENT, préc., note 1632; distinction opérée à l'origine dans le projet de loi du

propriété différente car le fiduciaire ne jouit pas de tous les attributs de la propriété ordinaire, seulement ceux nécessaires à sa finalité. Pour reprendre un auteur sur ce sujet, « la propriété n'est plus alors une fin en soi et sa finalité s'en trouve modifiée<sup>1639</sup> ». Pour mieux comprendre le mécanisme de la fiducie-sûreté, le professeur Legeais parle de double transfert du bien; l'un, au profit du patrimoine fiduciaire et l'autre, au profit du bénéficiaire lors du dénouement<sup>1640</sup>. La propriété transmise serait alors une propriété « affectée<sup>1641</sup> ». Ni perpétuelle, ni absolue, cette propriété fiduciaire est limitée dans sa durée (99 ans) et confère des pouvoirs limités. Néanmoins, elle reste exclusive comme l'est la propriété ordinaire prévue à l'article 544 du Code civil français<sup>1642</sup>. La propriété fiduciaire opère une dissociation du titre de propriété et des prérogatives qu'elle confère.

**544.** Plusieurs auteurs se sont interrogés sur la qualification du droit réel dont disposerait le fiduciaire et celui du bénéficiaire<sup>1643</sup>. Cette question est complexe puisque la mécanique offerte par la propriété fiduciaire s'oppose à la vision classique et matérialiste de la propriété retenue par le Code civil français<sup>1644</sup>. En tout état de cause, la fiducie-sûreté

---

sénateur Philippe MARINI, *Rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises*, rapport n° 442, 27 mai 2009, p. 78 et suiv., sous art. 6 sexies B (nouveau), en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/108-442/108-4421.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>1638</sup> D. LEGEAI, préc., note 309, p. 536.

<sup>1639</sup> F. ROUSSEL, préc., note 1590.

<sup>1640</sup> D. LEGEAI, préc., note 309, p. 532. Dans le même sens, L. KACZMAREK, préc., note 1633, n° 5.

<sup>1641</sup> Pascal PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *Droit et patrimoine* 2008.171.68, 76; F. ZENATI et T. REVET, préc., note 816, n° 263.

<sup>1642</sup> L. KACZMAREK, préc., note 1633, n° 11; François BARRIÈRE, Entretien, Journée Université Panthéon Assas 2007, *Rev. Dr. Aff.* 2007.29, 37; François BARRIÈRE, « La fiducie ou le réveil chaotique de la Belle au bois dormant », *Ateliers de droit civil du CRDPCQ, La fiducie en droit civil 2008-2009*, Université McGill, 12 septembre 2008, en ligne : <<http://francais.mcgill.ca/centre-crepeau/activities/civillawworkshops/previous/trusts/>> (site consulté le 4 mai 2012).

<sup>1643</sup> Discussion sur l'existence d'un droit réel ou non du bénéficiaire : voir C. DE LAJARTE, préc., note 1637. Autre opinion minoritaire : R. LIBCHABER, préc., note 1632, à la page 322; R. LIBCHABER, préc., note 1167, selon cet auteur, l'institution nouvelle aurait pour effet de corrompre le droit civil des biens; R. LIBCHABER, préc., note 1632, à la page 322; R. LIBCHABER, préc., note 1637, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> partie; le droit fiscal opère une dissociation entre la propriété juridique et la propriété économique du constituant, seule cette dernière est imposée : S. PRIGENT, préc., note 1632; distinction opérée à l'origine dans le projet de loi du sénateur Philippe Marini.

<sup>1644</sup> Sylvain RAVENNE, *Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris-Dauphine, 2007, n° 304; L. KACZMAREK, préc., note 1633, n° 11 et 156. Cet auteur qualifie cette propriété fiduciaire comme imparfaite ou éphémère.

opère d'un point de vue juridique et comptable<sup>1645</sup>, un transfert immédiat de la propriété du constituant au profit du fiduciaire et à terme au profit du bénéficiaire. Le constituant conserve la propriété dite économique. Le fiduciaire est une sorte de mandataire<sup>1646</sup>, d'administrateur du bien d'autrui. Toutefois, le bénéficiaire ne dispose qu'une vocation future à devenir pleinement propriétaire à l'issue du contrat de fiducie<sup>1647</sup>. La propriété fiduciaire est une propriété fonctionnelle. Elle offre une nouvelle vision pragmatique et un tantinet déroutante au regard de la conception traditionnelle de la propriété retenue par le Code civil français.

**545.** On peut d'ores et déjà souligner une première différence conceptuelle entre le droit français et le droit québécois. L'analyse de la fiducie proposée par le droit au Québec est singulière et d'une certaine manière décomplexée<sup>1648</sup> : ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'ont de droit réel selon l'article 1261 du *Code civil du Québec*. Le *Code civil du Québec* est plus clair sur la qualification des droits réels que le Code français qui laisse le soin de l'analyse juridique à la doctrine. Au Québec, le constituant se dessaisit de ces biens au profit du fiduciaire qui en devient le maître exclusif selon l'article 1278 dudit Code. Il en a la maîtrise exclusive sans en être pour autant le propriétaire<sup>1649</sup>. Les biens du débiteur constituant sont affectés à la sûreté, sortent de son patrimoine et ne font plus partie du gage commun de ses créanciers. Le constituant doit s'en dessaisir. En cas de non-paiement de l'obligation garantie, le créancier bénéficiaire donne des instructions au fiduciaire; ce dernier en qualité d'administrateur du bien d'autrui, peut les vendre et en attribuer le produit de la vente au créancier ou bien il peut attribuer au créancier la propriété

<sup>1645</sup> *Règlement du Comité de la réglementation comptable*, annexe 1/b.

<sup>1646</sup> R. LIBCHABER, préc., note 1637, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> partie.

<sup>1647</sup> C. DE LAJARTE, préc., note 1637, n<sup>o</sup> 34 et 45; S. RAVENNE, préc., note 1644, n<sup>o</sup> 409. *Contra* : Projet de loi, ajout de l'alinéa 2 de l'article 2011 du Code civil français : « Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaire selon les stipulations de contrat de fiducie. » Blandine MALLET-BRICOUT, « La fiduciaire propriétaire », J.C.P. éd. E. 2010.8.1191 : Compte tenu de la lecture globale des dispositions concernant la fiducie-sûreté (notamment art. 2018-2, 2023 et 2025 C. civ.), le fiduciaire serait un propriétaire d'un genre nouveau puisque ses prérogatives pourraient être limitées par celles du constituant. Le constituant aurait un droit direct sur les actifs du patrimoine fiduciaire; Pour les raisons d'une telle dissociation : François-Xavier LUCAS, « La fiducie au pays de l'Or noir », *Bulletin Joly Sociétés* 2009.825.

<sup>1648</sup> Par rapport à une vision classique de la propriété telle conçue dans le Code civil Napoléon.

<sup>1649</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 944 et 945.



des biens<sup>1650</sup>. La vision québécoise de la propriété fiduciaire pourrait s'apparenter à la doctrine allemande du « patrimoine à but » évoquée par le professeur Rémy Libchaber<sup>1651</sup>.

**546.** Toutefois, et en dépit des controverses possibles liées à la nature fiduciaire en France et dans une moindre mesure au Québec, la fiducie-sûreté permet avant tout de constituer un patrimoine autonome et distinct<sup>1652</sup>. Elle offre l'avantage de mettre à l'abri le bénéficiaire de tout concours avec d'autres créanciers éventuels du constituant<sup>1653</sup>. En tout état de cause, le créancier bénéficiaire détient un droit sur la valeur des biens affectés<sup>1654</sup> en vertu d'un contrat de fiducie, tout comme le créancier gagiste, nanti ou hypothécaire.

**547.** D'autres points de comparaison entre le droit français et québécois doivent être aussi évoqués concernant l'assiette, la publicité et la réalisation de la fiducie-sûreté pour comprendre le caractère fonctionnel du concept de fiducie-sûreté.

---

<sup>1650</sup> Au regard du droit des biens, elle s'affranchit de la notion traditionnelle de la propriété. Au regard du droit des sûretés, elle assimile le fiduciaire à un créancier hypothécaire; il devra respecter les règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires décrites dans le Livre IV C.c.Q.

<sup>1651</sup> R. LIBCHABER, préc., note 1632, à la page 318. Pour une étude approfondie de cette théorie : Florence BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain. Étude juridique*, thèse de doctorat, Paris I, 1997; F. BARRIÈRE, préc., note 1166, p. 235.

<sup>1652</sup> C. civ., art. 2011; D. LEGEAIS, préc., note 309, n° 770, p. 536; François BARRIÈRE, « La fiducie-sûreté », J.C.P. éd. E. 2009.1808; C.c.Q., art. 1261; L. PAYETTE, préc., note 98, p. 947. Toutefois, l'article 2025 al. 2 du Code civil permet la perméabilité des patrimoines puisque le créancier pourrait toujours disposer du patrimoine du constituant à titre subsidiaire en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire. Cette exception à la séparation entre le patrimoine du constituant et le patrimoine d'affectation, clef de voute de la fiducie, est étonnante même si l'article 2025 al. 3 *in fine* prévoit que cette subsidiarité ne peut être écartée qu'en cas d'accord exprès du créancier. En pratique, elle sera probablement utilisée par les créanciers soucieux de se prémunir contre la défaillance du fiduciaire : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 360-362; Christian LARROUMET, « La loi du 19 février 2007. Propos critiques », D. 2007.doss.1350.

<sup>1653</sup> Les créanciers hypothécaires antérieurs pourront invoquer leur droit de suite sur les biens compris dans le patrimoine du bénéficiaire à condition d'avoir inscrit un avis de conservation en vertu de l'article 2700 C.c.Q.; *Caisse populaire St Zacharie c. J.G. Allen Industries Inc.*, [1997] R.J.Q. 1366 (C.S.), [2000] R.J.Q. 58 (C.A.).

<sup>1654</sup> En cas de sûretés dite syndiquées : il peut même détenir une quote-part de la créance en présence de plusieurs créanciers, F. ROUSSEL, préc., note 1590.

## b) Ses modalités

**548.** Le Code civil français permet la fiducie avec et sans dépossession. Au Québec, la fiducie est prévue uniquement avec dessaisissement. Le Code civil français permet au constituant débiteur de conserver l'usage ou la jouissance des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire par la mise en place d'une convention de mise à disposition (art. 2018-1 dudit code). Cette forme de fiducie sans dépossession pose un inconvénient en cas d'ouverture de procédure collective. En effet, les droits du créancier bénéficiaire seront paralysés<sup>1655</sup> afin de ne pas compromettre le sauvetage de l'entreprise<sup>1656</sup>, précisément du fait de l'existence de cette convention<sup>1657</sup>. En revanche, en cas de liquidation ou de plan de cession, la fiducie produit ses effets (art. L. 642-7 *Code de commerce*).

**549.** Au Québec, une seule forme de fiducie-sûreté est prévue, celle avec dessaisissement; le constituant perd son droit de propriété, la fiducie le dessaisit (art. 1265 C.c.Q). Il lui est donc impossible d'exercer des droits dont il ne dispose plus<sup>1658</sup>. La jurisprudence et la doctrine québécoises voient dans la détention des biens par le fiduciaire un élément déterminant de l'existence de la fiducie<sup>1659</sup>. Le fiduciaire doit exercer la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire selon l'article 1278<sup>1660</sup> du C.c.Q.

<sup>1655</sup> D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 541; P. PÉTEL, préc., note 52, n° 41-48.

<sup>1656</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 377.

<sup>1657</sup> C. com., art. L. 622-23 (I) et L. 624-16 al. 1 : Les biens sont présumés être utiles à la poursuite de l'activité de l'entreprise ainsi aucune cession ni aucun transfert des biens ou des droits ne peuvent intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du fait de la procédure collective; *Id.*, n° 2537, 2599 et 2601, p. 677, 690 et 692; D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 542. En cas de fiducie sans dépossession, la procédure collective n'affecte pas ses effets le créancier peut se faire attribuer définitivement la propriété des biens mis en fiducie. P. PÉTEL, préc., note 52, n° 41-48.

<sup>1658</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 960. En France, il n'y a pas de véritable étanchéité entre le patrimoine du constituant et le patrimoine fiduciaire puisque les créanciers fiduciaire ceux dont la créance est née à l'occasion de la gestion de la fiducie peuvent se retourner contre le constituant en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire selon l'article 2025 C. civ. Également, en cas de difficulté de recouvrement, le créancier peut se retourner contre le constituant sauf limitation dans le contrat de fiducie qui prévoit que le tout le passif sera à la charge du fiduciaire.

<sup>1659</sup> *Id.*, p. 960.

<sup>1660</sup> *Id.*, p. 961, à la note 3633.

**550.** Autre différence, la fiducie-sûreté sur des biens présents et futurs n'est pas prévue par le *Code civil du Québec* et semble difficilement concevable<sup>1661</sup>. Compte tenu du dessaisissement des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire, il paraît malaisé<sup>1662</sup> pour une entreprise, par exemple, de se dessaisir de ses biens présents et à venir. Avec quelle ressource pourra-t-elle générer de nouveau bien<sup>1663</sup> ? Cela pourrait signifier qu'elle effectuerait une cession d'entreprise.

**551.** Concernant un autre élément déterminant, celui de la publicité de la fiducie-sûreté portant sur des biens meubles, le Québec et la France n'ont pas abordé la question de la même manière. En France, seul l'enregistrement de la fiducie-sûreté est prévu légalement par l'article 2020 du Code civil, à peine de nullité (2019), mais à des fins de lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme<sup>1664</sup>. Il s'agit plus d'un outil de contrôle des activités illicites qu'une mesure d'information destinée aux tiers<sup>1665</sup>. En réalité, les fiducies-sûretés mobilières<sup>1666</sup> restent occultes<sup>1667</sup>. Il est donc nécessaire de transformer le registre actuel à des fins d'opposabilité aux tiers<sup>1668</sup> et ce, pour assurer la sécurité du commerce juridique (afin d'éviter d'éventuels conflits entre créanciers). Le principe de l'essence de l'opération pourrait servir d'assise théorique pour justifier d'une telle approche qui consiste à qualifier la fiducie-sûreté de sûreté de nature

---

<sup>1661</sup> *Id.*, p. 997-999.

<sup>1662</sup> Voir, cependant, Roderick A. MACDONALD, « The Security Trust », dans *Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale*, Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec, 25 mai 1995, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, III, p. 1, aux pages 16 et suiv.

<sup>1663</sup> Question légitimement posée par L. PAYETTE, préc., note 98, p. 998.

<sup>1664</sup> *Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies »*, J.O. 4 mars 2010, p. 4442, art. 1.

<sup>1665</sup> Alain LIENHARD, « Registre national des fiducies : parution du décret. Trois ans après la loi du 19 février 2007, le décret d'application de l'article 2020 du Code civil est publié au Journal officiel du 4 mars 2010 », *Dalloz actualité*, 5 mars 2010.

<sup>1666</sup> Les fiducies sûretés immobilières bénéficient d'une publicité au registre foncier.

<sup>1667</sup> Les fiducies opérant cession de créances demeurent, elles aussi, occultes puisqu'elles sont opposables aux tiers à compter de la date du contrat de fiducie.

<sup>1668</sup> Vœux formulés par M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 371 et D. LEGEAIS, préc., note 309, p. 531 et 537; Reinhard DAMMANN et Gilles PODEUR, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution », D. 2007.1359, à la note 14; N. BORGA, préc., note 51, n° 13.

fonctionnelle<sup>1669</sup>. Cette idée n'est pas marginale puisqu'elle correspond à la réalité juridique et économique de l'opération de fiducie-sûreté. Les dernières lois françaises consacrant la fiducie-sûreté dans le livre IV ont admis clairement sa qualification en tant que sûreté. Il ne reste plus qu'un pas à faire à la France pour rendre le système des sûretés mobilières cohérent et efficace en prévoyant notamment une publicité institutionnalisée pour les fiducies-sûretés mobilières auprès d'un registre national ou européen<sup>1670</sup>. Les avantages qu'offre la fiducie-sûreté, à savoir une assiette large comprenant les biens présents et à venir, l'absence de dépossession possible des biens affectés dans le patrimoine fiduciaire, les facilités de réalisation, l'incidence réduite de la procédure collective sont des indices favorables à un tel avenir. En effet, la fiducie-sûreté sera un outil performant<sup>1671</sup> et privilégié<sup>1672</sup> pour les biens incorporels, créances et instruments financiers notamment dans un contexte de procédure collective<sup>1673</sup>. La fiducie-sûreté permet aussi de transférer un immeuble, des stocks, des titres, un fonds de commerce<sup>1674</sup> dans un patrimoine d'affectation à titre de garantie du remboursement d'un prêt<sup>1675</sup>. Une fois maîtrisée par les praticiens français, elle supplantera probablement toutes les autres sûretés, les rendant inutiles<sup>1676</sup> ou moins efficaces<sup>1677</sup>. C'est pourquoi il serait opportun de repenser le droit des

---

<sup>1669</sup> Cette approche fonctionnelle est encouragée par le Guide législatif de la CNUDCI : Jean-François RIFFARD, « L'apport du Guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés », *Banque et droit* 2004.1; Jean-François RIFFARD, « Les travaux de la CNUDCI en matière de sûretés », dans Yves PICOQ et Pierre CROCO, *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes. Actes du colloque, Perpignan, 9 et 10 juin 2006*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2006.

<sup>1670</sup> TRAVAUX DE LA BANQUE EUROPÉENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT, *Modern Law on Secured Transactions*, 2004, en ligne : <<http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012); D. LEGAIS, préc., note 309, p. 533 et 534.

<sup>1671</sup> R. DAMMANN et G. PODEUR, préc., note 1668.

<sup>1672</sup> Dans ce sens, D. LEGAIS, préc., note 309, p. 530 et 531. Le projet de loi de la commission Grimaldi prévoyait une telle publicité qui n'a pas été reprise par l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19.

<sup>1673</sup> R. DAMMANN, préc., note 1587 : « Si le fiduciaire n'a pas conclu un contrat de mise à disposition avec le constituant, par exemple si la fiducie porte sur une somme d'argent ou des instruments financiers, le bénéficiaire de la fiducie pourra la réaliser indépendamment de l'ouverture d'une procédure collective. »

<sup>1674</sup> La fiducie-sûreté ne sera soumise à aucune mesure de publicité ce qui est un avantage par rapport au nantissement de fonds de commerce.

<sup>1675</sup> R. DAMMANN, préc., note 1587.

<sup>1676</sup> Comme l'exemple allemand donné par D. LEGAIS, préc., note 309, p. 531; F. ROUSSEL, préc., note 1590, 31 : « L'étendue de la garantie conférée par la propriété sacrifie les intérêts des autres créanciers (ex. : les salariés) et est susceptible d'anéantir d'une seule opération le crédit du débiteur » sauf à instituer une publicité établissant le rang de chaque créancier; A. BUREAU, préc., note 1590 : le cas allemand démontre aussi que la survie de l'entreprise pourrait également être compromise du fait du recours excessif à la fiducie-sûreté.

sûretés mobilières et même à l'échelle internationale où le système hypothécaire<sup>1678</sup> tend à s'imposer et militer en faveur d'une vision d'ensemble<sup>1679</sup>.

**552.** À ce titre, le Québec offre un bon exemple de publicité des droits. Depuis les modifications apportées en 1998 à l'article 1263, le *Code civil du Québec* impose au créancier pour rendre opposable aux tiers la fiducie-sûreté de la publier au registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM). Toutefois, une faiblesse notable touche la fiducie-sûreté lors de sa publicité. La loi ne requiert pas d'inscription des transferts postérieurs de biens meubles qui viennent en augmentation du patrimoine fiduciaire déjà créé (art. 1293); cette modification de l'assiette du patrimoine ne sera, malheureusement<sup>1680</sup>, pas connu des tiers. Il serait donc utile de prévoir une publicité supplémentaire lors des transferts ultérieurs à la création de la fiducie-sûreté afin que les tiers aient connaissance d'une information complète du patrimoine fiduciaire d'une personne physique<sup>1681</sup> ou d'une personne morale.

**553.** Quant à la réalisation de la fiducie-sûreté, le Québec prévoit la soumission de la fiducie aux règles relatives à l'exercice des recours hypothécaires. En ce sens, le législateur, même s'il a affirmé le contraire en 1991<sup>1682</sup>, a appliqué *a priori* la présomption d'hypothèque en soumettant la fiducie-sûreté à la publicité des droits réels mobiliers et au régime d'exercice des droits hypothécaires. En réalité, on peut y voir plutôt l'application du principe de l'essence de l'opération puisque c'est davantage la finalité de la fiducie-sûreté

---

<sup>1677</sup> D. LEGEAI, préc., note 309, p. 355. Cet auteur souligne, avec justesse, qu'une confrontation aura lieu entre la fiducie-sûreté et les sûretés dites traditionnelles même si ces dernières viennent d'être modernisées par l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19. Selon ce dernier, « le trop grand nombre de sûretés reconnues par notre droit imposera des choix ».

<sup>1678</sup> D. LEGEAI, préc., note 309, p. 510. D. LEGEAI, « Rapport français », préc., note 1497; P. CROCQ, préc., note 1493, à la page 357; Reinhard DAMMANN et Mylène ROBINET, « Quel avenir pour les sûretés classiques faces à la fiducie-sûreté? », Cah. dr. entr. 2009.4.35.

<sup>1679</sup> M.-É. ANCEL, préc., note 15; D. LEGEAI, préc., note 309, p. 535.

<sup>1680</sup> Dans ce sens, L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1000-1002.

<sup>1681</sup> La fiducie-sûreté est possible en France pour les personnes physiques et aux avocats depuis la *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, préc., note 1430.

<sup>1682</sup> G. RÉMILLARD, préc., note 351.

qui a commandé l'application tant des règles de publicité hypothécaire que des règles communes de réalisation des sûretés.

Même si cette soumission aux règles d'exercice des droits hypothécaires est un bienfait<sup>1683</sup>, elle présente toutefois quelques faiblesses qu'il serait utile de corriger. L'article 1263 du *Code civil du Québec* assujettit le fiduciaire « aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires énoncés au livre des priorités et des hypothèques » sans précision supplémentaire et sans dispositions spéciales concernant l'exercice des quatre recours traditionnels par les fiduciaires en cas de défaut du constituant-débiteur<sup>1684</sup>. Les règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires doivent être nécessairement être appliquées avec des adaptations<sup>1685</sup> et notamment quant au choix du recours.

## Conclusion

**554.** Cette catégorie nouvelle<sup>1686</sup> de propriété fiduciaire que nous qualifions de sûreté fonctionnelle sied adéquatement avec notre vision actuelle du droit des sûretés mobilières. Le principe de l'essence de l'opération est donc déjà inscrit dans le Code civil français grâce à la fiducie-sûreté nommée comme il l'a été, d'ailleurs, quelque temps auparavant avec la cession de créances par bordereau Dailly<sup>1687</sup>. Or, quelle que soit la filiation de pensée juridique, la propriété fiduciaire est une réalité juridique française qui s'est assigné un seul but : immobiliser un ou des biens dans le but de constituer une sûreté.

<sup>1683</sup> Notamment dans un contexte de faillite, le fiduciaire est assimilé à un créancier garanti selon l'article 2 de la L.F.I., préc., note 54, modifiée par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, préc., note 1378, en raison de cet assujettissement; Sylvie BERTHOLD, « La fiducie: outil efficace de protection contre les créanciers dans un contexte d'insolvabilité? », (2005) 35 *R.G.D.* 553.

<sup>1684</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 1003.

<sup>1685</sup> Voir, pour une analyse détaillée des adaptations nécessaires, *id.*, p. 1005-1010. Même situation pour la vente à tempérament, *id.*, p. 1068 et suiv.

<sup>1686</sup> R. LIBCHABER, préc., note 1632.

<sup>1687</sup> La cession Dailly est un mécanisme qui a pour but de faciliter « la cession et le nantissement des créances actuelles et futures lorsqu'ils ont pour cause la garantie des crédits consentis par une banque à un professionnel dans l'exercice de sa profession » : Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2007. La finalité de l'opération justifiait la légalité du procédé.

La propriété est donc fonctionnelle puisque sa finalité est dévolue à la garantie de l'obligation.

**555.** Au Québec, dans le même esprit, la fiducie-sûreté - comme d'ailleurs la vente à tempérament et la vente à réméré<sup>1688</sup> - a été appréhendée comme une véritable sûreté compte tenu de la finalité de l'opération : celle de garantir l'exécution d'une obligation. On peut donc aussi voir une application du principe de l'essence de l'opération en droit québécois.

**556.** Nous avons vu l'utilisation de la propriété à titre de sûreté lorsqu'elle est réservée (clause de réserve de propriété) ou lorsqu'elle est cédée dans le cadre d'une aliénation fiduciaire (cession de créances par bordereau Dailly ou fiducie-sûreté). Nous allons voir comment la propriété peut être retenue au moyen d'une technique plus rudimentaire, celle du droit de rétention. Ce droit permet d'atteindre la même finalité qu'une sûreté traditionnelle : garantir le paiement d'une obligation en exerçant une pression sur le bien ainsi détenu.

### **Section III – Incidences sur la propriété retenue à titre de sûreté (le droit de rétention)**

**557.** Le droit de rétention se présente comme une autre technique de garantie en permettant au créancier de retenir un bien jusqu'au complet paiement de sa créance. C'est la détention du bien<sup>1689</sup> et non sa propriété qui sert d'assise à la sûreté. Au premier abord, le droit de rétention peut paraître simple dans sa technique comme dans sa compréhension. Toutefois, il n'est pas abordé aussi aisément par les textes législatifs en France et au

---

<sup>1688</sup> Même si certains juges de la Cour suprême du Canada s'en défendent : *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248 et *Lefebvre (Syndic)*; *Tremblay (Syndic)*, préc., note 11.

<sup>1689</sup> Nous verrons que cette détention peut être physique et même fictive. Le droit de rétention s'analyserait plutôt comme un pouvoir de fait sur un bien ou d'un pouvoir de blocage qui peut se transformer, lors d'un recours exercé par un autre créancier sur ce bien ou lors d'une liquidation judiciaire, en un droit sur la valeur du bien.

Québec. Il cache en réalité une nature plurale<sup>1690</sup> à laquelle plusieurs effets connus lui sont attachés comme l'inopposabilité aux tiers. Ainsi, le droit de rétention peut être utilisé comme une exception d'inexécution dans un rapport synallagmatique ou non<sup>1691</sup>, ou comme une sûreté plaçant ainsi le rétenteur dans une situation préférentielle<sup>1692</sup> voire même prioritaire<sup>1693</sup> par rapport aux créanciers de son débiteur. Ce n'est pas pour autant que le droit français le qualifie de sûreté alors qu'il en a en réalité les attributs et les effets. Quant au droit québécois, il peut le considérer, dans certains cas, comme une priorité mais qui ressemble, à bien des égards, à une sûreté conventionnelle puisqu'il comporte un droit de suite implicite<sup>1694</sup>. À ce titre, il devrait être soumis aux formalités de publicité pour contribuer à un régime des sûretés mobilières plus cohérent et donc plus efficace.

**558.** C'est précisément son utilisation à titre de sûreté qui nous intéresse ici, d'autant qu'elle suscite certaines controverses<sup>1695</sup> au regard des droits positifs français et québécois.

<sup>1690</sup> A. AYNÈS, préc., note 617. En France, il peut être compris comme une exception d'inexécution ou comme un privilège dit naturel puisque non prévu formellement par la loi ou comme un diminutif du gage. Au Québec, il se présente comme le prolongement de l'exception d'inexécution et peut constituer une priorité (ancien privilège).

<sup>1691</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, p. 190 et 191.

<sup>1692</sup> Le fait de retenir le bien entre ses mains place le créancier dans une situation de « gêneur » ce qui lui confère, en pratique, une préférence par rapport aux autres créanciers ordinaires et mêmes par rapport à ceux munis d'une sûreté légale ou conventionnelle, voir, notamment *id.*, p. 199-203.

<sup>1693</sup> Cet effet est clairement prévu par l'article 2651 (3) C.c.Q., qui prévoit une priorité pour le rétenteur d'un bien meuble. Le rétenteur pourra invoquer son droit de préférence sur le produit de la vente face à un créancier saisissant (*Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 604). Il pourra également délaisser le bien au profit d'un créancier hypothécaire mais à charge de sa priorité, c'est-à-dire qu'en vertu de l'article 2770 C.c.Q., il sera payé par priorité sur le produit de la vente en cas de vente en justice, ou par le créancier lui-même en cas de vente effectuée par ce dernier ou même en cas de prise en paiement, il sera payé par le preneur en paiement; Voir L. PAYETTE, préc., note 98, p. 119 et 120. Dans le même sens, en droit français, le rétenteur du fait de sa position puissante qui réside dans sa possession oblige les autres créanciers à composer avec lui et souvent ils décident de le payer afin de pouvoir plus sereinement saisir et vendre le bien notamment lorsque la créance du rétenteur est d'un montant inférieur à la valeur globale du bien. Cela aboutit à « une sorte de superprivilège » : L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 452, p. 203. De manière claire et affirmée, en cas de liquidation judiciaire, l'article L. 642-20-1 C. com. prévoit que les créanciers gagistes titulaires d'un droit de rétention sont payés en premier rang avant notamment les créances salariales superprivilégiées et les frais de justice.

<sup>1694</sup> C.c.Q., art. 2770.

<sup>1695</sup> A. AYNÈS, préc., note 617, opte dans sa thèse pour trois conceptions, le droit de rétention peut être perçu comme une mesure d'exécution forcée, un privilège naturel ou un diminutif du gage : trois qualifications possibles; le débat sur sa qualification est ouvert; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 433 et 453, p. 188, 203 et 204; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 508-511; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note



Afin de démontrer en quoi il serait plus utile de classer le droit de rétention parmi les sûretés avec toutes les conséquences que cela implique, il convient de revenir sur son principe et ses caractéristiques (§1), ses différentes applications (§2), pour envisager en dernier lieu ses effets et sa qualification qui sont intimement liés (§3).

## § 1. Principe général du droit de rétention et caractéristiques

**559.** Selon une définition classique, le droit de rétention est le droit de retenir une chose que l'on devrait restituer. Lorsque le créancier détient un bien appartenant à son débiteur, il peut le retenir tant qu'il n'est pas payé. Le professeur Augustin Aynès<sup>1696</sup> le définit comme « la faculté reconnue à un créancier de retenir un bien de son débiteur pour faire pression sur celui-ci, la rétention est un instrument de garantie dont la consécration peut apparaître injustifiée tant au regard de sa technique que de son esprit ».

---

167, p. 406 et 407; Com., 3 mai 2006, *RTD civ.* 2006.chr.584, 586, note Revet. Une certaine partie de la doctrine québécoise paraît retenir la qualification de sûreté; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., par. Pierre-Gabriel JOBIN, avec la collab. de Nathalie VEZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n<sup>o</sup> 825, p. 816; L. PAYETTE, préc., note 98, n<sup>o</sup> 202, 251 et 272, p. 92, 110, 119 et 120. D'autres auteurs, sans se prononcer expressément sur sa qualification, font état dans leurs développements d'une certaine dualité de nature du droit de rétention en tant que prolongement de l'exception d'inexécution et en tant que priorité, voir J. DESLAURIERS, préc., note 419, p. 96-105; D. PRATTE, préc., note 1378. Les tribunaux ne semblent pas hésiter en ce qui concerne le droit de rétention issu des dispositions du Code civil : *Château d'Amos Ltée (Syndic)*, [1999] R.J.Q. 2612, par. 15 (C.A.), selon le juge, le rétenteur jouit d'un droit réel :

Or, l'article 1593 C.c.Q. dispose que le droit de rétention est opposable à tous. C'est l'essence même d'un droit de rétention. Bien que le créancier qui jouit d'un droit de rétention ne puisse refuser de rendre le bien pour les fins d'une vente forcée, il reste qu'il jouit d'un droit réel contre le tiers-acquéreur aussi longtemps qu'il demeure en possession du bien.

En ce sens, les articles 1593, 2782 et 2770 C.c.Q., laissent supposer un droit de suite implicite au bénéfice du rétenteur prioritaire. Le rétenteur bénéficierait dès lors des deux attributs du droit réel; un droit de préférence et d'un droit de suite implicite. En revanche, la discussion semble plus animée en ce qui concerne le droit de rétention issu de loi statutaire, en l'occurrence, la *Loi relative aux cessions d'aéroports*, L.C. 1992, c. 5, et la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, c. 20 : *Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic)*, [2006] 1 R.C.S. 865, par. 74, semble retenir le caractère réel du droit de rétention, ce qui le rend opposable au véritable propriétaire du bien; *Contra* : *Wilmington Trust Company c. NAV Canada*, [2004] R.J.Q. 2966, par. 107 et 111 (C.A.), les juges Pelletier et Morissette ne retiennent pas un véritable droit de rétention mais plutôt un droit de retenue et rejette l'idée d'une opposabilité au véritable propriétaire du bien).

<sup>1696</sup> A. AYNÈS, préc., note 617, p. 1.

**560.** Le droit de rétention est avant tout un acte spontané de justice privée. Le bien serait ainsi pris en otage<sup>1697</sup> aux yeux du débiteur et surtout des tiers. Il fait appel à des notions de justice ancestrale, primaire, voire même biblique<sup>1698</sup>. Nos sociétés dites modernes<sup>1699</sup> l'ont consacré et lui ont donné une force, à certains égards, invincible<sup>1700</sup>. Cette situation de fait conférant une sorte de toute puissance à celui qui s'en sert est, paradoxalement, consacrée par le droit. En effet, les droits français et québécois l'ont légalisé dans leur corpus civil comme un principe.

**561.** Le *Code civil du Québec* a posé un principe général du droit de rétention à l'article 1592, inséré dans le livre V dans la partie consacrée à l'exécution des

<sup>1697</sup> Catherine POURQUIER, « La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit », *RTD com.* 2000.569, n° 6.

<sup>1698</sup> Il pourrait être compris comme une manifestation de la Loi du Talion souvent réduite à l'expression « Œil pour œil, dent pour dent », Exode, 21 : 25. En ce sens, A. AYNÈS, préc., note 617, n° 2, p. 1 et 2.

<sup>1699</sup> En ce sens, P. THÉRY, préc., note 1385, p. 393 : « Ce qui est inhabituel est son aspect fruste et concret comparé aux institutions juridiques passablement intellectualisées du droit des sûretés. »

<sup>1700</sup> Pierre-Michel LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives », *D.* 2001.chr.2815. Par exemple, en période de faillite, le rétenteur jouit d'une position redoutable en droit français, il prime le privilège du Trésor, des frais de justice et même le superprivilège des créances salariales : Antoine BOLZE, *Procédures collectives et sûretés*, Paris, Vuibert, 2006, n° 122, p. 56. Même chose en droit québécois, le rétenteur au sens de l'article 2 de la L.F.I., préc., note 54, est considéré comme un créancier garanti. La revendication du véritable propriétaire peut même être considérée comme inopposable au rétenteur : dans une affaire de rétention d'un aéronef à la suite du non paiement des redevances aéroportuaires, en vertu des dispositions 9 de la *Loi relative aux cessions d'aéroports*, préc., note 1695, et articles 55 et 56 de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, préc., note 1695 : *Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic)*, préc., note 1695, par. 74 :

Le juge Juriansz, dissident en partie, avait toutefois raison de conclure qu'il [TRADUCTION] « ressort clairement du libellé des dispositions relatives à la saisie et à la rétention qu'un aéronef peut être saisi et retenu sans égard aux droits de propriété des personnes qui ne sont ni propriétaires enregistrés ni utilisateurs de l'aéronef au sens des lois en cause. Tant que le débiteur des redevances en souffrance est propriétaire ou utilisateur de l'aéronef, une demande de saisie et de rétention de l'aéronef peut être présentée. Le fait que d'autres personnes, qui ne sont pas tenues de payer les redevances en souffrance, puissent avoir un droit de propriété sur l'aéronef n'entre pas en ligne de compte. »

*Contra* : *Wilmington Trust Company c. NAV Canada*, préc., note 1695, par. 107, les juges Pelletier et Morissette qui l'analysent comme un simple droit de retenir :

On peut dès lors s'interroger sur la nature véritable des droits que prévoient les dispositions à l'étude. Avec égard, contrairement à ce qu'affirme le premier juge, celles-ci n'accordent pas un droit de rétention à Nav Canada et aux autorités aéroportuaires; ce qu'elles leur confèrent, c'est plutôt le droit d'obtenir une ordonnance qui, aux conditions que l'autorité judiciaire estimera appropriées, leur conférera alors, et seulement alors, le droit de *saisir et retenir*.

obligations<sup>1701</sup>. En France, le Code civil l'a récemment inséré à l'article 2286<sup>1702</sup> au titre des dispositions préliminaires du livre IV consacré aux sûretés<sup>1703</sup>. Comparons les exigences législatives encadrant le droit de rétention dans chaque législation, française et québécoise.

**562.** Au Québec, le droit de rétention issu de l'article 1592 du *Code civil du Québec* suppose que soient réunies cinq conditions : l'existence d'un contrat, la détention par le rétenteur d'un bien fondée sur ce contrat, le droit de propriété du contractant sur ce bien, la connexité entre le bien et la créance et l'exigibilité de cette créance. Ainsi, en droit québécois, le droit de rétention ne peut exister en l'absence de relation contractuelle ou encore si le bien détenu n'appartient pas au contractant, ce qui n'est pas le cas en droit français. En effet, l'article 2286 du Code civil français permet d'invoquer le droit de rétention dans une relation contractuelle synallagmatique (art. 2286 par. 2) ou même en dehors de toute situation synallagmatique (art. 2286 par. 3). L'exigence de la propriété du bien n'apparaît pas non plus dans le texte législative français. Concernant les caractères d'exigibilité et de liquidité de la créance, les deux droits se rejoignent sur ce point en exigeant ces deux conditions<sup>1704</sup>.

---

<sup>1701</sup> « Toute partie qui, du consentement de son cocontractant, détient un bien appartenant à celui-ci a le droit de le retenir jusqu'au paiement total de la créance qu'elle a contre lui, lorsque sa créance est exigible et est intimement liée au bien qu'elle détient. »

<sup>1702</sup> C. civ., art. 2286, modifié par la *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, préc., note 1629 :

« Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :

- 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance;
- 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer;
- 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose;
- 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.

Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire. »

<sup>1703</sup> Nous verrons que le choix de l'emplacement par les législateurs de dispositions concernant le principe du droit de rétention ne permet pas de trancher définitivement la qualification de ce droit puisque dans les deux législations considérées le débat n'est pas clos.

<sup>1704</sup> Com., 7 janv. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 10; Civ. 3°, 23 avr. 1974, *Bull. civ. III*, n° 164; Com., 8 juill. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 221, D. 1998.somm.103; la dette doit être aussi certaine du moins incontestable en son principe, Civ., 3 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 261, D. 66.648, note Mazeaud.; Com., 14 juin 1998, *Bull. civ. IV*, n° 199, Com., 7 avr. 1998, J.C.P. 1998.1143, note Stoufflet, notamment L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 441, p. 192; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, n° 605, p. 413; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 1419, p. 389.

**563.** Le critère fondamental qui caractérise le droit de rétention est celui de la connexité. Les droits français et québécois sont clairs et imposent d'établir un lien de connexité entre la créance et la détention de la chose. Cette connexité prend plusieurs formes.

Selon le principe général posé par le droit français, cette connexité peut être soit matérielle<sup>1705</sup>, soit juridique<sup>1706</sup>, soit conventionnelle<sup>1707</sup>. En revanche, pour le droit québécois, le principe posé à l'article 1592 du *Code civil du Québec* paraît plus restrictif dans la mesure où il ne vise que le cas de la connexité juridique. A la seule lecture de cette disposition, les cas de connexité matérielle et conventionnelle semblent exclus. Toutefois, au delà du principe général posé lors de sa réforme de 1991, le *Code civil du Québec* comporte aussi des dispositions particulières qui visent d'autres cas de rétention. Précisément certaines de ces applications particulières impliquent une connexité matérielle<sup>1708</sup> ou une connexité conventionnelle.

---

<sup>1705</sup> C. civ., art. 2286 par. 3 : « Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ». Cette disposition reprend les solutions jurisprudentielles dégagées depuis 1962; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 396; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 447, p. 197.

<sup>1706</sup> C. civ., art. 2286 par. 2 : « Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer. » Ainsi, la créance et la détention se rattachent à un même rapport juridique (contrat) et sans que ce rapport, pourtant, ait eu pour objet essentiel la création du droit de rétention : L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 447, p. 197; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 397.

<sup>1707</sup> C. civ., art. 2286 par. 1 : « Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance. » Le débiteur remet un bien au créancier afin de garantir le paiement de sa dette sans pour autant donner ce bien en gage : L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 447, p. 197. Ainsi, la connexité résulte de la seule volonté des parties, elle est créée artificiellement; Nerva-André ELEKES, *De quelques différences dans l'application du droit de rétention d'après la jurisprudence allemande et française*, Paris, L.G.D.J., 1929, p. 108; A. AYNÈS, préc., note 617, p. 128. A titre de remarque, cette situation semble ne pas soumettre le droit de rétention à la condition d'exigibilité de la créance : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 1455, p. 396. Ce cas de connexité conventionnelle vise bien évidemment la mise en gage avec dépossession prévue à l'article 2340 C. civ. Mais, va au-delà de ce cas particulier en consacrant un droit général de rétention conventionnel. Dans le même ordre d'idée, l'article 2286, par. 4 « Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession » est intervenu pour attribuer un droit de rétention au créancier gagiste sans dépossession. Toutefois, cette rétention qui est créée par le législateur de toute pièce dénature le concept originel : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 398-403; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, p. 196 et 197; S. PIEDELIÈVRE, préc., note 636.

<sup>1708</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 247 et 252, p. 102 et 103; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 251, p. 110. Pour des exemples, C.c.Q., art. 946, 953, 1249 et 1250.

**564.** S'agissant de la connexité conventionnelle, le droit québécois ne l'a pas exclue, bien au contraire. Il a adopté une position originale, sur ce point, par rapport au droit français. Il a considéré que le rétenteur d'un bien meuble pouvait retenir la chose au sens de l'article 1592 du *Code civil du Québec* et invoquer une priorité de troisième rang<sup>1709</sup>. Toutefois, seuls les rétenteurs d'un bien meuble sont prioritaires. Cela exclut les cas de rétention sur des biens immeubles<sup>1710</sup> ou sur des biens meubles non susceptibles d'être vendus en justice<sup>1711</sup>. Sont également exclus les créanciers gagistes. Ceci marque encore une différence avec le droit français.

**565.** En effet, le créancier gagiste n'est plus considéré depuis la réforme québécoise de 1991 comme un rétenteur protégé par un privilège<sup>1712</sup>. La réforme de 1991 a eu notamment pour résultat de supprimer les privilèges pour en remplacer un grand nombre par des priorités. En ce qui concerne le gage, il a été maintenu lors de l'adoption du *Code civil du Québec* de 1991, mais il prend désormais la forme d'une hypothèque mobilière avec dépossession, c'est-à-dire qu'il a été amputé de son caractère réel (il est ainsi devenu un contrat solennel<sup>1713</sup>) et de son droit de rétention. Le créancier gagiste ne peut se cacher derrière ce droit de rétention face à un autre créancier ordinaire, hypothécaire ou privilégié. Seul le droit de préférence lui servira de rempart. Des règles de rang prévues dans le *Code civil du Québec* pour chaque catégorie de créanciers concernés permettent alors d'établir son rang prioritaire.

---

<sup>1709</sup> C.c.Q., art. 2651 (3).

<sup>1710</sup> C.c.Q., art. 946 et 963.

<sup>1711</sup> Le grevé de substitution pourra retenir le bien jusqu'à paiement des impenses mais il ne pourra bénéficier de la priorité de l'article 2651 C.c.Q., pour être colloqué puisqu'il ne peut saisir, ni vendre en justice le bien retenu. Le grevé ne le possède pas comme un propriétaire : J. DESLAURIERS, préc., note 419, n° 290 et 291, p. 98 et 99; Michelle CUMYN, « Les restrictions à liberté d'aliéner dans le *Code civil du Québec* », (1994) 39 *McGill L.J.* 877.

<sup>1712</sup> J. DESLAURIERS, préc., note 419, n° 287, p. 96 et 97; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 861 et 862, p. 420 et 421.

<sup>1713</sup> On peut constater la même évolution en droit français lors de la réforme par voie d'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19, le gage est devenu un contrat écrit. Le caractère réel a été gommé. Voir l'article 2336 du C. civ.

**566.** Dans ces conditions, le droit de rétention sur un bien meuble peut être considéré comme une priorité, c'est-à-dire une cause légitime de préférence selon l'article 2660 du *Code civil du Québec*. L'idée d'une confusion possible entre le gage et le droit de rétention, entretenue par le droit français, a été rejetée par le droit québécois qui fait du droit de rétention une sûreté légale. Nous verrons cependant, qu'en dépit de ce contraste apparent, les deux droits se rejoignent sur la question des effets du droit de rétention, c'est-à-dire quant à leur opposabilité aux tiers.

**567.** Pour en revenir à la notion de connexité, on pourrait dire que le droit français paraît *a priori* plus abouti en prévoyant dans une seule disposition les trois cas de connexité nécessaires pour établir l'existence d'un droit de rétention. Il faut préciser que cet état résulte d'une récente réforme qui a élargi le domaine d'application du droit de rétention en légalisant des solutions jurisprudentielles antérieures. Avant la réforme française intervenue par ordonnance du 26 mars 2006, il n'y avait pas de principe général du droit de rétention, mais seulement des règles particulières accordant un droit de rétention dans certaines situations prévues par le Code civil français et étendues à d'autres hypothèses par les tribunaux<sup>1714</sup>.

**568.** Le droit français a aussi une approche originale puisque l'article 2286 (1) du Code civil prévoit expressément le droit de rétention conventionnel, c'est-à-dire artificiellement créé par la seule volonté des parties au profit de celui qui désire s'assurer une garantie de paiement en remettant son bien. Ce droit de rétention se confond largement avec le gage. Il propose toutefois une nouvelle voie légale moins contraignante<sup>1715</sup>. Dans le même sens, le nouveau paragraphe 4 de l'article 2286 du Code civil français prévoit aussi

<sup>1714</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 436, p. 190.

<sup>1715</sup> Certains auteurs l'ont ainsi nommé « mini-gage » : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 595, p. 523. L'avantage serait de permettre à certains créanciers de se constituer un gage en dehors du cadre légal fixé par les textes. Le terme utilisé à l'article 2286, par. 1 de « chose » et non de bien pourrait permettre à des documents administratifs comme le certificat d'immatriculation d'un véhicule ou la carte grise qui n'ont pas véritablement de valeur marchande au sens échangeable, de faire l'objet d'un droit de rétention utile pour les concessionnaires automobiles. Ainsi, les pratiques commerciales dans ce domaine seraient validées. En ce sens : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 595, p. 523; Com., 22 mars 2005, J.C.P. 2005.I.135, n° 17, *Droit et patrimoine* 2005.140, n° 142, note Aynès.

un droit de rétention au profit du créancier gagiste, cette fois-ci sans dépossession. Toutefois, ici, la rétention qui suppose la condition de la détention du bien se trouve particulièrement malmenée. Rappelons que « pour retenir, il faut tenir<sup>1716</sup> ». On peut dire que le législateur français a innové au point de dénaturer le concept originel du droit de rétention<sup>1717</sup>. Cette extension poursuivait un objectif précis, à savoir le renforcement de l'efficacité du gage sans dépossession dans un contexte de procédure collective<sup>1718</sup> pour faire concurrence au gage avec dépossession qui est muni, quant à lui, d'un droit de rétention. À l'instar de certains auteurs<sup>1719</sup>, force est de constater que le lien essentiel de connexité entre le droit de rétention et la connexité paraît rompu puisque le créancier ne peut pas justifier d'une réelle détention entre le bien et la créance. Ainsi, le législateur a fictivement permis au rétenteur, non pas de bloquer le bien, mais plutôt ses utilités; il agit moins d'un pouvoir de blocage que d'un pouvoir de nuisance<sup>1720</sup> à l'encontre du débiteur et des autres créanciers de celui-ci.

**569.** De l'ensemble de ce qui précède, on peut déjà constater que le principe du droit de rétention, en droit québécois comme en droit français, est multiple ou plural<sup>1721</sup>. Il convient de revenir plus en détails sur ses diverses applications possibles.

## § 2. Applications

**570.** Comme il a déjà été mentionné, au Québec, à côté d'un principe général du droit de rétention encadrer dans un contexte contractuel et se présentant comme une

<sup>1716</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., note 633, n° 33.

<sup>1717</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 398-403; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, p. 196 et 197; S. PIEDELIÈVRE, préc., note 636; Pierre CROCQ, « Droit des sûretés octobre 2006 – juillet 2008 », D. 2008.2104.

<sup>1718</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 1469, p. 398 et 399.

<sup>1719</sup> *Id.*, n° 1471, p. 400.

<sup>1720</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 1471, p. 388, 401; L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, p. 193-197, notamment p. 194.

<sup>1721</sup> Adjectif emprunté à A. AYNÈS, préc., note 617.

extension de l'exception d'inexécution<sup>1722</sup>, se greffent d'autres cas de rétention mettant en exergue soit une connexité juridique, soit une connexité matérielle qui ne satisfont pas nécessairement les conditions prévues à l'article 1592 du *Code civil du Québec*<sup>1723</sup>. Ainsi, des droits de rétention dits nommés<sup>1724</sup> issus du *Code civil du Québec* et même de certaines lois statutaires<sup>1725</sup> ont été prévus, par exemple, au bénéfice de celui qui, par son travail, a créé ou transformé un bien meuble<sup>1726</sup>, de l'administrateur du bien d'autrui, (art. 1369), du transporteur pour le fret, les frais de transport et les frais d'entreposage (art. 2058) du mandataire (art. 2185), du dépositaire pour les frais encourus pour conserver le bien déposé ou les dommages occasionnés (art. 2293), de l'hôtelier sur les bagages et effets non personnels des clients (art. 2302 et 2303). Les tribunaux reconnaissent aussi à l'acheteur de bonne foi qui a acheté un bien dans le cours des activités d'une entreprise un bien qui n'appartenait plus à son vendeur, le droit de retenir le bien jusqu'au remboursement du prix payé par le véritable propriétaire sur le fondement de l'article 1714 du *Code civil du Québec*<sup>1727</sup>.

**571.** En France, le Code civil prévoit aussi des applications particulières accordant ainsi un droit de rétention à de multiples bénéficiaires, comme l'ouvrier spécifiqueur qui a façonné des matières appartenant à autrui (art. 570), le cohéritier tenu au rapport pour les impenses (art.862), le vendeur au comptant, l'acheteur troublé dans sa possession (art. 1653), le possesseur de la chose perdue ou volée acquise dans une foire ou une vente publique<sup>1728</sup>, le dépositaire<sup>1729</sup>, le locataire<sup>1730</sup>, le créancier gagiste mis en possession<sup>1731</sup> et

<sup>1722</sup> L. PAYETTE, préc., note 84, n° 252, p. 103.

<sup>1723</sup> *Id.*, n° 247 et 252, p. 102 et 103; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 2251, p. 110. Pour des exemples, C.c.Q., art. 946, 953, 1249 et 1250.

<sup>1724</sup> Formulation empruntée à L. PAYETTE, préc., note 98, p. 112-114 et évoquée notamment par J. DESLAURIERS, préc., note 419, p. 98.

<sup>1725</sup> *Loi relative aux cessions d'aéroports*, préc., note 1695, et la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, préc., note 1695.

<sup>1726</sup> C.c.Q., art. 974.

<sup>1727</sup> Notamment *Location Holland (1995) Ltd. c. Daimler Chrysler Insurance Compagy*, 2005 QCCA 198. Toutefois, le droit de rétention prévu à l'article 1714 du C.c.Q. est un droit *sui generis*; l'acheteur de bonne foi du véhicule volé ne pouvait invoquer le droit de rétention qu'accorde l'article 2651 par. 3 C.c.Q. puisqu'aucun lien de droit n'existait entre lui et le véritable propriétaire.

<sup>1728</sup> C. civ., art. 2277 al. 1.

<sup>1729</sup> C. civ., art. 1948.



l'antichrésiste<sup>1732</sup>. Des dispositions spéciales concernant les notaires<sup>1733</sup>, les avoués<sup>1734</sup>, les huissiers<sup>1735</sup> leur assurent un droit de rétention sur les dossiers de leurs clients pour assurer le paiement des frais et avances<sup>1736</sup>. Ces dispositions reposent sur l'idée d'un droit de rétention découlant d'un rapport juridique, contractuel ou d'un simple rapport matériel<sup>1737</sup>. Également, par des dispositions spéciales insérées dans le *Code de commerce* et le *Code monétaire et financier*, un droit de rétention fictif a été accordé au créancier gagiste sur véhicule automobile et au créancier bénéficiant d'un nantissement de comptes-titres<sup>1738</sup>.

**572.** Dans la même veine, comme il a déjà été mentionné, le législateur français a récemment inséré dans le Code civil une disposition générale consacrant le droit de rétention pour le créancier muni d'un gage sans dépossession<sup>1739</sup>. Ce quatrième cas de rétention dit fictif a été introduit dans le seul but d'assurer l'efficacité du gage sans dépossession dans un contexte de procédure collective qui jusqu'alors donnait davantage la primauté au gagiste mis en possession. Cependant, cette nouveauté risque de constituer une

---

<sup>1730</sup> C. civ., art. 1749.

<sup>1731</sup> C. civ., art. 2340.

<sup>1732</sup> C. civ., art. 2387 et 2391.

<sup>1733</sup> *Décret n° 78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires*, J.O. 10 mars 1978, p. 995, art. 8.

<sup>1734</sup> *Décret n° 80-608 du 30 juillet 1980 fixant le tarif des avoués près la Cour d'appel*, J.O. 2 août 1980, p. 1950, art. 6.

<sup>1735</sup> *Décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale*, J.O. 13 déc. 1996, p. 18248, art. 22.

<sup>1736</sup> En revanche, contrairement au droit québécois, l'avocat n'est pas autorisé à retenir les pièces de ses clients pour des raisons apparemment déontologique (*Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat*, J.O. 28 nov. 1991, p. 15502, art. 157).

<sup>1737</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 1452, p. 394.

<sup>1738</sup> Ancien nantissement de compte d'instruments financiers renommé « nantissement de comptes-titres » par l'*Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers*, préc., note 468; C. monét. et fin., art. L. 211-20; *Décret n° 2009-295 du 16 mars 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers*, J.O. 18 mars 2009, p. 4863. L'originalité de ce nantissement permet au créancier nanti de bénéficier « en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les instruments financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte gagé » : C. monét. et fin., art. L. 211-20 (IV), on noterait le double emploi par la loi des termes gage et nantissement.

<sup>1739</sup> C. civ., art. 2286 (4), suite à la *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, préc., note 1629.

source d'incertitudes quant à son domaine d'application<sup>1740</sup> et pourrait créer des conflits entre créanciers gagistes avec ou sans dépossession d'un même débiteur<sup>1741</sup>.

### § 3. Effets et qualification du droit de rétention

**573.** Étudier les effets du droit de rétention et la question de sa qualification pourraient, à juste titre, faire sourire certains juristes<sup>1742</sup>. En effet, on peut débattre sur la méthode juridique retenue : peut-on s'autoriser à construire un raisonnement à partir des effets d'un mécanisme juridique déjà connus pour en déduire sa nature même ou doit-on s'atteler à comprendre la nature même de ce mécanisme et uniquement en fonction de cette nature, tenter d'extraire un régime dont les effets ne coïncideraient pas forcément avec ceux envisagés par les tribunaux ou, même parfois, par la loi<sup>1743</sup> ?

Nous pensons qu'il serait laborieux et peu concluant de faire fi des effets connus d'un mécanisme lors de la recherche de sa qualification. C'est pourquoi il nous paraît intéressant d'examiner les effets du droit de rétention tout en essayant de répondre à la question de sa qualification à titre de sûreté. La question est donc celle de savoir si le droit de rétention doit être analysé comme une sûreté. En résumé, on peut avancer quelques éléments du débat. Le Code civil français ne se prononce pas franchement sur cette question. Quant au *Code civil du Québec*, il fait du rétenteur d'un bien meuble un créancier prioritaire.

---

<sup>1740</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 399-403; Augustin AYNÈS, « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2008.13; Reinhard DAMMANN et Gilles PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008.2300 : ces auteurs étendent le droit de rétention ainsi créé au gage sur des stocks et sur des équipements professionnels.

<sup>1741</sup> R. DAMMANN et G. PODEUR, préc., note 1740.

<sup>1742</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 453, p. 203, qui estime que la qualification en sûreté est un vain débat; *Contra* : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 383; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 480.

<sup>1743</sup> Les lois spéciales ou statutaires peuvent venir contrarier certaines dispositions civiles de droit commun. Ce cas est loin d'être une hypothèse d'école. Voir les incompatibilités possibles entre la L.F.I., préc., note 54, et le C.c.Q. Dans le même sens, en France, la *Loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises*, J.O. 16 oct. 1981, p. 2807, et le C. civ.

Toutefois, ce n'est pas pour autant que les tribunaux admettent facilement sa qualification en sûreté mobilière et toutes les conséquences qui y sont attachées<sup>1744</sup>. Quant au droit positif français, certains auteurs<sup>1745</sup> et certaines décisions de la Cour de cassation<sup>1746</sup> semblent hostiles à l'admettre. Plusieurs raisons nous conduisent cependant à penser le contraire et à considérer le droit de rétention comme une sûreté<sup>1747</sup>. Le droit de rétention accorde un droit de préférence au rétenteur *de facto*. L'essence même du mécanisme de rétention en fait, selon notre opinion, une sûreté. Sa finalité commande cette qualification. Cette admission serait en conformité avec la conception fonctionnelle de la notion de sûreté mobilière à laquelle nous adhérons. Par ailleurs, elle se justifierait aussi tant au regard de la loi française sur les procédures collectives que celle canadienne sur la faillite et l'insolvabilité qui assimilent clairement le droit de rétention à une sûreté.

**574.** Avant de revenir en détails sur cette question de la qualification (B), il convient d'aborder préalablement les effets du droit de rétention pour mieux saisir la complexité de ce mécanisme (A).

---

<sup>1744</sup> Dans la logique du C.c.Q., une sûreté conventionnelle qui comporte un droit de préférence et un droit de suite doit être publiée pour être opposable aux tiers. Soit par dépossession comme pour le gage, soit par inscription au RDPRM comme pour l'hypothèque sans dépossession. La réalisation de la sûreté est également strictement encadrée par le C.c.Q., qui prévoit des règles particulières concernant notamment les délais et le préavis ainsi que les différents recours hypothécaires possibles comme la vente, la prise en paiement ou la mise en possession aux fins d'administration.

<sup>1745</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, p. 203; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 407; *Contra* : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 383, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 480; Com., 20 mai 1997, D. 1998.somm.102, obs. Piedelièvre.

<sup>1746</sup> Com., 20 mai 1997, D. 1998.479 : « Le droit de rétention n'est pas une sûreté et pas assimilable au gage. » *Contra* : La position de certains tribunaux : Toulouse, 11 févr. 1977, D. 1978.206, note Mestre : « Sûreté de fait »; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 nov. 1973, *Bull. civ.* I, n° 322 : laissant entendre que le droit de rétention est un droit préférentiel; Com., 25 nov. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 301, J.C.P. 1998.I.149.

<sup>1747</sup> Dans le même sens, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 582, p. 510 et 511 :

On observera que le droit de rétention est toujours l'accessoire d'une créance et qu'il tend, sinon par l'affectation spéciale d'une chose, en tout cas par un pouvoir de fait sur cette chose, à procurer au rétenteur un paiement préférentiel, ou mieux prioritaire. Comment alors ne pas le qualifier de sûreté, au sens où nous avons défini cette notion ?

G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., note 633, n° 16.

## A) Effets

**575.** Le droit de rétention, même s'il ressemble à d'autres institutions, demeure original (1). Son effet principal est d'être opposable à tous (2). Cette opposabilité *erga omnes* en fait un outil juridique très recherché en droits français et québécois, notamment dans un contexte de faillite (3).

### 1) Distinctions avec d'autres institutions

**576.** Le droit de rétention est plus qu'une simple exception d'inexécution; il paralyse les prérogatives du véritable propriétaire et contraint les créanciers à le satisfaire. Il accorde une préférence *de facto* à son titulaire. Dans certains cas, il met en place un droit de suite implicite au bénéfice du rétenteur prioritaire en droit québécois ou un droit de suite explicite qui a été reconnu en France. Il n'y a qu'un pas pour admettre sa qualification comme sûreté.

**577.** On l'a bien souvent comparé à l'exception d'inexécution. Il en est proche puisque il tire sa force d'un rapport d'obligations. En droit québécois, il est envisagé comme le prolongement de l'exception d'inexécution<sup>1748</sup>. Tout comme l'exception d'inexécution, le créancier refuse de rendre le bien si le débiteur n'exécute pas la prestation attendue. Ainsi, on pourrait dire que le droit de rétention est une exception d'inexécution arrivée à maturité<sup>1749</sup>. La loi octroie le droit de retenir dans certains cas. Cela signifie que le droit de rétention tire sa force au delà du lien obligationnel et bien au delà du contenu implicite du contrat. Le droit de rétention intervient dans les relations que le débiteur peut entretenir avec ses autres créanciers. Il gèle la position des autres. Il est un perturbateur<sup>1750</sup>

---

<sup>1748</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, n° 253, p. 111; *Air Charters Inc. c. TSA Aviation Inc.*, 2005 QCCA 355, par. 3.

<sup>1749</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, n° 253, p. 111.

<sup>1750</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, n° 1384, p. 385.

ou un gêneur<sup>1751</sup>. En réalité, il a un effet radical sur la position des autres. Il rompt l'ordre établi, l'égalité avec les autres et même l'ordre des préférences.

**578.** Le droit de rétention peut dérouter puisqu'il peut prendre l'apparence d'autres institutions<sup>1752</sup> comme la compensation<sup>1753</sup>, le gage ou le privilège (appelé désormais priorité en droit québécois depuis la réforme de 1991). En effet, le droit de rétention a longtemps été l'effet attaché au gage traditionnel. En droit français, il a permis et permet encore au créancier gagiste de s'assurer du paiement de son obligation en retenant légitimement la chose que le débiteur lui a remise lors de la constitution du gage. À la différence du législateur québécois<sup>1754</sup>, le droit français a maintenu le droit de rétention comme un effet traditionnel du gage et l'a même fictivement admis pour les gages spéciaux sans dépossession comme le gage automobile et le nantissement de compte-titres. Encore récemment, le législateur français a persisté dans cette voie en consacrant le droit de

<sup>1751</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 452, p. 203.

<sup>1752</sup> M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52.

<sup>1753</sup> Une des discussions en droit positif français comme québécois est de savoir si la compensation est une sûreté mobilière. La compensation est avant tout un mode extinctif de paiement. Elle peut s'opérer par l'effet de la loi si deux dettes croisées sont liquides et exigibles (art. 1672 et suiv. C.c.Q et art. 1289 et suiv. C. civ.). Elle peut aussi être prévue de manière conventionnelle. Le droit de compensation conventionnelle pourrait alors être qualifié de garantie puisqu'il permet au créancier d'obtenir satisfaction sans subir les contraintes de la loi du concours. Est-il alors une sûreté mobilière au sens stricte du terme ? Les tribunaux français ne semblent pas l'admettre même si certains auteurs sont favorables à une telle admission : N. BORGA, préc., note 1364, n° 408, p. 394, seraient appréhendées toutes les propriétés garanties, fiduciaires ou non, le crédit-bail, l'action directe, la compensation, le droit de rétention et les sûretés dites négatives; A.-M. TOLEDO, préc., note 1406. *Contra* : P. CROCQ, préc., note 62, p. 87 et 383; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., note 633, n° 5, p. 7. En revanche, la Cour suprême du Canada a récemment admis qu'un droit de compensation conventionnel accompagnée de trois restrictions comme un droit de retenue, une obligation de maintenir les sommes déposées sur le compte et l'engagement de ne pas hypothéquer ou mettre en garantie ces sommes au profit d'un tiers pouvaient former une garantie au sens de l'article 224 (1.3) de la loi fédérale de l'impôt sur le revenu : *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97, notamment par. 55 et 56; *Contra* : L'Honorable Marie Deschamps, qui rejette la qualification de garantie pour le droit de compensation convention comme pour le droit conventionnel de retenue (*Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97, par. 120, 122, 136 et 144).

<sup>1754</sup> Lors de la réforme de 1991, le législateur québécois a supprimé l'effet du droit de rétention traditionnellement attaché au gage et ce, en dépit du maintien du gage avec dépossession dans le C.c.Q. L. PAYETTE, préc., note 98, notamment n° 862, p. 420 et 421; J. DESLAURIERS, préc., note 419, n° 287, p. 96 et 97.

réention, en dehors de toute idée de possession matérielle, comme un effet attaché au gage sans dépossession<sup>1755</sup>.

**579.** Quant au droit québécois, même s'il a supprimé le droit de réention comme un effet traditionnel du gage, il a récemment créé une situation juridique encore plus puissante que le droit de réention, le statut de « l'acquéreur protégé<sup>1756</sup> » conféré au créancier gagiste justifiant d'une maîtrise sur des valeurs mobilières ou sur des titres intermédiés.

En effet, ce nouveau gage par maîtrise<sup>1757</sup> grevant des valeurs mobilières ou des titres intermédiés met en place des règles exorbitantes comparées à celles connues jusqu'à alors. En sus d'obtenir un super rang en l'absence de toute publicité faite aux tiers<sup>1758</sup> et de permettre aussi en cas de défaut du débiteur une vente sans préavis par le créancier<sup>1759</sup>, le gage par maîtrise confère au créancier gagiste le droit d'empêcher les autres créanciers d'exercer leurs recours hypothécaires car il a acquis ses droits « libres de toute revendication ». Il a donc le droit de les ignorer<sup>1760</sup>, ce qui est une prérogative

---

<sup>1755</sup> C'est la principale innovation de l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19, celle d'avoir créé un gage de droit commun sans dépossession, dont la publicité ne passe plus par la remise de la chose entre les mains du créancier mais par la publicité du droit de gage sur d'un fichier détenu auprès du greffe du Tribunal de commerce. Il est vrai que cette réforme a créée d'autres incertitudes et incohérences notamment en créant ou maintenant d'autres gages spéciaux par dépossession comme le gage sur stocks alors qu'il aurait pu être possible avec le régime de droit commun. Toutefois, récemment la Cour d'appel de Paris a répondu à cette interrogation doctrinale en laissant le choix aux parties; l'établissement de crédit dispose d'une option entre le gage sans dépossession de droit commun ou le gage spécial sur stocks. Dans ce cas, le pacte comissoire inséré dans la convention est valide : Paris, 3 mai 2011, *Gaz. Pal.* 2011.356.13, obs. Dumont-Lefrand; S. CABRILLAC, préc., note 1447.

<sup>1756</sup> L.T.V.M., art. 53, 110-112. Voir nos précédents développements, *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II, §2.

<sup>1757</sup> La L.T.V.M. entend le concept de maîtrise de plusieurs manières : 1) *i*) pour le gage de valeur mobilière avec certificat : par détention d'un certificat au porteur ou d'un certificat nominatif avec endossement et inscription faite dans les livres par l'émetteur, *ii*) pour le gage sans certificat par inscription faite dans les livres par l'émetteur ou par accord de maîtrise 2) pour un titre intermédié, par transfert de compte de titre au profit du créancier gagiste et par l'intermédiaire d'un courtier ou encore au profit du courtier ou autre intermédiaire (on parle dans ce cas de maîtrise automatique art. 2714.1 C.c.Q.) ou par accord de maîtrise qui permet à l'intermédiaire de se conformer aux instructions du créancier relativement à des actifs spécifiquement identifiés ou crédités au compte et ce, sans le consentement additionnel du titulaire des titres; L.T.V.M., art. 7, par. 2, 55, 56, 57, par. 1, 103, par. 1, 113 al. 1, par. 1 et 2 et 115 al. 3; L. PAYETTE, préc., note 98, n° 879, 882, 898 et 899.

<sup>1758</sup> C.c.Q., art. 2714.1.

<sup>1759</sup> C.c.Q., art. 2759.

<sup>1760</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 4548-4551, notamment n° 909 et 912.

exceptionnelle par rapport au régime de droit commun, notamment au regard de l'article 2706 du *Code civil du Québec* qui ne permet pas à un créancier gagiste d'empêcher un autre créancier, titulaire d'une hypothèque sur le même bien, d'exercer ses droits de créancier saisissant ou hypothécaire.

Ce statut d'« acquéreur protégé » confère une situation prioritaire au créancier gagiste par maîtrise. C'est précisément le gage par maîtrise qui lui permet de jouir de cette situation exceptionnelle lui accordant une situation monopolistique sur les valeurs mobilières et titres intermédiés. Il jouit d'une exclusivité sur les biens ainsi gagés bloqués à son profit. Cette situation rappelle clairement le pouvoir de blocage ou de contrôle, exercé ordinairement par un rétenteur.

**580.** Le droit de rétention a donc subi une transformation profonde. Il a été légalement admis dans des cas de gage ou nantissement sur des biens incorporels créés de toute pièce par les législateurs français<sup>1761</sup> au prix d'une dématérialisation effrénée<sup>1762</sup>. Le droit québécois a connu le même phénomène lié à la dématérialisation, notamment dans le domaine du gage sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés. Le droit de rétention a en quelque sorte ressuscité sur ce type de gage particulier qui opère par maîtrise.

## 2) Opposabilité *erga omnes*

**581.** Le droit de rétention est opposable<sup>1763</sup> au débiteur de la créance et à ses héritiers. Il est aussi opposable aux créanciers de son débiteur qu'ils soient

---

<sup>1761</sup> Pour des exemples précis : le gage de valeurs mobilières et de titres intermédiés au Québec et le nantissement de compte d'instruments financiers et le gage automobile en France.

<sup>1762</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, n° 828 et 912, p. 402, 403 et 450.

<sup>1763</sup> Contrairement au droit civil français, l'article 1593 C.c.Q., prévoit expressément cette opposabilité comme suit :

Le droit de rétention qu'exerce une partie est opposable à tous.

La dépossession involontaire du bien n'éteint pas le droit de rétention; la partie qui exerce ce droit peut revendiquer le bien, sous réserve des règles de la prescription.

Malgré le silence du C. civ., les tribunaux français l'admettent sans difficulté.

chirographaires<sup>1764</sup> ou privilégiés<sup>1765</sup> ou prioritaires<sup>1766</sup> selon la terminologie québécoise<sup>1767</sup>. Cette opposabilité s'entend même à l'égard du propriétaire non tenu à la dette<sup>1768</sup> et du tiers acquéreur<sup>1769</sup>.

<sup>1764</sup> En cas de saisie, le rétenteur doit informer l'huissier de son droit. En l'absence de contestation, ce droit paralyse la saisie. L'adjudicataire devra le désintéresser pour récupérer le bien. Sur ce point, le droit québécois diffère, il ne permet pas au rétenteur d'empêcher la saisie et la vente à la lecture de l'article 604 du *Code de procédure civile*, préc., note 1693. En revanche, le rétenteur en sa qualité de prioritaire pourra invoquer son rang prioritaire et être payé sur le produit de la vente s'il produit un état de créance entre les mains de l'officier sous réserve de respecter les conditions de l'article 1592 C.c.Q. Face à des créanciers dits hypothécaires, le rétenteur devra délaisser son bien conformément à l'article 2770 C.c.Q., mais « à charge de sa priorité » c'est-à-dire qu'il pourra encore une fois dessus du bien se payer sur le produit de la vente lors de la réalisation de l'exercice du recours hypothécaire. Si le créancier hypothécaire choisi comme recours la prise en paiement, le rétenteur ne sera pas dépourvu de son droit prioritaire malgré son dessaisissement puisqu'il pourra se faire payer par priorité par le créancier désormais propriétaire du bien : L. PAYETTE, préc., note 98, p. 90-92 et J. DESLAURIERS, préc., note 1433, n° 293, p. 102.

<sup>1765</sup> Créances du Trésor, des douanes, créances salariales, ...

<sup>1766</sup> Il bénéficie d'une priorité de troisième rang qui vient après les frais de justice et les créances du vendeur impayé sur le bien meuble mais avant les créances. Les tribunaux ne semblent pas hésiter en ce qui concerne le droit de rétention issu des dispositions du *Code civil du Québec : Château d'Amos Ltée (Syndic)*, préc., note 1695, par. 15, selon le juge, le rétenteur jouit d'un droit réel. En ce sens, les articles 1593, 2782 et 2770 C.c.Q., laissent supposer un droit de suite implicite au bénéfice du rétenteur prioritaire. Le rétenteur bénéficierait dès lors des deux attributs du droit réel; un droit de préférence et d'un droit de suite implicite : *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Banque nationale du Canada*, [1999] R.J.Q. 950 (C.A.). En revanche, la discussion semble plus animée en ce qui concerne le droit de rétention issu de loi statutaire.

<sup>1767</sup> Bien évidemment, le droit de rétention est opposable aux créanciers hypothécaires puisque sa priorité de troisième rang le place devant ces derniers.

<sup>1768</sup> L. PAYETTE, préc., note 98, p. 121 et 122. L'article 1593 ne fait pas de distinction entre le droit de rétention issu du C.c.Q., et celui prévu par les lois statutaires. Les tribunaux et les auteurs se sont posés la question si le droit de rétention statutaire prévu notamment par la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, préc., note 1695, était opposable au propriétaire non débiteur de taxes aéroportuaires dont étaient tenues les locataires de l'avion : *Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic)*, préc., note 1695, par. 74, les juges ont retenu le caractère réel du droit de rétention, ce qui le rend opposable au véritable propriétaire du bien; *Contra : Wilmington Trust Company c. NAV Canada*, préc., note 1695, par. 107 et 111, les juges Pelletier et Morissette n'ont pas considéré qu'il s'agissait d'un véritable droit de rétention mais plutôt d'un droit de retenue et ont donc rejeté l'idée d'une opposabilité au véritable propriétaire du bien; *Air Charters Inc. c. TSA Aviation Inc.*, préc., note 1748 : Refus d'admission du droit de rétention de l'article 1592 du C.c.Q. en faveur d'une entreprise d'entreposage pour les frais d'entretien et de gardiennage d'un avion remis par le locataire d'un avion; *Contra : G.M.A.C. Location Ltée c. Bambach*, [2000] n° AZ-50078806 (C.Q.) : Reconnaissance d'un contrat de dépôt implicite permettant à l'entreprise de remorquage et d'entreposage de réclamer les frais de gardiennage envers le propriétaire non tenu de la dette puisque le véhicule avait été remis par le locataire du véhicule. Quant au droit français, la Cour de cassation a déclaré le droit de rétention d'un garagiste opposable envers le propriétaire alors que le véhicule avait été confié pour réparation par le locataire en décidant que « le droit de rétention est un droit réel opposable à tous y compris aux tiers non tenus à la dette » : Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 1962, *Bull. civ. I*, n° 258; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1992, *Bull. civ. I*, n° 4; Com., 3 mai 2006, préc., note 1695. Il faut remarquer que l'opposabilité d'un tel droit de rétention au propriétaire non débiteur intervient dans des affaires concernant des cas de connexité matérielle, ce qui paraît justifié puisque le propriétaire bénéficiera des améliorations apportées au bien lors de sa détention. *Contra : Cons. d'É. 2 juill. 2003, Société Outremer Finance Limited, RTD civ. 2004.324*

<sup>1769</sup> Com., 14 avr. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 164.



### 3) Contexte de procédure dite collective, d'insolvabilité ou de faillite

**582.** Le droit de rétention prend toute sa mesure dans un contexte de déconfiture du débiteur. Il constitue une arme redoutable et redoutée. Même si, récemment, le législateur français paraît contraindre le rétenteur à déclarer sa créance lors de l'ouverture d'une procédure sous peine d'inopposabilité<sup>1770</sup>, le droit des procédures collectives en France lui a aménagé une place de choix<sup>1771</sup>. En période dite d'observation, le rétenteur peut obtenir un paiement immédiat. En effet, l'article L. 622-7, al. 3 du *Code de commerce* précise que le juge commissaire peut autoriser l'administrateur à payer une créance antérieure pour « retirer une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité ». En cas de vente du bien retenu au cours de l'exécution d'un plan de

---

<sup>1770</sup> C. com., ancien art. L. 624-9. Depuis la loi de modernisation, la sanction a changé, le créancier qui omet de déclarer sa créance au passif risque de voir sa créance inopposable et non plus forclosée, c'est-à-dire éteinte comme il était prévu sous l'ancien régime. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a ajouté l'alinéa 2 mentionnant l'inopposabilité aux débiteurs. L'inopposabilité pourrait paralyser le droit de refuser la restitution du bien (cas du droit de rétention) : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 664 et 665; C. com., nouvel art. L. 622-26 al. 2 : « Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. »; dans le même sens, depuis Com., 3 nov. 2010, D. 2011.2069, obs. Lucas : selon l'auteur, la décision aurait un effet possible à l'égard du rétenteur. A défaut de déclaration, la créance du rétenteur pourrait être inopposable à la procédure collective. « Ainsi on ne voit pas comment un créancier qui n'aura pas déclaré sa créance pourra prétendre en être payé en invoquant son droit de rétention sur un bien du débiteur (art. L622-7,II, c.com.), un tel paiement, même autorisé par le juge commissaire, étant un moyen d'opposer la créance à la procédure collective, ce que la Cour de cassation exclut désormais ».

<sup>1771</sup> Distinction à faire entre un droit de rétention avec dépossession et le droit de rétention fictif conféré au créancier (art. 2286 (4) C. civ.). Le droit de rétention du créancier gagiste avec dépossession est efficace pendant toutes les étapes possibles de procédure collective. Le législateur lui autorise un paiement direct moyennant la restitution de la chose, en cas de sauvegarde, de redressement et un droit de report sur le prix en cas de liquidation (art. L. 622-7 (I) al. 2 C. com. et L.641-3 al.2). En cas de cession, le rétenteur pourra maintenir la rétention sur la chose tant qu'il n'a pas été payé (C. com. art. L.642-12 al.5). En revanche, le droit de rétention fictif du créancier gagiste sans dépossession connaît quelques faiblesses. En période d'observation et après l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le droit de rétention fictif du créancier gagiste sans dépossession fait l'objet d'un traitement distinct de celui applicable au véritable droit de rétention : il est inopposable (art. L. 622-7 (I) al. 2 C. com.). L'objectif de sauvegarde de l'entreprise ou de redressement paralyse toute rétention fictive. Toutefois, le droit de rétention fictif semble être opposable lors d'un plan de cession partiel incluant le bien gagé (art. L. 622-7 (I) al. 2 C. com. écarté) et lors d'une liquidation (art. L. 641-3 al. 2 et L. 626-1 C. com.) : Michel LE CORRE, « Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », *Petites Affiches* 2011.30.68; P. PÉTEL, préc., note 52, n° 49-52; N. BORGA, préc., note 51, n° 6-12; plus pessimiste sur son efficacité : Laurent AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », J.C.P. 2009.I.119.

continuation<sup>1772</sup> ou encore à l'occasion d'un plan de cession<sup>1773</sup> de l'entreprise, le rétenteur pourra être payé contre retrait de la chose avant les autres créanciers privilégiés comme par exemple, les créances salariales considérées comme superprivilégiées<sup>1774</sup>. En cas de liquidation, à défaut de retrait de la chose, le liquidateur devra procéder à sa réalisation et dans ce cas, le droit de rétention sera reporté de plein droit sur le prix<sup>1775</sup>. Dans ce cas, le rétenteur pourra bénéficier clairement d'un droit sur la valeur du bien. Ainsi, il jouit d'un véritable droit de préférence.

**583.** Au Québec, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>1776</sup> permet au rétenteur sur un bien meuble, entendu au sens de l'article 1592 du *Code civil du Québec*, d'être assimilé à un créancier dit garanti, c'est-à-dire muni d'une sûreté au même titre qu'un créancier gagiste, hypothécaire ou détenant une clause de réserve de propriété dans une vente à tempérament<sup>1777</sup>. Ce statut lui permet de justifier d'un rang préférentiel lors du paiement en cas de distribution des actifs du débiteur failli. Toutefois, en dehors du prononcé d'une faillite, lors d'une proposition concordataire, le créancier rétenteur est contraint de suspendre ses recours pour permettre au débiteur insolvable de préparer sa proposition (article 69(1) L.F.I.) en vertu de la suspension obligatoire des recours individuels. Si la proposition est acceptée par les créancier et approuvée par le tribunal, la suspension des procédures durera jusqu'à l'exécution intégrale de la proposition ou jusqu'à ce que le débiteur concordataire soit mis en faillite en cas de défaut (art. 42(1)i) L.F.I.). Si le créancier rétenteur a accepté expressément la proposition, il sera visé par la suspension des poursuites. En revanche, s'il l'a refusée, il retrouvera alors son droit d'exercer un recours. Dans ce cas, le syndic pourrait même racheter sa garantie après avoir évalué le bien retenu (art. 127 à 135 L.F.I.). En cas de faillite, le rétenteur est aussi dans une situation confortable

<sup>1772</sup> C. com., art. L. 626-22 al. 1.

<sup>1773</sup> C. com., art. L. 642-12, modifiée par l'*Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, préc., note 1359.

<sup>1774</sup> Com., préc., note 1410.

<sup>1775</sup> C. com., art. L. 642-20-1 al. 3.

<sup>1776</sup> L.F.I., préc., note 54, art. 2, suite aux amendements de 2001. Cela exclut les droits de rétentions nommés qui ne remplissent pas les conditions de l'article 1592 et *quid* du droit de rétention prévu par des lois statutaires.

<sup>1777</sup> *Id.*, art. 2.

dans la mesure où il retrouve son droit de réaliser sa garantie et le syndic, après évaluation, pourrait aussi lui proposer de racheter sa garantie (art.128(3) L.F.I). S'il ne souhaite pas réaliser par lui-même, le rétenteur pourra en sa qualité de créancier garanti (art. 2 L.F.I.) invoquer sa créance garantie (sous réserve du dépôt d'une réclamation prouvable) afin d'être payé par le syndic selon l'ordre établi par l'article 136 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

**584.** Les législations canadienne comme française sur la faillite ont fait preuve de pragmatisme en protégeant avant tout les créanciers ayant une créance impayée en relation avec le bien détenu entre leurs mains. Cette détention va se muer en une affectation à titre de garantie qui s'avère aussi efficace, voire davantage, qu'une sûreté traditionnelle qui ne dispose pas nécessairement du droit de retenir la chose jusqu'à satisfaction.

### **B) La question de la qualification du droit de rétention**

**585.** Les auteurs sont partagés sur la question de la qualification du droit de rétention qui fait l'objet d'un débat. Si certains auteurs le trouvent vain<sup>1778</sup>, nous jugeons utile d'y revenir un instant. C'est toute la notion de sûreté qui se trouve être au cœur de cette controverse. Les attributs classiques accordés à cette notion sont le droit de préférence et le droit de suite. De plus, la question de l'assimilation du droit de rétention à une sûreté conduit aussi à s'interroger sur la nature du droit réel qui lui est conférée. Les deux questions sont enchevêtrées même si la majorité des auteurs français et québécois n'y répond pas directement. Il est possible de considérer cependant que le droit de rétention est une sûreté sans être obligé de s'interroger sur la pertinence d'une liste énumérative des droits réels accessoires. Nous pensons dès lors que le droit de rétention pourrait être défini comme une sûreté mobilière entendue au sens fonctionnelle<sup>1779</sup>.

---

<sup>1778</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 453, p. 203 et 204; *Contra* : M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52, p. 383.

<sup>1779</sup> Comme le retiennent les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada pour le droit de rétention statutaire et non provincial dans l'affaire *Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*,

**586.** Le refus d'assimiler le droit de rétention à une sûreté se fonde principalement sur le fait qu'il ne conférerait ni un droit de préférence, ni un droit de suite à son titulaire. Ces deux effets sont traditionnellement rattachés au droit réel dit accessoire comme le gage, l'hypothèque immobilière ou mobilière<sup>1780</sup> et n'ont pas été expressément prévus dans les Codes civils français et québécois pour le droit de rétention. L'absence de droit de préférence et de droit de suite justifierait le rejet de la qualification en sûreté. Toutefois, ces deux arguments ne sont pas pertinents pour au moins deux raisons principales.

#### 1) Un droit de préférence *de facto*

**587.** Premièrement, il ressort des droits positifs français et québécois que le droit de rétention permet en réalité, de conférer un droit de préférence *de facto*<sup>1781</sup> au rétenteur. En effet, le rétenteur est placé dans une situation préférentielle par rapport aux autres créanciers puisque, du fait de l'obstruction<sup>1782</sup> qu'il exerce sur le bien en empêchant tant le débiteur d'en disposer et d'en jouir librement que les autres créanciers contraints de prendre en considération son existence. Ce droit lui accorde une préférence en rompant l'égalité

---

préc., note 97, notamment par. 55 et 56 : Les juges de la Cour suprême du Canada ont considéré que le droit de rétention prévue conventionnellement par une caisse populaire et une entreprise par l'effet de deux conventions d'épargne et d'ouverture de crédit pouvait constituer un des éléments pouvant former une garantie au sens des dispositions 224 (1.3) de la loi fédérale de l'impôt sur le revenu; *Contra* : L'Honorable Marie Deschamps, qui rejette la qualification de garantie pour le droit de compensation convention comme pour le droit conventionnel de retenue. En outre, selon l'honorable juge Deschamps, le droit de rétention ne peut porter que sur un bien corporel à la différence du droit de retenue qui s'exerce sur une somme d'argent et non sur un bien corporel (*Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 97, par. 118, 120, 122, 136 et 144).

<sup>1780</sup> Admise légalement dans certains cas précis par le droit français (hypothèques maritimes, fluviales) et implicitement pour certaines sûretés mobilières sans dépossession comme le nantissement de fonds de commerce ou dans le cas du gage automobile. On pourrait déceler aussi une hypothèque mobilière déguisée au travers du gage de droit commun sans dépossession créé par l'ordonnance du 23 mars 2006. En revanche, l'hypothèque mobilière sans dépossession est clairement admise au Québec : C.c.Q., art. 2660 et suiv.

<sup>1781</sup> Au Québec, le droit de rétention est une priorité donc une cause légitime de préférence : articles 2660 et 2651 (3) C.c.Q. En France, malgré l'absence d'un texte légal, certains auteurs partagent la même opinion notamment P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, p. 528; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, préc., note 633, n° 55 : le droit de rétention « ne se distingue plus guère d'un droit de préférence »; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, préc., note 52.

<sup>1782</sup> Certains auteurs parlent de pouvoir de blocage : A. AYNÈS, préc., note 617 et L. AYNÈS et P. CROCO, préc., note 62, p. 194.

entre les créanciers puisqu'il obstrue le droit au recouvrement des autres créanciers qui ne peuvent plus disposer librement du bien pour recouvrer leur créance.

**588.** Il existe une particularité en France : les autres créanciers du débiteur devront composer avec le rétenteur puisque souvent le bien est d'une valeur supérieure à la créance réclamée. Il est ainsi plus facile et moins coûteux de payer préalablement le rétenteur pour faire vendre le bien. Même si le créancier compte saisir et faire vendre le bien retenu, l'huissier devra prendre en considération le droit du rétenteur et le contenter en cas d'adjudication du bien. Dans les faits, ce rétenteur dispose d'un rang « ultra prioritaire » venant avant tous les autres créanciers privilégiés et avant les autres créanciers munis de sûretés traditionnelles. La jurisprudence française, depuis de longue date<sup>1783</sup>, considère que si la vente du bien est poursuivie en justice à la demande des créanciers, la créance du rétenteur qui s'est opposé à la vente doit être prélevée sur le prix. En ce sens, le droit de rétention confère un droit préférentiel, voire même prioritaire, sur la valeur du bien<sup>1784</sup>.

En période de faillite, on a vu que le rétenteur est payé avant les autres créanciers et il peut même être payé sur le prix de la vente du bien en cas de liquidation selon l'article L. 642-20-1, al. 3 du *Code de commerce*. Cette disposition spéciale envisage clairement un droit préférentiel sur la valeur au profit du rétenteur.

**589.** Au Québec, le rétenteur d'un bien meuble est un créancier prioritaire et dispose à ce titre d'un droit de préférence. En cas de conflit avec un autre créancier saisissant, l'article 604 du *Code de procédure civile* ne permet pas au rétenteur de maintenir sa détention sur le bien saisi et il ne peut empêcher ni la saisie et ni la vente du bien. Toutefois, il pourra invoquer sa priorité, ce qui lui permettra d'être colloqué prioritairement en fonction de son rang (art. 2651 (3) C.c.Q.). En cas de conflit avec un créancier hypothécaire, agissant dans le cadre d'un recours hypothécaire, l'article 2770 du *Code civil du Québec* commande aussi au rétenteur de délaisser son bien, mais « à charge de sa

<sup>1783</sup> Douai, 17 déc. 1877, D. 1878.5.RET-412; Grenoble, 11 oct. 1954, *Gaz. Pal.* 1955.1.231.

<sup>1784</sup> P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 602, p. 528.

priorité », c'est-à-dire qu'il pourra invoquer son droit de préférence prioritaire sur le produit de la vente du bien.

**590.** Il est vrai que le droit de préférence est clairement inscrit dans la législation québécoise qui fait du rétenteur d'un bien meuble un créancier prioritaire. Toutefois, tous les rétenteurs ne jouissent pas de cette préférence. D'une part, certains rétenteurs comme ceux ne remplissant pas les conditions de l'article 1592 du *Code civil du Québec* ou ceux qui justifient d'un droit de rétention statutaire ne bénéficient pas de ce statut de créancier prioritaire et n'ont donc pas de droit de préférence. Leur droit de rétention se limite donc à une exception d'inexécution qui peut se voir contrarier par un autre créancier agissant en vertu d'un titre. D'autre part, le débat sur la qualification du droit de rétention à titre de sûreté n'est pas pour autant clos puisque, face au silence de la loi sur la nature exacte du droit de rétention, les tribunaux québécois n'ont pas tranché définitivement même si, les auteurs semblent enclins pour une telle qualification. Ainsi, les tribunaux canadiens ne se sentent pas tout à fait à l'aise lorsqu'il s'agit de qualifier de droit réel le droit de rétention issu du droit statutaire et lui faire produire des effets à l'égard de tous, même du propriétaire non tenu à la dette<sup>1785</sup>.

## 2) Un droit de suite implicite ou *de facto*

**591.** Deuxièmement, afin d'être qualifié de sûreté, il faudrait, selon une approche classique, que le droit de rétention accorde aussi un droit de suite à son titulaire. Ce point est encore soumis à controverse tant en France qu'au Québec alors que la réalité juridique est claire. Le droit de rétention octroie un droit de suite implicite ou *de facto*.

**592.** En droit québécois, rappelons que le droit de rétention peut être envisagé comme une priorité. Toutefois et en principe, le droit de suite ne constitue pas un attribut

---

<sup>1785</sup> *Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic)*, préc., note 1695, par. 74, les juges ont retenu le caractère réel du droit de rétention statutaire, ce qui le rend opposable au véritable propriétaire du bien non tenu à la dette; *Contra* : *Wilmington Trust Company c. NAV Canada*, préc., note 1695, par. 107 et 111.

traditionnellement attaché à toute créance prioritaire. En droit québécois, la priorité est en quelque sorte amputée du droit de suite. Elle n'est pas constitutive de droit réel<sup>1786</sup>. La priorité est occulte<sup>1787</sup>, sans publicité obligatoire, contrairement à l'hypothèque mobilière québécoise qui justifie des deux attributs, droit de préférence et droit de suite<sup>1788</sup>. Ce dernier est alors rendu possible grâce au système de publicité institutionnalisée, le RDPRM.

**593.** Toutefois, l'article 2770 du *Code civil du Québec* a en quelque sorte permis un droit de suite implicite au profit du créancier rétenteur prioritaire qui face à un autre créancier peut invoquer son rang même s'il est tenu de délaisser son bien. Son dessaisissement ne lui fera pas perdre son rang prioritaire. Même face à un créancier hypothécaire désirant exercer une prise en paiement, le rétenteur jouira de son rang prioritaire et sera payé par le créancier hypothécaire devenu propriétaire du bien. Même si, en principe, la prise en paiement éteint l'obligation du débiteur, le rétenteur disposera, en fait, d'un droit de suite implicite en vertu de l'article 2770 du *Code civil du Québec*. Dans ces conditions, le droit de rétention tel qu'il est envisagé au Québec peut être considéré comme une sûreté.

**594.** En France, le droit de suite n'est pas inscrit dans les effets juridiques prévus et attachés au droit rétention. En réalité, l'opposabilité aux tiers accordée largement par les tribunaux lui donne *de facto* cet attribut. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler certains dispositifs des décisions de la Cour de cassation qui n'a pas hésité à affirmer que :

Le droit de rétention n'est pas un privilège mais il en a les effets en ce qu'il est opposable à la procédure collective et confère à son titulaire le droit de

---

<sup>1786</sup> Sauf pour les créances prioritaires des municipalités et des commissions scolaires qui elles le sont en vertu de l'article 2654.1 du C.c.Q. depuis un amendement de 1998, elle emporte droit de préférence et droit de suite. A ce titre elles sont opposables aux tiers en vertu de l'article 2655 du C.c.Q.

<sup>1787</sup> Sauf pour la priorité de l'Etat qui peut être contraint de dénoncer le montant de sa créance prioritaire et de la publier au registre approprié sur demande d'un créancier saisissant agissant ou un créancier hypothécaire en vertu de l'article 2651.4 du C.c.Q.

<sup>1788</sup> Notamment les articles 2647, 2660 et 2751 du C.c.Q.

refuser la restitution du bien jusqu'au complet paiement ou d'être payé sur son prix en cas de vente par le liquidateur<sup>1789</sup>.

La position de la Cour de cassation est claire : tout en refusant de qualifier ouvertement le droit de rétention de sûreté, elle lui reconnaît les attributs et les effets. Il serait cohérent que le législateur français prenne acte de cet état du droit positif et classe le droit de rétention dans la catégorie des sûretés mobilières.

**595.** Une fois ces deux barrières franchies concernant l'existence du droit de préférence et du droit de suite à l'endroit du droit de rétention et en dépit de la position d'éminents auteurs<sup>1790</sup> sur le sujet, nous pensons que le droit de rétention pourrait ainsi être entendu largement comme une sûreté mobilière conformément à la définition fonctionnelle proposée dans nos développements précédents qui pourrait s'énoncer comme suit : toute sûreté mobilière serait un droit préférentiel ou un droit exclusif, sur la valeur d'un bien ou d'un groupe de biens, conféré dans le but de garantir au créancier le paiement d'une obligation.

### 3) Le droit de rétention : une sûreté mobilière fonctionnelle

**596.** Cette définition de la notion de sûreté fonctionnelle correspondrait à la nature profonde du droit de rétention; le rétenteur exerce un moyen de pression en retenant soit la chose entre ses mains, soit encore son symbole<sup>1791</sup>, afin de garantir le paiement préférentiel de son obligation. Certains auteurs ne peuvent lui concéder cette nature puisque :

---

<sup>1789</sup> Com., 21 mars 2006, J.C.P. 2006.I.195, obs. Delebecque : « Si le droit de rétention n'est pas un privilège, il en a les effets en ce qu'il est opposable à la procédure collective et confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose jusqu'à complet paiement de sa créance ou d'être payé sur son prix en cas de vente par le liquidateur. »; A. AYNÈS, préc., note 617, cet auteur considère que le droit de rétention peut être qualifié, dans certains cas, de « privilège naturel ».

<sup>1790</sup> L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62 et M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167.

<sup>1791</sup> Pour deux exemples en France, la rétention d'un compte de titres financiers ou la rétention de documents administratifs comme la carte grise ou certificat d'immatriculation du véhicule automobile, est validée devant les tribunaux.



[S]ans doute la rétention peut-elle provoquer un tel paiement, mais ce résultat n'est atteint que par ricochet; il n'est pas inhérent à la nature du droit de rétention; il n'est pas le fruit d'une affectation exclusive ou prioritaire. Une double constatation le montre bien : le paiement est obtenu sans que la valeur de la chose ne soit jamais dégagée et, le cas échéant, la chose peut être sans valeur intrinsèque (rétention de documents)<sup>1792</sup>.

**597.** Cette considération nous paraît contraire à l'approche fonctionnelle de la notion de sûreté mobilière défendue par ces mêmes auteurs<sup>1793</sup> qui, vraisemblablement, ne veulent pas la voir appliquer au droit de rétention. Or, le rétenteur lors de l'exercice de son droit poursuit la même finalité qu'un créancier muni d'une sûreté traditionnelle comme le gage ou le nantissement : il souhaite être payé avant les autres créanciers. Peu importe le moment où le contractant a décidé de profiter de sa position de rétenteur pour se garantir de sa créance. Peu importe que le bien ait été affecté exclusivement en vue de garantir son paiement. Le droit de rétention agit au même titre que le fait la clause de réserve de propriété, il agit comme une sûreté en cas de défaillance, même si l'objet du contrat est la vente. Le droit de rétention ne se déploie comme une sûreté efficace que si débiteur n'a pas payé son créancier.

**598.** La technique du droit de rétention est aussi comparable à celle utilisée par toute sûreté; il utilise le bien ou la valeur du bien<sup>1794</sup> pour obtenir son dû. Le bien sera rendu si un complet paiement est opéré. L'effet est aussi le même qu'une sûreté; sa rétention lui permet de rompre l'égalité avec les autres créanciers ordinaires; il se démarque en paralysant les autres. Il bénéficie d'une préférence légale<sup>1795</sup> ou *de facto*<sup>1796</sup> par rapport aux autres.

<sup>1792</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, préc., note 167, p. 407.

<sup>1793</sup> Com., préc., note 1789.

<sup>1794</sup> L'article L. 642-20-1 al. 3 du C. com. permet au rétenteur de reporter son droit sur le prix du bien vendu. En effet, lors de la liquidation de l'entreprise, le liquidateur peut procéder à la réalisation du bien et dans ce cas, le droit de rétention est reporté sur la valeur du bien. L'article 604 du *Code de procédure civile*, préc., note 1693 et l'article 2770 C.c.Q., permet au rétenteur d'être payé prioritairement sur le produit de la vente ou prioritairement par le créancier hypothécaire prenant le bien en paiement en ce sens, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, préc., note 21, n° 602, p. 528. En droit québécois, le rétenteur d'un bien meuble est un créancier prioritaire qui se paye sur le produit de la vente du bien en cas de réalisation (notamment art. 2651 (3), 2657 C.c.Q.).

<sup>1795</sup> Reconnue clairement par le C.c.Q., ou le C. com. dans un contexte de procédure collective.

<sup>1796</sup> Les tribunaux français et la doctrine français reconnaissent cet attribut au droit de rétention.

**599.** On pourrait considérer le droit de rétention comme une institution juridique autonome. À ce titre, il peut être regardé comme une sûreté mobilière. Certains indices nous laissent présager un tel avenir. Depuis récemment, le législateur français semble désormais et pour la première fois considérer le droit de rétention en tant qu'institution autonome notamment lorsqu'il le définit en des termes généraux à l'article 2286 du Code civil<sup>1797</sup>. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a créé au sein de l'article 2286 du Code civil un nouveau cas de droit de rétention attaché à tout gage sans dépossession. Ainsi, le droit de rétention existe en dehors de tout support matériel, il est dématérialisé<sup>1798</sup>. Le législateur avait déjà doté d'un droit de rétention fictif des gages spéciaux sans dépossession tels le gage automobile<sup>1799</sup> ou le nantissement de comptes-titres<sup>1800</sup>. Le droit de rétention peut aussi s'exercer sur les documents administratifs permettant la circulation des automobiles telles les cartes grises des véhicules<sup>1801</sup>. La Cour de cassation a même reconnu un droit de rétention fictif en matière de warrant agricole<sup>1802</sup>. Désormais, le droit de rétention existe pour tout gage constitué sans dépossession, publié auprès d'un registre national. Ce droit de rétention légal serait aussi possible<sup>1803</sup> dans le cadre d'un gage sur des stocks<sup>1804</sup> et d'un gage portant sur le matériel d'équipement professionnel<sup>1805</sup>.

---

<sup>1797</sup> C. civ., art. 2286, rédigé suite à l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, préc., note 19.

<sup>1798</sup> Le premier auteur à avoir utilisé ce vocable fut Fernand DERRIDA, « La "dématérialisation" du droit de rétention », dans *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 177.

<sup>1799</sup> L'article 2352 C. civ. prévoit que « par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession ». Le vendeur à crédit d'une automobile détient un droit de rétention au moyen de ce document sur l'automobile pris en gage.

<sup>1800</sup> L'article L. 211-20 du C. monét. et fin. accorde expressément au créancier un droit de rétention sur les titres financiers et les sommes en toute monnaie figurant au compte nanti à son profit.

<sup>1801</sup> Com., 31 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 196, J.C.P. 1995.I.3815, n° 18, obs. Cabrillac.

<sup>1802</sup> Com., 9 avr. 1991, J.C.P. éd. E. 1992.II.232, obs. Le Corre; Com., préc., note 1447.

<sup>1803</sup> Certains auteurs pensent aussi que ce droit de rétention légal issu du gage sans dépossession serait aussi envisageable pour le nantissement des parts commerciales (SARL, SNC) par l'effet du renvoi prévu par l'article 2355 C. civ. En revanche, le nantissement de fonds de commerce qui est régi par des dispositions spéciales ne comporterait un tel droit de rétention. Voir notamment R. DAMMANN et G. PODEUR, préc., note 1740.

<sup>1804</sup> C. com., art. L. 527-1 et suiv.

<sup>1805</sup> C. com., art. L. 525-1 et suiv.

Il serait donc possible de prendre acte de l'émancipation déjà acquise du droit de rétention qui est de fait une sûreté à part entière. Il serait donc logique d'envisager sa publication sur un registre national français afin de supprimer son caractère occulte et, ainsi, d'optimiser le concept de publicité des droits réels.

**600.** Des raisons similaires nous conduisent à adopter un tel raisonnement pour le droit de rétention prévu en droit québécois. Il s'insère parfaitement dans la définition fonctionnelle de la notion de sûreté proposée. À ce titre, il serait souhaitable qu'il soit assujéti aux formalités de publicité auprès du RDPRM<sup>1806</sup>, à l'instar de certaines propriétés-sûretés (vente à tempérament ou vente à réméré)<sup>1807</sup>. Cette publicité assurerait son opposabilité aux tiers et uniformiserait les règles d'opposabilité en matière de sûretés mobilières. Dans cette logique, il serait utile de revoir sa qualification de priorité et de le considérer comme une sûreté mobilière au même titre que le sont les propriétés sûretés. Par ailleurs, le rétenteur en tant que créancier prioritaire n'est pas non plus soumis, dans l'état actuel du droit, à l'exercice des recours hypothécaires. Ce point devrait être aussi modifié, selon notre analyse, puisqu'il vient perturber la logique de droit des sûretés mobilières qui requiert ordre de rang et publicité des droits réels.

## **Conclusion du chapitre II**

**601.** L'hypothèque mobilière sans dépossession pourrait être un concept juridique compris de manière extensive par les législateurs québécois et français et donc étendu à certaines formes sûretés mobilières comme le gage avec dépossession, les différents gages et nantissements spéciaux existants actuellement en France et au Québec. Cette extension ne doit pas être faite dans la frénésie ou l'aveuglement et devrait tenir compte des spécificités juridiques de chaque législation.

---

<sup>1806</sup> Actuellement, il ne fait l'objet d'aucune publicité en tant que priorité.

<sup>1807</sup> C.c.Q., art. 1845 et 1745.

**602.** Concernant, le droit français, l'hypothèque mobilière sans dépossession permettrait de ramener dans son giron certaines formes actuelles de sûretés qui lui ressemble davantage du point de vue de la constitution et des effets, comme le gage sans dépossession de droit commun, les gages spéciaux (par exemple le gage de stocks ou le gage automobile) et les différents nantissements (de fonds de commerce, de logiciels, de brevets, de créances, de comptes bancaires, de compte-titres). Ce concept aura l'avantage de mettre en place un régime hypothécaire unitaire.

**603.** Pour le droit québécois, il s'agira d'étendre l'hypothèque mobilière sans dépossession aux particuliers, cette fois-ci, sans limitation, et, de supprimer dès lors la liste réglementaire des biens susceptibles d'être grevés d'une hypothèque mobilière sans dépossession<sup>1808</sup> qui n'a plus réellement d'utilité compte tenu de son amplitude actuelle. L'hypothèque mobilière avec dépossession pourrait, elle aussi, être remplacée puisqu'elle est devenue une catégorie résiduelle et désincarnée (du fait de l'adoption du gage par maîtrise). La caractéristique naturelle du gage, la dépossession s'est vue travestie notamment dans le cas du gage de valeurs mobilières sous l'effet de la notion intellectuelle de maîtrise. Ainsi, il est question de prendre en compte la réalité métamorphique du gage pour simplement lui appliquer un régime hypothécaire cohérent.

**604.** Quant au principe de l'essence de l'opération, il est proposé de définir dans le Code civil français la notion de sûreté mobilière pour lui donner une amplitude et une fonction qu'elle n'ose actuellement remplir. L'avant-projet de la Commission Grimaldi en 2006 avait déjà souhaité consacrer une définition de type fonctionnelle. Cette fois, il s'agit d'étoffer la notion de sûreté mobilière en la parant d'un principe directeur. Ainsi, les

---

<sup>1808</sup> L'article 15.02 du *Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 1318, a fait récemment l'objet d'une extension suite au *Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 324; les créances, les produits d'assurance-vie, les produits résultant de la propriété intellectuelle, les valeurs mobilières, les bijoux, ont été ajoutés aux autres biens admis comme les véhicules routiers et autres biens meubles, comme les aéronefs, les motocyclettes, etc. En revanche, selon l'article 15.02, les créances résultant des registres enregistrés d'épargne retraite sont exclus de l'assiette de l'hypothèque sans dépossession.

techniques contractuelles utilisant la propriété à titre de sûreté comme la clause de réserve de propriété, les cessions de créances fiduciaires (cession de créances professionnelles par bordereau Dailly, gage-espèces), la fiducie à proprement parler ou d'autres techniques plus rudimentaires, comme le droit de rétention, pourraient être aisément qualifiés de sûretés (ce qui est déjà fait pour certaines d'entre elles), sans remettre en cause leurs mécanismes originels, afin de mieux les assujettir au régime commun d'opposabilité hypothécaire (ce qui sera nouveau).

Cette voie est loin d'être impossible. Elle a été déjà initiée par le droit québécois. Toutefois, le législateur québécois en 1991 n'a pas poursuivi en imposant les formalités de publicité à toutes les propriétés-sûretés. Il ne l'a fait que dans certains cas, comme dans la vente à tempérament et le bail à long terme, et seulement si ces contrats concernent des véhicules routiers ou d'autres biens meubles listés par règlement<sup>1809</sup>. Pour le contrat de vente à tempérament, la clause de réserve de propriété devra être inscrite au Registre des droits personnels et réels mobiliers pour être opposable aux tiers. Or, les tribunaux ont aussi limité la portée de ces règles d'opposabilité à certaines personnes; le syndic de faillite n'est pas considéré comme un tiers, ce qui réduit considérablement, en pratique, l'efficacité de mesures de publicité. Par ailleurs, les juges de la Cour suprême du Canada<sup>1810</sup>, malgré les opinions contraires des juges d'appel, refusent pour des raisons de politique juridique de les assimiler à des sûretés, en dépit de la qualification retenue en ce sens par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>1811</sup>.

**605.** Le principe de l'essence de l'opération servira d'inspiration pour une nouvelle définition fonctionnelle de la notion de sûreté mobilière. Ce principe permettra d'aspirer toutes propriétés sûretés et les autres techniques de garantie fiduciaire et le droit de rétention. En effet, la propriété cédée, retenue ou affectée, utilisée à titre de sûreté, ne pourra être recouverte de la qualification d'hypothèque. Ces techniques hybrides utilisant la

<sup>1809</sup> *Décret 907-99 concernant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 1318.

<sup>1810</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248, par. 15; *Lefebvre (Syndic); Tremblay (Syndic)*, préc., note 11, par. 30.

<sup>1811</sup> L.F.I., préc., note 54, art. 2.

propriété ou la possession comme sûreté seront comprises sous la notion dite fonctionnelle de sûreté mobilière, ce qui permettra de les assujettir au régime d'opposabilité hypothécaire. Au Québec comme en France, les propriétés-sûretés se trouvent dès lors au confluent des droits des obligations, du droit de la consommation, des sûretés et de la faillite. Le juriste ne peut ignorer cet état actuel. Pour ces raisons, entre autres, les régimes de sûretés français et québécois pourraient envisager d'atteindre un degré de cohérence juridique et d'efficacité économique dans l'accès au crédit et la distribution du financement.

### **CHAPITRE III – Répercussions sur la technique d’opposabilité**

**606.** L’articulation entre le concept d’hypothèque mobilière sans dépossession et le principe de l’essence de l’opération a pour conséquence pratique d’envisager la mise en place d’un registre centralisé et unique permettant l’opposabilité des droits mobiliers de garantie. Toute hypothèque mobilière sans dépossession et toutes opérations contractuelles ayant pour finalité de garantir l’exécution d’une obligation seront qualifiées désormais de sûretés mobilières fonctionnelles et devront se conformer aux formalités de publicité (Section I). Le registre des droits personnels et réels mobiliers institué au Québec en 1991 permettra d’offrir un modèle juridique de comparaison pour le droit français (Section II).

#### **Section I – Pour un registre centralisé et unique: clef de voûte de l’opposabilité**

**607.** La France a compris récemment, lors de la promulgation de l’Ordonnance du 23 mars 2006, qu’il était souhaitable, pour une meilleure utilisation du crédit et dans un souci de simplification du droit, de prévoir dans son droit commun une sûreté sans dépossession. Le gage sans dépossession a donc été inscrit dans le Code civil français. Dans cet élan, elle a prévu un registre national et informatisé de publicité pour ce gage sans dépossession portant sur les biens corporels. La dépossession matérielle a dès lors été remplacée par la publicité. Cette nouvelle étape dans le raisonnement juridique français est louable même si l’outil juridique utilisé est critiquable<sup>1812</sup>. Ce changement a été aussi réalisable grâce aux technologies liées au progrès informatique qui permettent la traçabilité et l’identification des biens mobiliers. Un droit de suite est envisageable matériellement sur un bien meuble. Par ailleurs, la publicité par inscription offre plus d’avantages que la simple dépossession matérielle qui est, en réalité, une publicité imparfaite puisque seulement visible à l’égard d’un nombre limité de personne. L’adage ancien « meubles

---

<sup>1812</sup> Par essence, un gage emporte la dépossession. Ainsi, il nous paraît antinomique d’accoler l’expression sans dépossession. Il aurait été plus approprié d’utiliser le concept de l’hypothèque mobilière.

n'ont pas de suite par hypothèque », qui a été longtemps l'une des justifications légales avancée pour écarter l'hypothèque mobilière en droit français, a perdu sa raison d'être.

**608.** Toutefois, l'ordonnance française de 2006 n'a pas mis fin à l'éparpillement des sûretés mobilières et des registres de publicité afférents. Elle a ajouté un gage sans dépossession de droit commun, un gage spécial, celui sur stocks, et a consacré la clause de réserve de propriété comme une sûreté. Encore récemment, par plusieurs ajouts législatifs, la fiducie-sûreté est venue se rajouter au rang des sûretés mobilières. Aussi, toutes ces formes de gage de droit commun et spéciaux sans dépossession ont mis en place de multiples registres. Cette réalité juridique complexifie l'entier système français des sûretés mobilières. Les registres sont disséminés à plusieurs endroits; auprès de plusieurs greffes de tribunaux à compétence différentes, de préfecture, d'institut ou d'organisme public ou parapublic<sup>1813</sup>. Un seul registre national permettrait de centraliser la publicité des droits mobiliers, d'offrir une meilleure accessibilité de l'information légale afin de faciliter l'obtention et l'utilisation du crédit pour les entreprises et les particuliers.

**609.** À l'image du Québec, il pourrait alors être instauré un registre unique d'inscription des droits mobiliers qui se substituerait aux registres spéciaux en vigueur en France. D'ailleurs, les juristes québécois avaient été consultés lors de la réforme française de 2006. Au Québec, le registre des droits personnels et réels mobiliers<sup>1814</sup>, appelé

---

<sup>1813</sup> Pour les différents nantissements de fonds de commerce, de parts sociales, de logiciels, de brevet, de film cinématographique ou le gage automobile: greffe du tribunal de commerce, d'instance, de grande instance, déclaration à la préfecture, inscription à l'INPI, au Centre national du cinéma et de l'image animée. Le gage sans dépossession de droit commun bénéficie d'un registre spécial (greffe du tribunal de commerce dans lequel le constituant est immatriculé ou à défaut, son siège ou son domicile) créé par le *Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession*, préc., note 272 qui a été complété par l'*Arrêté du 1er février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession*, préc., note 276, énumérant 17 catégories de biens pouvant faire l'objet d'un gage sans dépossession, cette liste reste ouverte en raison d'une catégorie nommée « autres biens ». Le dépôt d'un des originaux de l'acte constitutif ou une expédition de l'acte authentique et de deux bordereaux comportant des mentions obligations la désignation du constituant, la date de l'acte constitutif, le montant de la créance garantie et la désignation du bien gagé. Le fichier ainsi créé est électronique et est tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, sa consultation à distance est gratuite.

<sup>1814</sup> Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994.



communément RDPRM, a permis de supprimer les anciens registres mobiliers existants sous le *Code civil du Bas Canada* se rapportant aux nantissements agricoles et forestiers, aux nantissements commerciaux, aux cessions de biens en stock. Par ailleurs, le nouveau registre québécois a permis aussi d'étendre la publicité à d'autres techniques de sûreté comme la vente à tempérament, le bail à long terme ou le crédit-bail<sup>1815</sup>. La fiducie fait aussi l'objet d'une publicité mobilière<sup>1816</sup>. Ainsi, d'un point de vue de la publicité des droits personnels et réels mobiliers, le panorama québécois offre une vision plus uniforme et cohérente que le droit français actuel qui ressemble, à certains égards, à ce qui existait sous l'ancien *Code civil du Bas Canada*.

**610.** Avant la création du RDPRM, il y avait trois régimes d'enregistrement des droits personnels et réels mobiliers<sup>1817</sup> : en vertu du *Code civil du Bas Canada*<sup>1818</sup>, de la *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*<sup>1819</sup> et de la *Loi sur le ministre de la Justice en matière de régimes matrimoniaux*<sup>1820</sup>.

L'enregistrement se faisait par dépôt du document complet<sup>1821</sup> ou, à titre subsidiaire, par bordereau au moyen d'un sommaire du document<sup>1822</sup> présenté au bureau

---

<sup>1815</sup> Depuis le 17 septembre 1999, date d'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, les réserves de propriété, les droits résultant d'un bail à long terme, d'un crédit-bail, d'une faculté de rachat ou d'une stipulation d'insaisissabilité sont soumises à publicité.

<sup>1816</sup> C.c.Q., art. 1263.

<sup>1817</sup> Lise CADORET, « RDPRM : de plus en plus connu », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 55, aux pages 60 et 61.

<sup>1818</sup> C.c.B.c., art. 2082-2182.

<sup>1819</sup> *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q., c. C-53. Cette loi spéciale permettait aux entreprises d'affecter leurs biens en stocks en faveur de toute personne physique ou morale pour garanti un prêt ou une ouverture de crédit.

<sup>1820</sup> *Loi sur le ministre de la Justice en matière de régimes matrimoniaux*, L.R.Q., c. M-19, art. 19-22. L'enregistrement se faisait par avis, à partir de formulaires au service central des régimes matrimoniaux.

<sup>1821</sup> Acte authentique ou acte sous seing privé. L'acte sous seing privé présenté pour enregistrement par dépôt devait être signé en présence de deux témoins et accompagné de l'affidavit (assermentation généralement faite par avocat ou notaire) de l'un des témoins sous peine d'un refus d'enregistrement : Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE, *La publicité des droits*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 414.

d'enregistrement<sup>1823</sup>. En décembre 1982, *la Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*<sup>1824</sup> a dérogé aux deux modes d'enregistrements traditionnels en prévoyant l'enregistrement par simple présentation d'un avis unilatéral<sup>1825</sup> de la cession de stocks. Cette formalité s'affranchissait aussi de la présence de témoins ou de leur serment pour attester de l'existence de l'acte de cession<sup>1826</sup>. L'enregistrement de la cession de biens en stock devait s'effectuer auprès d'un registre informatisé, le seul au Québec, dénommé registre central des cessions de biens en stock. Ce mode allégé d'enregistrement pour la cession de biens en stocks ouvrait une nouvelle voie possible dans l'enregistrement de droits réels mobiliers. Le RDPRM s'en est inspiré puisque la publicité se fait désormais par la présentation d'un avis en un seul exemplaire suivant les formules de réquisition prescrites en annexe du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*<sup>1827</sup>.

Rappelons que, sous le *Code civil du Bas Canada*, la multitude des registres (plus de deux cent registres répartis dans soixante treize divisions d'enregistrement), la diversité des règles rendaient complexe la création et l'opposabilité des droits réels mobiliers ainsi que leur vérification<sup>1828</sup>. Ainsi, la validité et la réalisation des sûretés mobilières étaient tributaires d'une logique écrasante. La réforme du droit des sûretés et de celui de l'enregistrement de ces droits s'imposaient<sup>1829</sup>.

**611.** Le RDPRM est le résultat d'un effort de modernisation de la publicité des droits réels mobiliers et de certains droits personnels dont la loi prescrit ou autorise expressément

---

<sup>1822</sup> Le registraire s'assurait des exigences de forme prescrites et de la concordance entre le document original et celui résumé : *Id.*, p. 414 et 415.

<sup>1823</sup> L. CADORET, préc., note 1817, aux pages 60 et 61.

<sup>1824</sup> *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, préc., note 1819, notamment art. 48 et 54.

<sup>1825</sup> Avis sous seing privé en double exemplaire.

<sup>1826</sup> D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 1821, p. 415.

<sup>1827</sup> C.c.Q., art. 2983 et *Décret 1594-93 concernant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 1487, art. 23.

<sup>1828</sup> Louise LALONDE, « Erreurs lors de la constitution de sûretés et omissions dans le suivi : prêteurs, prenez-garde – Le *Code civil du Québec* et formalisme strict », Quatrième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, Hôtel Intercontinental, 15 et 16 septembre 2004 [non publié], p. 14.

<sup>1829</sup> L. CADORET, préc., note 1817, à la page 61.

l'inscription<sup>1830</sup>. Le RDPRM fonctionne actuellement<sup>1831</sup> au moyen de la transmission de réquisitions d'inscription par voie électronique. Les différents formulaires d'inscription sont accessibles par la voie d'internet. L'instauration du RDPRM marque un progrès incontestable d'un point de vue conceptuel et d'un point de vue pratique. Il permet la consultation à distance des droits réels et personnels mobiliers facilitant ainsi l'accès à l'information des tiers sur l'état patrimonial d'un individu ou d'une compagnie. Cet outil informatique permet d'améliorer la sécurité du commerce juridique et de garantir le principe de l'opposabilité des droits réels mobiliers.

**612.** Toutefois, l'eldorado de la publicité n'existe pas encore. Le RDPRM souffre de troubles congénitaux liés principalement à l'absence d'encadrement juridique des formalités d'inscription et de contrôle des inscriptions par un officier de la publicité des droits<sup>1832</sup>. Ainsi, le modèle du RDPRM est perfectible à l'image du registre foncier.

## **Section II – Le registre des droits personnels et réels mobiliers : un modèle perfectible**

**613.** Contrairement à l'inscription au registre foncier, le registre des droits réels et personnels mobiliers fonctionne au seul moyen d'une réquisition d'inscription qui représente en fait un avis unilatéral condensé<sup>1833</sup> dépourvu de toute attestation ou de tout serment permettant de vérifier l'existence des droits ainsi que leur véracité.

**614.** Le système de publicité des droits réels et personnels mobiliers est fondé sur le principe de la bonne foi qui permet de présumer de l'existence du droit publié<sup>1834</sup> et, en

---

<sup>1830</sup> C.c.Q., art. 2969 al. 2.

<sup>1831</sup> Plusieurs phases ont été nécessaires pour mettre en place ce régime nouveau de publicité. Il est depuis le 18 septembre 2000 pleinement opérationnel : L. CADORET, préc., note 1817, aux pages 62-64.

<sup>1832</sup> Lise CADORET et Nicolas PAGE, « RDPRM, facile comme 2+2=4 », (2001) 1 *C.P. du N.* 93, 101 et suiv.; D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 1821, p. 418; Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE, « RDPRM: Duplicité ou Publicité du Registre Mobilier ? », (2003) 105 *R. du N.* 795.

<sup>1833</sup> *Décret 1594-93 concernant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, préc., note 1487, art. 23.

<sup>1834</sup> C.c.Q., art. 2847 et 2944.

conséquence, de la prise de connaissance par les tiers<sup>1835</sup>. Ce fonctionnement rend malheureusement possible la création ou la radiation<sup>1836</sup> artificielle de droits réels mobiliers dans un but frauduleux. Le créancier constituant pourrait inscrire un montant plus élevé que celui constitué réellement<sup>1837</sup>, de mêmes que de fausses informations<sup>1838</sup>. Il pourrait commettre des erreurs matérielles quant à l'orthographe du nom des parties<sup>1839</sup> ou bien envisager la cession d'une créance hypothécaire imaginaire<sup>1840</sup> ou mal inscrite<sup>1841</sup>.

**615.** Deux auteurs<sup>1842</sup> se sont amusés à tromper le système du registre des droits personnels et réels mobiliers. Selon ces derniers<sup>1843</sup> pour une meilleure fiabilité du registre, il serait impérieux d'exiger que tous les avis déposés au RDPRM soient accompagnés d'une attestation et plus précisément d'un sommaire, une des formes prévues en matière de

<sup>1835</sup> C.c.Q., art. 2847, 2941 et 2943.

<sup>1836</sup> Jean MORIN, « Commentaire sur la décision *Arthur Andersen c. Caisse populaire de Ste-Perpétue* - La réinscription ou l'illusion d'une sûreté », dans *Repères*, septembre 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003REP22 : Une hypothèque immobilière radiée par erreur ne peut « revivre » que par ordonnance du tribunal ou publication d'un nouvel acte de garantie. Selon cet auteur, dans ce jugement, les conséquences du faux intellectuel n'ont pas été directement traitées par le tribunal.

<sup>1837</sup> *Exode Automobile Inc. (Syndic)*, [2004] n° AZ-50234788 (C.S.) : une erreur portant sur la valeur d'une hypothèque mobilière ou sur la référence à un acte constitutif d'hypothèque ne peut invalider la publication de la sûreté au RDPRM. En revanche, une erreur matérielle sur le numéro de matricule de l'entreprise du constituant qui crée une confusion et ne permet pas l'identification du constituant cause un préjudice aux tiers et est considérée comme fatale : *Caisse Populaire Desjardins de St-Augustin-de-Desmaures c. 9076-3335 Québec Inc. (Syndic)*, [2003] R.J.Q. 2101 (C.A.); François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2005) 107 *R. du N.* 203, 217; L. LALONDE, préc., note 1828, p. 21, 22, 25 et 26. Une erreur sur l'orthographe du nom du constituant peut être fatale si elle est susceptible d'induire les tiers en erreur et qu'ils ne puissent raisonnablement découvrir l'existence de la sûreté : *Ralfor Plus Inc. (Syndic)*, [2003] n° AZ-50184570 (C.S.).

<sup>1838</sup> Erreur quant à la qualification du droit jugée non fatale puisque elle n'induisait pas les tiers en erreur (inscription d'un crédit-bail au lieu d'un contrat de vente à tempérament) : *Boulangerie Rita (Van Horne) Inc. (Syndic)*, [2003] n° AZ-50192005 (C.S.) dans le même sens, pour un contrat de bail inscrit à tort comme un crédit-bail : *Transport Consol (1998) Inc. (Syndic)*, [2004] R.J.Q. 2251 (C.S.).

<sup>1839</sup> *Caisse Populaire Desjardins de St-Augustin-de-Desmaures c. 9076-3335 Québec Inc. (Syndic)*, préc., note 1837 (erreur fatale); L. CADORET et N. PAGÉ, préc., note 1832, 107-111; Martin BOODMAN, « Quelques problèmes de publicité à propos de l'hypothèque mobilière », (1995) 1 *C.P. du N.* 435; L. LALONDE, préc., note 1828, p. 6 et 89 : Cette auteur suggère la vérification diligente et préalable auprès du Centre Informatique des registres des entreprises du Québec (CIDREQ) ou de STRAREGIS lorsqu'il s'agit de sociétés fédérales, avant la consultation au RDPRM.

<sup>1840</sup> D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 1821, p. 423.

<sup>1841</sup> L. CADORET et N. PAGÉ, préc., note 1832, 101-103, 116 et 117. De même que la description de la cession de créance ou de l'hypothèque de créance doit être précise pour éviter des difficultés le jour de la radiation de l'hypothèque.

<sup>1842</sup> D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 1821, p. 425 et 426.

<sup>1843</sup> *Id.*, p. 426.

publicité foncière<sup>1844</sup>. Il serait, selon nous, inapproprié et contraire à la bonne marche des affaires, qui exige souvent célérité et efficacité, d'exiger dans tous les cas le dépôt de l'acte authentique ou de l'acte sous seing privé certifié. Cette forme devrait être possible et coexister à côté de la possibilité de déposer un acte abrégé, tel un sommaire. Les attestations pourraient être faites par des personnes autres que les notaires ou avocats, comme des courtiers ou un professionnel agissant dans le cadre du système de détention indirecte des valeurs mobilières<sup>1845</sup>. Le contenu des informations serait donc plus important et il serait aussi utile de mettre à la charge de l'officier de la publicité des droits une obligation de vérification de l'exactitude des droits notamment par comparaison avec les actes juridiques soumis<sup>1846</sup>.

**616.** Par ailleurs, à l'instar de ces deux auteurs, il serait important que certains ajustements<sup>1847</sup> soient effectués par le législateur notamment sur les modes de recherches nominatives ou descriptives qui peuvent s'avérer laborieux ou hasardeux<sup>1848</sup>, sur le rôle de l'officier de la publicité quant à la vérification de l'existence et de la véracité de l'information publiée. Actuellement, le notaire se voit contrôler sévèrement lors de sa mission; ses devoirs de conseil, de prudence et de diligence se sont vus transformés<sup>1849</sup> du fait de cette présomption simple d'existence des droits.

---

<sup>1844</sup> C.c.Q., art. 2988 et suiv.

<sup>1845</sup> Cette mesure aurait l'avantage de favoriser l'inscription auprès du RDPRM de l'actuel gage par maîtrise sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés qui pourrait ainsi se voir transformer en une hypothèque mobilière. Même si l'hypothèque mobilière sans dépossession est aujourd'hui possible sur ce type de biens, le gage par maîtrise lui est préféré puisque l'obstacle majeur tient, en fait, en la volonté de tenir au secret ce type de sûreté sur des valeurs mobilières afin d'assurer notamment la confidentialité de certaines transactions boursières,

<sup>1846</sup> Les formules d'inscription peuvent s'avérer fastidieuses à remplir pour un profane et, en dépit de la publication d'un manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers, de différents guides et de la mise en place d'un service téléphonique : pour un vademécum de certaines difficultés pratiques, voir L. CADORET et N. PAGÉ, préc., note 1832, 101-132.

<sup>1847</sup> Pour d'autres critiques du Registre, voir D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 1821, p. 429-431.

<sup>1848</sup> L. CADORET et N. PAGÉ, préc., note 1832, 108-111.

<sup>1849</sup> *Roberge c. Bolduc*, préc., note 1353; Paul-Yvan MARQUIS, « L'affaire Dorion », (1992) 1 *C.P. du N.* 1; *Houle c. Société Hypothécaire B.N.E.*, [1996] R.R.A. 547 (C.A.).

**617.** Également et dans un autre ordre d'idée, la publication des droits résultant des baux à long terme et celles concernant les clauses de réserve de propriété devraient faire l'objet d'une publicité obligatoire même à l'égard d'un syndic de faillite. L'actuelle dissonance entre certaines dispositions du *Code civil du Québec* telle qu'elles sont interprétées par les juges de la Cour suprême du Canada et les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* mettent à mal la fiabilité du système de publicité des droits réels et personnels mobiliers<sup>1850</sup>.

### Conclusion du chapitre III

**618.** L'existence d'un seul registre de publicité des droits réels et personnels mobiliers présente une foule d'avantages comme une meilleure accessibilité à l'information juridique, une meilleure fiabilité des informations, une meilleure sécurité du commerce juridique et enfin, une meilleure obtention et utilisation du crédit mobilier. En plus, ce registre unique présenterait l'avantage de permettre la publication des droits de propriété résultant d'un contrat de bail à long terme, de crédit-bail, de vente avec réserve de propriété, de fiducie-sûreté. L'opposabilité des droits serait assurée par cet outil informatique et performant. La traçabilité des sûretés mobilières qui portent indifféremment sur des biens corporels et incorporels serait améliorée. L'idéal serait de prévoir ce registre à l'échelle européen pour la France comme déjà semble l'annoncer les juristes en matière

---

<sup>1850</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248; Précisément le RDPRM a été mis en place pour répondre cet objectif de sécurité juridique : *Lefebvre (Syndic)*; *Tremblay (Syndic)*, préc., note 11, par. 22 :

Dans ce contexte, parallèlement à la réforme du droit des sûretés, la codification de 1994 apportait des modifications importantes au régime de la publicité des droits. Tout en révisant substantiellement les règles gouvernant la publicité foncière, le législateur prévoyait la création du RDPRM. L'établissement de ce registre voulait porter remède à des vices sérieux du régime antérieur, marqué par la diversité et le caractère souvent occulte des sûretés, à cause de l'absence d'un mécanisme général de publication, qui le rendait dangereux pour la sécurité juridique des transactions relatives à de nombreuses catégories de biens meubles. Un objectif fondamental de la mise sur pied de cette institution était de rendre publiques les sûretés créées sur des biens meubles selon les règles du nouveau *Code civil du Québec*.

Voir nos développements précédents, *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II, 2, A.

immobilière avec l'eurohypothèque<sup>1851</sup>. Au Québec, un registre institué au niveau fédéral pourrait avoir l'avantage certain d'une meilleure réalisation des sûretés au delà de la province du Québec. Un registre international des garanties mobilières serait aussi envisageable comme l'ont prévu la *Convention du cap* (2001) et du *Protocole aéronautique* (2001) en matière de garanties internationales portant sur des biens d'équipement mobiles et aéronautiques. Ainsi, l'harmonisation<sup>1852</sup> des systèmes de sûretés mobilières commande la mise en place d'outils logistiques autant que l'adoption jumelée d'une forme principale de sûreté comme l'hypothèque mobilière et d'un principe directeur comme celui de la finalité de l'opération.

## Conclusion titre second

**619.** L'application du concept d'hypothèque mobilière sans dépossession offrirait au droit français l'occasion de rationaliser son droit des sûretés mobilières. La multitude de catégories juridiques et de régimes afférents portant sur des sûretés avec et sans dépossession pourrait se voir absorber sous un concept unique et cohérent, à savoir

<sup>1851</sup> Esther MUNIZ ESPADA, « La flexibilité attendue des systèmes hypothécaires et l'eurohypothèque », dans Y. PICOD et P. CROCQ, préc., note 1669, p. 75.

<sup>1852</sup> La *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, Le Cap, 16 novembre 2011, en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012); 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 », *Rev. dr. unif.* 2002.3; Mise en place d'un registre international de publicité pour les aéronefs et le matériel ferroviaire; A. LEDUC, préc., note 1300, p. 20, 382-383, 645 et 646; Jean-François RIFFARD, « Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations de garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé », dans Yves PICOD et Pierre CROCQ (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2006, p. 107. Nos propositions vont au-delà des recommandations émanant des instruments internationaux d'harmonisation : La Loi type de la BERD sur les opérations garanties pose le principe de la publicité par inscription mais permet en même temps la publicité par dépossession pour certains biens corporels et la publicité par simple notification pour les sûretés sur créances : TRAVAUX DE LA BANQUE EUROPÉENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT, préc., note 1670. Le *Guide législatif sur les opérations garanties* (COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Terminologie et recommandations*, Vienne 2010, en ligne : <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-85027\\_EbookTermin-F.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-85027_EbookTermin-F.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012)) recommande l'établissement d'un registre unique et privilégie l'inscription comme premier mode de publicité. Toutefois, la dépossession est prévue pour les choses corporelles et les titres négociables (recommandations n° 32 et 33). Le Guide prévoit aussi différentes méthodes d'opposabilité selon la nature des biens grevés d'une sûreté mobilière (recommandation n° 36).

l'hypothèque sans dépossession. Comme nous l'avons détaillé, la plupart des gages et nantissements sont, en réalité, sans dépossession ou avec une dépossession fictive qui conduit certains auteurs à les qualifier d'hypothèques mobilières « camouflées<sup>1853</sup> ». Ce besoin de rationalité est évident compte tenu du panorama actuel qu'offre le droit des sûretés français et ce, en dépit des avancées réalisées lors de la réforme de 2006.

**620.** Le droit québécois, même si le chemin à parcourir est moins long, doit aussi repenser ces différentes catégories de gage et d'hypothèque mobilière sans dépossession. Le récent régime du gage avec maîtrise spécialement institué pour les valeurs mobilières a produit des effets négatifs sur l'entier régime du droit des sûretés mobilières québécois qui marque certainement les limites de la grande réforme de 1991. L'instauration de l'hypothèque mobilière sans dépossession, cette fois-ci sans limitation législative envers les particuliers, aurait le mérite d'achever le processus vers la rationalisation du droit. Le principe de l'essence de l'opération pourra aussi servir ce projet d'envergure et mettre fin notamment aux atermoiements jurisprudentiels<sup>1854</sup> des juges de la Cour suprême du Canada au sujet des propriétés-sûretés comme la vente à tempérament et le bail à long terme mettent à jour les failles du système québécois actuel des sûretés mobilières.

---

<sup>1853</sup> Adjectif utilisé par L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 62, n° 501, p. 223.

<sup>1854</sup> *Ouellet (Syndic)*, préc., note 1248; *Lefebvre (Syndic)*; *Tremblay (Syndic)*, préc., note 11.



## Conclusion finale

**621.** Le gage est l'une des premières sûretés mobilières utilisée par les législations françaises et québécoises. Le contrat de gage a été pensé et construit autour de la notion de bien meuble corporel. Le créancier devait prendre possession physique du bien remis par le débiteur entre ses mains : cet acte physique de remise constituait le gage et le rendait public, c'est-à-dire visible aux yeux des tiers. Il y a donc à la fois dépossession du bien - objet du gage - pour le débiteur et remise en possession pour le créancier. Parallèlement, le concept d'hypothèque mobilière - qui présente notamment l'avantage de ne pas exiger une telle dépossession - a longtemps été banni des codes<sup>1855</sup> pour des raisons historiques et économiques. L'influence du droit germanique, l'existence de fortunes principalement immobilières et des difficultés d'ordre pratique de traçabilité des biens meubles ont eu raison pendant des siècles de son interdiction qui, d'ailleurs, perdure en France et ce, malgré l'existence de gages sans dépossession qui ressemblent, à bien des égards, à des hypothèques mobilières.

**622.** Les droits civils français et québécois ont adopté une conception matérialiste du gage pendant des décennies, parfois encore aujourd'hui, et n'ont eu de cesse que d'adapter le modèle du gage à des biens incorporels. Des techniques juridiques mêlant fiction et formalités, comme la théorie de l'incorporation du droit dans la créance et l'utilisation des dispositions législatives tels que l'article 1641 du *Code civil du Québec* et l'ancien 2075 du Code civil français, ont permis le gage sur des créances représentées par un titre négociable. Toutefois, des difficultés juridiques sont apparues lorsque d'autres biens immatériels un peu plus complexes, comme le fonds de commerce ou les valeurs mobilières sans certificat ou représentées par des titres non négociables, les titres intermédiés ont fait leur entrée dans le commerce juridique. D'autres biens immatériels, comme ceux classés dans la catégorie des biens dits intellectuels, tels que les brevets ou les logiciels et même le savoir-faire ou les secrets de commerce, ont aussi bousculé les conceptions relatives à la propriété et à la

---

<sup>1855</sup> C.c.B.C., art. 2022 et C. civ., art. 2019.

possession des biens incorporels. Le contrat de gage a donc subi une nette remise en question. Il a dû « s'adapter » à ces nouveaux biens, au risque d'en altérer son essence. Les gages sans dépossession ont aussi été prévus pour répondre en même temps aux nouveaux besoins économiques de la vie des affaires. Les législateurs québécois et français ont donc usé de lois d'exception. Souvent, le bien objet de la sûreté était le seul actif disponible pour le débiteur qui ne pouvait se déposséder afin que cette garantie soit économiquement rentable. Au fur et à mesure du temps, des gages et des nantissements spéciaux ont été prévus, les législateurs français et québécois usant fictivement de la dépossession. Le droit français actuel connaît un éparpillement de régimes des sûretés mobilières avec et sans dépossession. Le droit québécois, en dépit d'une volonté clairement affichée en 1991 de simplifier et de rationaliser ses régimes de sûretés, révèle ces dernières années quelques incohérences et incertitudes dans son droit des sûretés mobilières. Ces signes d'inadaptabilité apparaissent notamment du fait de la dématérialisation des valeurs mobilières et de l'utilisation de la propriété comme mécanisme de garantie notamment dans des secteurs de l'industrie automobile. L'évolution des fortunes mobilières contraint les droits québécois et français à repenser leur système juridique de garanties mobilières.

**623.** Le droit sur la valeur devrait être consacré comme fondement théorique permettant ainsi de ne plus considérer la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels comme suffisante en droit des biens et comme critère de choix de l'assiette d'une sûreté mobilière. La valeur permet de qualifier une chose en bien si elle est susceptible d'appropriation. La valeur s'inscrit aussi au cœur de la définition de la notion de sûreté mobilière. En effet, une sûreté mobilière pourrait se définir comme un droit préférentiel ou exclusif sur la valeur d'un bien meuble ou d'un groupe de biens meubles ayant pour effet de garantir l'exécution de l'obligation du débiteur.

**624.** Nous avons aussi proposé, d'une part, d'instaurer un concept fédérateur, celui de l'hypothèque mobilière sans dépossession, permettant d'absorber les différents gages et les nantissements en vigueur au Québec et en France et, d'autre part, de prévoir la reconnaissance, au moyen du principe de l'essence de l'opération, d'une notion

fonctionnelle de sûreté mobilière afin d'y englober notamment les propriétés-sûretés, les techniques fiduciaires et d'autres mécanismes de garantie comme le droit de rétention. Cet assemblage entre le concept d'hypothèque mobilière sans dépossession et le principe de l'essence de l'opération a pour objectif de mettre fin aux incertitudes et distorsions juridiques dénoncées dans les droits positifs français et québécois.

**625.** Ces propositions marquent une volonté de rationaliser les droits positifs français et québécois et se situent au sein d'une problématique plus globale d'harmonisation du droit à l'échelle internationale. Les exigences de transparence et de sécurité juridique sont des impératifs communs à tous les systèmes de garanties mobilières. L'approche fonctionnelle permettra, et elle seule, d'apporter une réponse cohérente aux contraintes économiques inhérentes au commerce juridique. Dans ces conditions, l'articulation entre le concept de l'hypothèque mobilière sans dépossession et le principe de l'essence de l'opération s'inscrit dans la logique actuelle des travaux de grande envergure qui se déploient sur la scène internationale<sup>1856</sup> concernant l'effectivité des garanties mobilières.

---

<sup>1856</sup> Même si nos propositions vont au-delà de celles avancées par la Loi type de la BERD sur les opérations garanties (TRAVAUX DE LA BANQUE EUROPÉENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT, préc., note 1670), ou celles du *Guide législatif sur les opérations garanties* (COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, préc., note 1852), qui prévoient dans certains cas des sûretés avec dépossession ou sans inscription. Par ailleurs, ces instruments internationaux d'harmonisation du droit ne recommandent pas un registre centralisé unique.



## Bibliographie

### I- Droit canadien

#### A- Ouvrages, traités, manuels

- BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., par P.-G. JOBIN, avec la collab. de N. VEZINA, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2005
- CHAMBERLAND, A., *La problématique de l'opposabilité de ces droits aux créanciers des contrats conclus à des fins de garantie et portant sur des biens mobiliers*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2008
- CIOTOLA, P., *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1987
- COTE, P.-A., S. BEAULAC et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Éditions Thémis, Montréal, 2009
- COTE, P.-A., *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990
- CRETE, R. et S. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011
- CUGNET, F. J., *Abrégé de la Coutume*, London, Charles Eyre et William Straham, 1773
- Traité des Ancienes Loix de Proprieté en Canada aujourd'huy Province de Québec*, Québec, Brown, 1775
- DESLAURIERS, J., *Précis du droit des sûretés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990
- La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004
- Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008
- La faillite et l'insolvabilité au Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011

- DE MONTMOLLIN MARLER, W., *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932
- GARNEAU, F.-X., *Histoire du Canada depuis sa découverte jusqu'à nos jours*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Québec, imprimé par P. Lamoureux, 1859
- GHESTIN, J., *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université McGill, Institut de droit comparé, 1982
- GOULET, M., *Le nantissement commercial*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990
- ISAMBERT, F.-A., TAILLANDIER et DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789*, t. XVI, Paris, Belin-Leprieur, 1829
- LAFOND, P.-C., *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999  
*Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007
- LAMBERT, É., *Les sûretés. Extraits du Droit civil du en ligne*, vol. 3, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009
- LAMONTAGNE, D.-C. et P. DUCHAINE, *La publicité des droits*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 2004
- LAMONTAGNE, D.-C., *Biens et propriété*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002  
*Biens et propriété*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB-2002BEP4
- LAREAU, E., *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, t. 1, Montréal, L.G.D.J., 1888
- LEMIEUX, R., *Les origines du droit franco-canadien*, Montréal, C. Théoret, 1900
- MARTEL, M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008
- MARTINEAU, P., *Les biens*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal, Éditions Thémis, 1977  
*Les biens*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1979

- MENDELSON, M., M.-A. MORIN, R. APRIL-GIGUERE et A. PASCU, *Quelques colles, casse-têtes et curiosités*, Colloque sur les développements récents en droit bancaire, Université de Montréal, 27 mai 2011
- MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret, 1896  
*Le droit civil canadien avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916
- MONTPETIT, A. et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945
- NORMAND, S., *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000
- OUELLET, F., *Histoire économique et sociale du Québec 1760-1850. Structures et conjonctures*, t. 1, Montréal, Fides, 1971
- PAYETTE, L., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994  
*Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001  
*Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006  
*Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010
- PICHETTE, S. J., *Le régime canadien de la propriété intellectuelle*, Montréal, Centre d'études en administration internationale, École des hautes études commerciales de Montréal, 1979
- PRATTE, D., *Priorités et hypothèques*, 2<sup>e</sup> éd., Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2005
- RODYS, W., *Traité de droit civil du Québec. Art. 2183-2270*, vol. 15, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957
- SMITH, W., *History of Canada*, vol. 2, Québec, imprimé par John Neilson, 1815

## B- Mémoires et thèses

JANNELLE, M., *Les enjeux du droit des sûretés grevant des valeurs mobilières indirectement détenues en Amérique du Nord*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, octobre 2005

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 de droit, Université de Montréal, 2009

LEDUC, A., *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 ?*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2011

*L'harmonisation du droit des sûretés mobilières à l'échelle des Amériques. Une analyse de droit comparé sous l'angle du droit civil québécois et du bijuridisme canadien*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2001

VINCELETTE, D., *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004

## C- Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

AUGER, J., « Le style civiliste et le droit des sûretés réelles », dans N. KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 47

« Les sûretés mobilières sans dépossession sur des biens en stocks en vertu de la Loi sur les banques et du droit québécois », (1983) 14 *R.D.U.S.* 221

« Problèmes actuels de sûretés réelles », (1997) 31 *R.J.T.* 619



- BAUDOIN, J.-L., « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », dans *Conférences sur le nouveau Code Civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 13
- BECKHARD-CARDOSO, J., « Les clauses de non-concurrence en droit français. Protection légitime ou insécurité juridique? », dans *Développement récents en droit de la non-concurrence (2011)*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2011, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2011DEV1784
- BELANGER, P. et C.-M. PANACCIO, « Incidences de la faillite sur la propriété intellectuelle », [2003] 15 *C.P.I.* 475
- BELIVEAU, N.-H. et S. LEBEL, « Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même ? », dans *Développements récents en droit de la non-concurrence (2011)*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2011, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2011DEV1787
- BELLEAU, M.-C. et R. JOHNSON, « La diversité identitaire et les opinions dissidentes de la Cour Suprême du Canada : Conséquences sur la sécurité juridique », (2008) 110 *R. du N.* 319
- BELLEY, J.-G., « Présentation », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY, *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 1
- BENADIBA, A., « Hypothèque grevant des créances, des valeurs mobilières et des titres intermédiés », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Sûretés*, fasc. 10, Montréal, LexisNexis Canada, 2012, feuilles mobiles
- BERGEL, J.-L., « La sécurité juridique », (2008) 110 *R. du N.* 271  
 « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans *Le nouveau Code civil. Interprétation et application. Les journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 3
- BERGERON, T.-L., « De la clause dite “dation en paiement” dans les contrats de prêts hypothécaires », (1960) 4 *C. de D.* 5

- BERTHOLD, S., « La fiducie: outil efficace de protection contre les créanciers dans un contexte d'insolvabilité? », (2005) 35 *R.G.D.* 553
- BILODEAU, J.-L., « La sécurité juridique et l'efficacité des marchés : le cas de l'Autorité des marchés financiers », (2008) 110 *R. du N.* 429
- BOODMAN, M., « Quelques problèmes de publicité à propos de l'hypothèque mobilière », (1995) 1 *C.P. du N.* 435
- BOUDREAU, 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
- BOUDREAU, M., « L'hypothèque portant sur des valeurs mobilières sur des titres intermédiaires : une garantie efficace ou aux risques et périls du créancier ? », (2010) 2 *C.P. du N.* 313, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2010CPN73
- « Le dixième anniversaire du Code civil du Québec : L'évolution dans le domaine des sûretés réelles », (2003) 105 *R. du N.* 675
- BOURGEOIS, M., « La protection juridique de l'information confidentielle économique. Étude de droit québécois et français », (1988) 1 *C.P.I.* 1
- BRIERLEY, J., « Regards sur le droit des biens dans le nouveau *Code civil du Québec* », (1995) *R.I.D.C.* 33
- BROCHU, F., « Le système Torrens et la publicité foncière québécoise », (2002) 47 *R.D. McGill* 625
- « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2005) 107 *R. du N.* 203
- « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2011) 113 *R. du N.* 261
- D'ETCHEVERRY, P., *L'affaire Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant : la Cour suprême rend possible la prise en garantie des placements des particuliers*, Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, Hotel Inter-continental, 23 septembre 2003 [non publié]

- DESCHAMPS, M., *Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières*, texte distribué dans le cadre d'une conférence organisée par la Chaire du notariat de l'Université de Montréal, 19 mars 2009
- Les sûretés sur les valeurs mobilières*, Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, Hôtel Inter-continental, 23 septembre 2003 [non publié]
- DESLAURIERS, J., *La nouvelle loi sur le transfert de valeurs mobilières (L.Q. 2008, c. 20) : son impact sur le droit des sûretés et le transfert de valeurs mobilières*, texte distribué dans le cadre des soirées du CÉDÉ, 5 novembre 2009 [non publié]
- CADORET, L. et N. PAGE, « RDPRM, facile comme 2+2=4 », (2001) 1 *C.P. du N.* 93
- CADORET, L., « RDPRM : de plus en plus connu », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 55
- CANTIN CUMYN, M. et M. CUMYN, « La notion de bien », dans S. NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 127
- CANTIN CUMYN, M., « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés, essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3
- « Le droit privé des biens : à l'enseigne de la continuité », dans H. P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 375
- CARON, Y., « La loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations et recommandations de l'office de révision du code civil sur les sûretés réelles », dans *Les aspects juridiques du financement des corporations par emprunt. La réglementation de la langue de commerce*,

- coll. « Conférences W.C.J. Meredith Memorial (1976-1977) », Toronto, Richard de Boo, 1978, p. 82
- 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., « Commentaires sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 *R.J.T.* 567
- « Jurisprudence en droit des sûretés : Épidémiologie ou épisodique? Réactions contaminées ou réfléchies? », (2002) 104 *R. du N.* 85
- « Les cessions de créances : modalités de réalisation et conflits de collocation », (1982-1983) 17 *R.J.T* 365
- COMTOIS, R., « Transport de loyers – Signification – Opposabilité au syndic d'une faillite », (1961-1962) 64 *R. du N.* 489
- « Une nouvelle législation : le nantissement commercial », (1963-1964) 66 *R du N.* 155
- COSSETTE, A., « Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables », (1997) 100 *R du N.* 3
- CREPEAU, P.-A., « La renaissance du droit civil canadien », dans J. BOUCHER et A. MOREL, *Le droit dans la vie familiale. Livre du centenaire du Code civil*, t. 1, Montréal, P.U.M., 1970, p. XIII
- « Les enjeux de la révision du Code civil », dans A. POUPART (dir.), *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, Faculté de l'éducation permanente, Université de Montréal, 1979, p. 11
- CUMYN, M., « Les restrictions à liberté d'aliéner dans le *Code civil du Québec* », (1994) 39 *McGill L.J.* 877
- DAY, D., J. FORTIER et N. PANAGIS, « L'évaluation des actifs incorporels — Aspects économiques, légaux et fiscaux », (1998) 20 *R.P.F.S.* 529
- DESCHAMPS, M., « Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières », (2009) 68 *R. du B.* 541

« Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières », texte distribué dans le cadre d'une conférence organisée par la Chaire du notariat de l'Université de Montréal le 19 mars 2009, 22 janvier 2009, p. 10 et 11, notamment aux notes 29 et 30, en ligne : <<http://www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

DESJARDINS, C., « Licence de marques de commerce – survol des décisions administratives et judiciaires », dans *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (2004), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2004, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2004DEV553

DESJARDINS, Y., « Du nantissement commercial à l'hypothèque mobilière », (1968-1969) 71 *R. du N.* 87

« Les garanties mobilières », (1971) 74 *R. du N.* 63

DESLAURIERS, J., « Commentaire sur la décision *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin* – L'hypothèque des sommes déposées dans un REER : Dans le code civil du Québec, le législateur a-t-il trop voulu protéger le consommateur en lui limitant l'accès aux sûretés mobilières? », dans *Repères*, juin 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003REP9

DUCHAINE, 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

EMERICH, Y. et L. SMITH, « Terminologie et modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle : propos introductif », (2008) 38 *R.G.D.* 229

EMERICH, Y., « Contribution à une étude des troubles de voisinage et de la nuisance: la notion de devoirs de la propriété », (2011) 52 *C. de D.* 3

« Faut-il condamner la propriété des biens incorporels? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46 *C. de D.* 739

« L'hypothèque mobilière universelle : entre impératifs économiques et protection du débiteur », (2009) 111 *R. du N.* 465

« La nature des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique? », (2010) 44 *R.J.T.* 95

« Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystémique de la propriété », (2008) 38 *R.G.D.* 339

FARIBAULT, M., « De l'acte de fiducie », (1964) 66 *R. du N.* 387

FRADETTE, F., « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) 17 *C. de D.* 991

« De la prescription », dans *La réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, vol. 3 « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 567

« Les sûretés réelles : Aperçu des principales nouveautés proposées par la réforme du Code civil », (1986-1987) 89 *R. du N.* 732

FRENETTE, F., « Commentaires sur le rapport de l'O.R.C.C. sur les biens », (1976) *C. de D.* 991

« De la prescription », dans *La réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, vol. 3 « Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 567

GALLOUX, C., « La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine », (1992) 23 *R.D.U.S.* 117

- GODIN, R. P., « Le crédit-bail, articles 1842 à 1850 *Code civil du Québec* », dans BARREAU DU QUEBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUEBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Québec, P.U.L., 1993, p. 679
- « Le rapport sur les sûretés réelles et ses incidences sur l'hypothèque immobilière », (1976) 36 *R. de B.* 385
- GOLDSTEIN, Y., « The Quebec law of privileges or Alice in wonderland revisited », (1976) 22 *C.B.R.* 1
- 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
- « La protection du consommateur et les suretés mobilières au Québec et en Ontario: “solutions” distinctes ? », (2001) 80 *R du B. can.* 917
- « Le crédit-bail et la vente à tempérament dans le *Code civil du Québec* », (1994) 25 *R.G.D.* 217
- JACQUES, L., « Commentaire sur les décisions Ouellet (Syndic de) et Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de) - Le dernier mot sur l'opposabilité de la réserve du droit de propriété non publiée », dans *Repères*, décembre 2004, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2004REP300
- JOBIN, P.-G., « L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois : le rapprochement et l'éloignement des deux continents », dans H. P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 91
- LABBE, É., « L'achalandage : *vis attractiva* de l'entreprise », (2009) 39 *R.G.D.* 379
- 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., « Erreurs lors de la constitution de sûretés et omissions dans le suivi : prêteurs, prenez-garde – Le *Code civil du Québec* et formalisme strict », Quatrième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, Hôtel Intercontinental, 15 et 16 septembre 2004 [non publié]

LAMARRE, É. C., « Commentaire sur le projet de loi 47 intitulé Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers – Les modifications au Code civil du Québec en matière d'hypothèque mobilière et de droit international privé », dans *Repères*, février 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008REP678

LAMONTAGNE, D.-C. et P. DUCHAINE, « RDPRM: Duplicité ou Publicité du Registre Mobilier? », (2003) 105 *R. du N.* 795

LANDRY, J. N., « Le secret industriel et commercial », dans E. MACKAAY (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 9 et 10 novembre 1989, p. 141

LANDY, B., « L'achalandage en droit québécois et les obligations implicites les protégeant », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1991)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992

LEMOINE, J. et É. COURCHESNE TARDIF, « Le préjudice du créancier de l'obligation de non-concurrence : remèdes et quantification », dans *Développement récents en droit de la non-concurrence (2011)*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2011, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2011DEV1788

MACDONALD, R.A. et J.-F. MENARD, « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », dans S. NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 309

MACDONALD, R. A., « Change of terminology? Change of Law? An Overall Assessment of the Provisions of the *Civil Code of Quebec* Relating to Prior Claims and Hypothecs », (1992) 23 *R.G.D.* 357

« 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 E. CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 527
- « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests, Other Heresies », (1994) 39 *R.D. McGill* 761
- « The Security Trust », dans *Les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale*, Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec, 25 mai 1995, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, III, p. 1
- MARQUIS, P.-Y., « De la distinction des biens et de leur appropriation et de la propriété », (1988) 3 *C.P. du N.* 1
- « L'affaire Dorion », (1992) 1 *C.P. du N.* 1
- MIKUS, J.-P., « La protection des marques de commerce notoires au Canada », dans Services de la fonction permanente, Barreau du Québec, vol. 215, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2004)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 63
- MOREL, A., « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774. Une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53
- MORIN, J., « Commentaire sur la décision *Arthur Andersen c. Caisse populaire de Ste-Perpétue* - La réinscription ou l'illusion d'une sûreté », dans *Repères*, septembre 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003REP22
- MORIN, M., « La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866 », dans H. P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1
- MORIN, S., « Le statut de la réserve de propriété en matière mobilière au Québec et en Ontario », (2008) 49 *C. de D.* 237
- NADEAU, M., « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 511
- NIORT, J.-F., « Le Code civil face aux défis de la société moderne : une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec de 1994 », (1994) 39 *R.D. McGill* 845

NORMAND, S.,

« La codification de 1866 : contexte et impact », dans H. P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 43

« La notion de modalité de la propriété », dans S. NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 255

« La première décennie des travaux consacrés à la révision du Code civil », (1994) 39 *R.D. McGill* 828

« Le Code civil et l'identité », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY, *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 619

« Les nouveaux biens », (2004) 106 *R. du N.* 177

« Une relecture de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* », (1988) 29 *C. de D.* 807

PAYETTE, L.,

« Cession de créances en garantie », (1968) 3 *R.J.T.* 281

« Clause de transport de loyers », (1968-1969) 71 *R. du N.* 511

« Hypothèque sur propriété intellectuelle », dans L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 595, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006SUR19

« L'acte d'hypothèque et ses clauses accessoires », (1970-1971) 73 *R. du N.* 89

« La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers », (2002) 62 *R. du B.* 1

« Le nouveau Code civil et les sûretés mobilières », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec,

*Congrès annuel du Barreau du Québec (1991)*, Montréal, p. 53

« Nantissement de compte à recevoir et de créances commerciales », (1968-1969) 71 *R. du N.* 399

PAYETTE, L., *Les droits de la propriété intellectuelle et les sûretés*, Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, Hôtel Inter-continental, 22 et 23 septembre 2003 [non publié]

PERRAULT, A., « La propriété des œuvres intellectuelles », dans *La propriété. Compte rendu des cours et conférences*, Montréal, Bibliothèque de l'Action française, 1924, p. 223

PICHETTE, S. J., « La prise en garantie des droits de propriété intellectuelle », dans S. ROUSSEAU (dir.), *Droit et nouvelle économie du savoir. Journées Maximilien-Caron 2000*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 127

« Mise au point sur la prise de garantie des droits de propriété intellectuelle », dans S. ROUSSEAU (dir.), *Droit et nouvelle économie du savoir. Journées Maximilien-Caron 2000*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 17

PICHETTE, S. J., *Les derniers développements en matière de financement et de sûretés. Équipement et l'outillage, créances, propriété Intellectuelle*, Conférence de l'Institut canadien des 26 et 27 avril 1999, Toronto, Publications l'Institut canadien, 1999 [non publié]

PINEAU, J., « La réforme d'un Code civil », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 233

POTVIN-PLAMONDON, S., « Les sûretés : l'hypothèque mobilière à l'âge de l'ordinateur », dans *Conférences sur le nouveau Code Civil du Québec. Actes des Journées louisianaises*

*de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1991, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 183*

POUDRIER-LEBEL, L. et L. LEBEL, « Observations sur le rapport de l'Office de Révision du Code Civil sur les sûretés réelles », (1977) 18 *C de D.* 833

POURCELET, M., « L'évolution du droit de propriété depuis 1866 », dans *Le droit dans la vie économique-sociale. Livre du centenaire du Code civil (II)*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 3

PRATTE, D., « Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles plus sûres », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard (1998)*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1998, p. 179

« L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante », dans S. NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 421

« Le droit de suite et l'hypothèque mobilière », dans *Revue du Barreau*, 1997, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB1997RDB70

« Sûretés réelles et publicité des droits : entre difficultés et réussites », (2010) 88 *R. du B. can.* 384

RABEAU, L., *L'insaisissabilité des REER et autres produits connexes*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2010

REMILLARD, G., « Le nouveau Code civil : un véritable contrat social », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY, *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 283

« Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 8

RENAUD, Y., *La cession de biens en stock. Commentaires, loi, formulaire*, Outremont, Judico, 1985

- ROBERGE, A., « Les sûretés réelles en pratique, au premier anniversaire du Code civil du Québec » dans G. REMILLARD (dir.), *Le nouveau Code civil du Québec : un bilan*, coll. « Études critiques », Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 131
- ROBERT, J. J. M., « L'apport du droit français en Amérique du Nord et notre double héritage juridique », (2011) 52 *C. de D.* 109
- SOLIS, M. A. et S. LAPOINTE, « Réflexions sur l'application des garanties aux logiciels en droit civil québécois », dans *Revue du Barreau*, 1999, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1999RDB9
- SPINK, É. T. et M. A. PARÉ, « The Uniform Securities Transfert Act : Globalized Commercial Law for Canada », (2004) 19 *Banking & Finance Law Review* 321
- STEPHENS, D., « The reform of the law of immovable security in Quebec », dans *Conférences commémoratives Meredith 1989. Problèmes contemporains en droit immobilier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 419
- TANCELIN, M., « Les silences du Code civil du Québec », (1994) 39 *R.D. McGill* 747
- TREMBLAY, L. B., « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 460
- TURGEON, J., « De la révision du Code civil québécois », (1951) 29 *R. du B. can.* 70

#### **D- Documentation officielle et électronique**

- ARBOUR, J.-M. et S. LAVALLEE, « Le Canada peut-il invoquer sa propre turpitude pour justifier sa dénonciation du Protocole de Kyoto ? », *Le Devoir*, 4 janvier 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/environnement/actualites-sur-l-environnement/339483/le-canada-peut-il-invoquer-sa-propre-turpitude-pour-justifier-sa-denonciation-du-protocole-de-kyoto>> (site consulté le 4 mai 2012)
- ASSOCIATION CANADIENNE DES MARCHES DES CAPITAUX, *Livre blanc sur la dématérialisation*, 31 octobre 2001
- ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, *Commentaires concernant l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Montréal, juin 1987

AUGER, J., A. BOHEMIER 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, p. 911, en ligne : <[http://www.bijurilex.org/site/Export/Recueil\(1997\)/\\_f/premier-recueil\(1997\)\\_f/20-AUGER.htm](http://www.bijurilex.org/site/Export/Recueil(1997)/_f/premier-recueil(1997)_f/20-AUGER.htm)> (site consulté le 4 mai 2012)

AUGER, J., *Comité d'étude sur les sûretés et la publication des droits réels. Analyse des propositions de l'Office de Révision du Code civil en matière de sûretés*, 15 février 1985

BARREAU DU QUEBEC, *Mémoire concernant la publicité des droits personnels et réels mobiliers et la constitution d'hypothèque mobilière sans dépossession (P.L. 181)*, Montréal, février 1998, p. 24, en ligne :

<<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/1998/199802-pl181.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Mémoire de la Sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des sûretés concernant l'avant-projet de loi sur la Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Montréal, Service de la recherche et de la législation du Barreau, juillet 1987

« Projet de loi 47 – *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers* », Lettre adressée au Ministre de la Justice et de la Sécurité publique Jacques P. Dupuis, 4 décembre 2007, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/export/sites/newsite/pdf/medias/positions/2007/20071204-projet-loi-47.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

BARREAU DU QUEBEC, « Projet de loi 47 intitulé : *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers* », Lettre adressée à la ministre des Finances, madame Monique Jérôme-Forget, 5 juin 2008, en ligne :

<<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2008/2008-0605-projet-loi-47.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

BARRIERE, F., « La fiducie ou le réveil chaotique de la Belle au bois dormant », Ateliers de droit civil du CRDPCQ, La fiducie en droit civil 2008-2009, Université McGill, 12 septembre 2008, en ligne : <<http://francais.mcgill.ca/centre-crepeau/activities/civillawworkshops/previous/trusts/>> (site consulté le 4 mai 2012)

CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, présenté par Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, mai 2004, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/index.html>> (site consulté le 4 mai 2012)

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire complémentaire portant sur les sûretés réelles et la publicité des droits*, Montréal, octobre 1987

COMITE DES POLITIQUES PUBLIQUES, ASSOCIATION DES ECONOMISTES QUEBECOIS, Lettre adressée à Guylaine Bouchard du Bureau des changements climatiques, 6 septembre 2011, en ligne : <<http://www.economistesquebecois.com/files/documents/dl/75/lettre-6sept-2011-final.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

CONFEDERATION DES CAISSES POPULAIRES ET D'ECONOMIE DESJARDINS DU QUÉBEC, *Mémoire concernant l'avant-projet de loi intitulé : « Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits »*, juin 1987

DIETZE, S. H., « Le gouvernement québécois adopte une loi régissant le transfert des valeurs mobilières », Stikeman Elliot, 28 novembre 2007, en ligne : <<http://www.stikeman.com/cps/rde/xchg/se-fr/hs.xsl/10425.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

« Le gouvernement québécois adopte une loi régissant le transfert des valeurs mobilières », Stikeman Elliot, 28 novembre 2007, en ligne : <<http://www.stikeman.com/cps/rde/xchg/se-fr/hs.xsl/10425.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

FONDATION DAVID SUZUKI et ÉQUITERRE, *Assurer l'intégrité environnementale du système québécois de plafonnement et d'échange pour les émissions de gaz à effet de serre*, 9

septembre 2011, en ligne :

<[http://www.davidsuzuki.org/fr/publications/telechargements/2011/Système de quotas et d'échange - français.pdf](http://www.davidsuzuki.org/fr/publications/telechargements/2011/Système_de_quotas_et_d'échange_-_français.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012)

GUERICOLAS, P., « Trois questions à Sophie Lavallée. Sur les conséquences de la décision du gouvernement Harper de se retirer du protocole de Kyoto », *Au fil des événements*, 12 janvier 2012, en ligne : <<http://www.aufil.ulaval.ca/articles/trois-questions-sophie-lavallee-33325.html>> (site consulté le 4 mai 2012)

LA ROCHELLE, M.-A., S. VILDER et V. GUZUN, « La nouvelle loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés : votre sûreté devrait-elle être revue ? », 27 mars 2009, en ligne : <[http://www.blakes.ca/french/view\\_printer.asp?ID=3016](http://www.blakes.ca/french/view_printer.asp?ID=3016)> (site consulté le 4 mai 2012)

OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL,

*Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1  
« Projet de code civil », Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977

*Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2  
« Commentaires », t. 1, Québec, Éditeur officiel, 1977

QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE,

*Avant-projet de loi. Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Québec, Éditeur officiel, 1986

*Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 4 juin 1991, « Affaires du jour. Projet de loi n<sup>o</sup> 125 – Code civil du Québec », en ligne :

<<http://www.assnat.qc.ca/archives/Archives-34leg1se/fra/publications/debats/journal/CH/910604.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1<sup>ère</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis., 11 juin



2008, « Étude détaillée du projet de loi n° 47 — *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers* (1) », en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/archives/fra/38legislature1/Debats/journal/cfp/080611.htm> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de la Commission des finances publiques*, 1<sup>ère</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis., 12 juin 2008, « Étude détaillée du projet de loi n° 47 — *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers* (2) », 11h30, sous art. 2479.1, 2714.2-2714.7, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/archives/fra/38legislature1/Debats/journal/cfp/080612.htm> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 11 février 1998, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 181 - *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* », en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-35leg2se/fra/Publications/debats/journal/ci/980211.htm> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 12 février 1998, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 181 - *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* », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-35leg2se/fra/Publications/debats/journal/ci/980212.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 19 mars 1998, « Étude détaillée du projet de loi n<sup>o</sup> 181 - *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* », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-35leg2se/fra/Publications/debats/journal/ci/980319.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 3 septembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi n<sup>o</sup> 125 – *Code civil du Québec* (4) », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-34leg1se/fra/Publications/debats/journal/sci/910903.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 13 novembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi n<sup>o</sup> 125 – *Code civil du Québec* (18) », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/archives/archives->

[34leg1se/fra/Publications/debats/journal/sci/911113.pdf](http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-34leg1se/fra/Publications/debats/journal/sci/911113.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 12 décembre 1991, « Étude détaillée du projet de loi n° 125 – *Code civil du Québec* (33) », en ligne :

<<http://www.assnat.qc.ca/archives/archives-34leg1se/fra/Publications/debats/journal/sci/911212.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis., 17 décembre 1991, « Affaires du jour. Projet de loi n° 125 - *Code civil du Québec* », p. 11770 et suiv., en ligne :

<<http://www.assnat.qc.ca/archives/Archives-34leg1se/fra/publications/debats/journal/CH/911217.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 10 décembre 1997, « Affaires du jour. Projet de loi n° 181 – *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* », en ligne :

<<http://www.assnat.qc.ca/archives/Archives-35leg2se/fra/Publications/Debats/JOURNAL/CH/971210.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 25 mars 1998, « Affaires du jour. Projet de loi n° 181 – *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* », en ligne :

<<http://www.assnat.qc.ca/archives/Archives-35leg2se/fra/Publications/Debats/JOURNAL/CH/980325.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1<sup>ère</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis., 8 mai 2008, « Affaires courantes. Projet de loi n° 47 — *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers* », en ligne :

<<http://www.assnat.qc.ca/archives/fra/38legfis/ature1/Debats/journal/ch/080508.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

QUEBEC, COMITE MINISTERIEL PERMANENT DU DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE, *Bâtir le Québec. Énoncé de politique économique. Synthèse, orientations et actions*, Québec, Éditeur officiel, 1979

QUEBEC, MINISTRE DE LA JUSTICE,

*Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993

*Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993

*Projet de loi 125. Code civil du Québec. Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Québec, 1991

*Les structures juridiques*, par Dave Noël, en ligne :

<<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/histoire/structures.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

REMILLARD, G., *Mémoire au Conseil des ministres*, Québec, 15 octobre 1990

STEELE, A., « Tromperie commerciale et passing-off : Développements récents », 2003, en ligne, <<http://www.robic.ca/admin/pdf/715/311-AST.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

TURGEON, J., « Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés », *Bulletin CCH juriste*, volume 11, n° 3, mars 2009, en ligne : <[http://www.cch.ca/bulletins/juriste/articles/bucj0309\\_dc1.html](http://www.cch.ca/bulletins/juriste/articles/bucj0309_dc1.html)> (site consulté le 4 mai 2012)

## **E- Jurisprudence**

*2553-1314 Québec Inc. (Syndic)*, [1995] n° AZ-96021045 (C.S.)

*9052-5494 Québec inc. (Proposition)*, 2010 QCCS 31

*9055-6473 Québec inc. c. Montréal Auto Prix inc.*, 2006 QCCA 627

*9076-3335 Québec Inc. (Syndic)*, [2003] R.J.Q. 2101 (C.A.)

*A. Poupart et Cie v. Desgroseilliers*, [1964] R.P. 80 (C.S.)

*Abrahams c. Canada (Procureur général)*, [1983] 1 R.C.S. 2

*Air Charters Inc. c. TSA Aviation Inc.*, 2005 QCCA 355

*Albert c. Brien*, [2000] R.J.Q. 1430 (C.S.)

*Allaire c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, [1973] C.A. 335

*Angelini c. Conseils financière Sun Life Inc. (Financière Sun Life Inc./Sun Life Financial)*, 2008 QCCQ 5314

*B. Fabian Inc. c. Restaurant Le Carafon de vin ltée*, [1980] C.S. 768

*Banque Canadienne Nationale c. Lefàivre*, [1951] B.R. 83

*Banque Canadienne Nationale c. Paquet*, [1978] C.P. 251

- Banque de Commerce Canadienne Impériale c. Coopératives fédérées du Québec*, [1998] R.J.Q. 2261 (C.A.)
- Banque de Montréal c. Dufour*, [1995] R.J.Q. 1334 (C.A.)
- Banque indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245
- Banque Nationale du Canada c. G. Beaudet & Cie*, [1998] n° AZ-98021525 (C.S.)
- Barrie Carriage Company c. Watt*, [1921] 59 C.S. 440
- Bastien v. J. M. Dessureault Inc.*, [1962] R.C.S. 97
- Bear Bay Holding Canada Inc. c. De Lanauze*, [2003] n° AZ-50170938 (C.A.)
- Beaudry v. Bissonnette*, (1879) 2 L.N. 407
- Bélanger (Syndic)*, [2003] n° AZ-50210712 (C.A.)
- Bellavance v. Canadian Acceptance Corporation*, [1956] B.R. 407
- Boisclair (Syndic)*, [2001] R.J.Q. 2815 (C.A.)
- Bouchard c. Couture*, [1933] 71 C.S. 536
- Boulangerie Rita (Van Horne) Inc. (Syndic)*, [2003] n° AZ-50192005 (C.S.)
- Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, 2009 QCCA 1615
- Bruneau c. Dansereau*, [1928] 66 C.S. 91
- Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142
- Caisse populaire de Bromptonville c. West*, [1991] n° AZ-92021044 (C.S.)
- Caisse Populaire Desjardins de St-Augustin-de-Desmaures c. 9076-3335 Québec Inc. (Syndic)*, [2003] R.J.Q. 2101 (C.A.)
- Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995
- Caisse Populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, [2009] 2 R.C.S. 94
- Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666
- Caisse populaire St Zacharie c. J.G. Allen Industries Inc.*, [1997] R.J.Q. 1366 (C.S.), [2000] R.J.Q. 58 (C.A.)
- Caisse populaire St-Raymond de Hull c. Dériger*, [2001] n° AZ-01021313 (C.S.)
- Campbell Auto Finance Co. c. Comtois*, [1946] C.S. 136
- Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic)*, [2006] 1 R.C.S. 865
- Canadian Terrazzo and Marble Co. c. B. Kaplan Construction Co.*, [1966] C.S. 505

*Castel Nissan Ltée c. D'Argenio*, [1996] n° AZ-96031470 (C.Q.)  
*Ceracaise c. Catalfamo*, 2007 QCCA 40, [2007] R.J.Q. 225  
*Chamandy c. Leblanc*, [1977] C.S. 176  
*Château d'Amos Ltée (Syndic)*, [1999] R.J.Q. 2612 (C.A.)  
*Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120  
*Ciment du Saint Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392  
*Circle Film Enterprises Inc. v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1959] S.C.R. 602  
*Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2  
*Collège d'enseignement général et professionnel de Trois-Rivières c. Leblanc et Lafrance Inc.*, [2001] R.J.Q. 2659 (C.S.)  
*Commission de la santé et de la sécurité du travail c. L. Monette & Fils Inc.*, [1983] n° AZ-83021210 (C.S.)  
*Côté c. Côté*, 2007 QCCS 3806  
*Descôteaux c. Pautzé*, [1987] R.J.Q. 408 (C.S.)  
*Distribution Ciné télé action Inc. c. Stratford*, [2000] n° AZ-00021406 (C.S.)  
*DIT Équipements Inc. c. Conceptions SN Vena Inc.*, 2006 QCCS 3711  
*Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756  
*Dufour c. Désilets*, REJB 1999-15313 (C.S.)  
*Dupuis c. Savoie*, [1950] C.S. 361  
*Épiciers unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257  
*Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.), [1992] n° AZ-929012058  
*Exchange Bank of Canada v. Montreal City and District Saving Bank*, (1885) M.L.R. 2 C.S. 51  
*Exode Automobile Inc. (Syndic)*, [2004] n° AZ-50234788 (C.S.)  
*Expleo Global Inc. (Syndic)*, EYB 2003-39337 (C.S.)  
*F.C. Hume and Co. c. Actaes Inc.*, [1990] n° AZ-90021447 (C.S.)  
*Fercal Inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] R.D.F.Q. 65 (C.S.)  
*Fibro Design (1994) Ltée (Syndic)*, [1997] n° AZ-97026244 (C.S.)

*Fiduciaires de la Cité et du District de Montréal Limitée c. Brosseau*, [1970] C.A. 419  
*Finnie v. Montreal (City)*, [1902] 32 S.C.R. 335  
*Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631  
*Foresterie R. Bernier Inc. (Syndic)*, [2005] R.J.Q. 19 (C.A.), [2004] n° AZ-50283247  
*Fortier c. Grenier*, 2006 QCCS 1929  
*G.M.A.C. Location Ltée c. Bambach*, [2000] n° AZ-50078806 (C.Q.)  
*Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 R.C.S. 499  
*Gaudreault c. Verreault*, EYB 1996-87903 (C.S.)  
*General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790  
*Grobstein c. A. Hollander and Son Ltd.*, [1963] B.R. 440  
*Grondin v. Lefaiivre*, [1931] S.C.R. 102  
*Groupe Commerce, compagnie d'assurances c. Couture & Fortier Assurances Inc.*, [1998] R.R.A. 957 (C.A.), [1998] n° AZ-98011719  
*Heydon's case*, (1584) 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637  
*Hindle c. Cornish*, [1991] R.J.Q. 1723 (C.S.), [1991] n° AZ-91021374  
*Houle c. Société hypothécaire B.N.E.*, [1996] R.R.A. 547 (C.A.)  
*Household Finance Corporation of Canada c. Jourdain*, [1977] C.P. 426 (C.S.)  
*In re Bertrand : Trans Canada Credit Corporation c. Savage*, [1967] C.S. 596  
*In re Civano Construction Inc. : Gingras c. Credit M.-G. Inc.*, [1962] C.S. 45  
*In re Economic Plywood inc. : Mercure c. Banque Canadienne Nationale*, [1969] C.S. 187  
*In re O.T.E.A. Inc. : Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539  
*J. Cohen (1962) Inc. c. Rothstein*, [1971] C.S. 705  
*Jeanty c. Labrecque*, [1978] C.S. 463  
*Kaussen, succession (Syndic) c. Langlois Robert*, [1996] J.Q. 3553  
*Kisber & Co. c. Ray Kisber & Associates Inc.*, [1998] R.J.Q. 1342 (C.A.)  
*L.B. c. Caisse populaire de Frampton*, [2004] n° AZ-50254137 (C.S.)  
*Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7  
*Lechter c. Banque de Montréal*, [2004] R.R.A. 1157 (C.S.)  
*Lefebvre (Syndic); Tremblay (Syndic)*, [2004] 3 R.C.S. 326  
*Lemaire c. Tourville*, [1952] C.S. 221



- Lemay c. Banque Royale du Canada*, [1992] R.D.I. 648 (C.A.)
- Lemcovitz c. Laurentide Acceptance Corporation*, [1966] B.R. 160
- Lévesque c. Théberge*, [2005] n° AZ-50320438 (C.S.)
- Location Holland (1995) Ltd. c. Daimler Chrysler Insurance Company*, 2005 QCCA 198
- Location Tiffany Leasing Inc. c. 3088-6022 Québec Inc.*, [1998] n° AZ-98031277 (C.Q.)
- Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101
- Marmette c. Villeneuve*, [1968] B.R. 841
- Marque d'or Inc. c. Clayman*, [1988] R.J.Q. 706 (C.S.)
- Marquis c. Goupil*, [1972] C.A. 207
- Massouris (Syndic)*, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.)
- Matamajaw Salmon Club c. Duchaine*, [1921] 2 A.C. 426
- Matériaux J.L. Gauthier inc. c. Cantine Chez Claudia*, [1998] n° AZ-98031434 (C.Q.)
- Matrox Electronic Systems Ltd. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (C.S.)
- McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138
- Metacad 2000 Inc. c. Lamb Canada (A division of Lamb-Grays Harbor Co.)*, [2004] R.J.Q. 1099 (C.A.)
- Mirarchi c. Lussier*, 2007 QCCA 284, [2007] R.J.Q. 301
- Moderne compagnie d'assurance c. Vanchestein*, [1925] 39 B.R. 294
- Molloy c. Bouchard*, [1990] R.J.Q. 1941 (C.S.)
- Montréal (Cité) c. Montreal Light, Heat & Power Company*, [1909] 18 B.R. 414
- Montréal (Ville) c. Robidoux*, [1979] C.A. 86
- Morin-Gagné c. Capital Midland Walwyn Inc.*, [1998] n° AZ-99031073 (C.Q.)
- Ouellet (Syndic)*, [2004] 3 R.C.S. 348
- P. Brunet Assurance Inc. c. Lamanque*, EYB 1993-74746 (C.S.)
- Pacific National Leasing Corp. c. Domaine de l'Eden (1990) Inc.*, [1995] n° AZ-95031327 (C.Q.)
- Payenneville c. Prévost*, [1916] 25 B.R. 246
- Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic)*, [1999] 3 R.C.S. 375
- Pesant v. Pesant*, [1934] S.C.R. 249
- Pétroles St-Jean Inc. c. 2865-9985 Québec Inc.*, [1998] n° AZ-98022059 (C.S.)

*Place Québec Inc. c. Desmarais*, [1975] C.A. 910

*Poolman c. Eiffel Productions S.A.*, [1991] 35 C.P.R. (3d) 384 (C.F.P.I.)

*Productions Michel Desrochers Inc. c. Bourbeau*, [1983] C.S. 522

*Promotion & Succès Ltée c. Québec (Procureur général)*, [1973] C.A. 949

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Banque nationale du Canada*, [1999] R.J.Q. 950 (C.A.)

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Bédard*, [1985] R.D.F.Q. 161 (C.S.)

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Benro Inc.*, D.F.Q.E. 83F-45 (C.S.)

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Équipements Laporte Inc.*, D.F.Q.E. 82F-145 (C.P.)

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Fercal inc.*, 2006 QCCA 68

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Fountainhead Fun Center Ltd.*, [1981] R.D.F.Q. 105 (C.S.)

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Meubles J.T. inc.*, [1994] R.D.F.Q. 243 (C.Q.)

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Restaurant chez Gisèle Forget Ltée*, [1984] C.S. 488

*R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963

*Ralfor Plus Inc. (Syndic)*, [2003] n° AZ-50184570 (C.S.)

*Regroupement des marchands actionnaires Inc. c. Métro Inc.*, 2006 QCCS 3159

*Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374

*Rose c. Denis*, [2002] R.J.Q. 797 (C.Q.)

*Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250

*Santé naturelle Ltée c. Produits de nutrition Vitaform Inc.*, [1985] C.S. 628

*Saulnier c. Banque Royale du Canada*, [2008] 3 R.C.S. 166

*Smith c. Savard*, [1962] C.S. 625

*Société générale Beaver Inc. c. Destefano*, [1996] n° AZ-96031253 (C.Q.)

*Socomec Industriel inc. c. Plasti-Systèmes inc.*, [2000] n° AZ-50079236 (C.Q.)

*Spécialités B-Pro Inc. c. Monuments Fleury Inc.*, [1986] n° AZ-86031207 (C.P.)

*Stone Electric Inc. c. Community Development Ltd.*, [1972] C.S. 397

*T. c. B.*, [1958] C.S. 587

*Télé-Métropole international Inc. c. Banque mercantile du Canada*, [1995] n° AZ-95011573 (C.A.)

*Théberge c. Lévesque*, 2007 QCCA 898, [2007] R.J.Q. 1482

*Théo G. Soucisse Inc. c. Groupe commerce, compagnie d'assurances*, [1997] R.R.A. 393 (C.S.), [1997] n° AZ-97021261

*Thompson and Alix Ltd. c. Lapierre*, [1934] 72 C.S. 460

*Transport Consol (1998) Inc. (Syndic)*, [2004] R.J.Q. 2251 (C.S.)

*Trego c. Hunt*, [1896] A.C. 7

*Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952

*Tremblay c. Régie intermunicipale de l'Est de Portneuf*, [1982] R.P. 321 (C.S.)

*Tri-Tex Co. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.)

*Vadeboncoeur c. 2851-2259 Québec Inc.*, REJB 1997-03744 (C.S.)

*Valiquette c. Valiquette*, [2003] R.R.A. 961 (C.S.)

*Vigneault, Lachance & Associés Inc. c. Axa Assurances Inc.*, 2008 QCCS 860

*Wilmington Trust Company c. NAV Canada*, [2004] R.J.Q. 2966 (C.A.)

## **F- Codes et lois**

### **1- Lois britanniques et fédérales**

*Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41

*Acte constitutionnel de 1791*, 31 Geo. III, c. 31 (R.-U.),

*Acte d'Union de 1840*, 3-4 Vict., c. 35 (R.-U.)

*Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.)

*Acte pour l'abolition des droits et devoirs féodaux dans le Bas Canada*, 18 Vict., c. 3 (R.-U.)

*An Act respecting Banks and Banking*, 53 Vict., c. 31

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44

*Loi concernant les banques et les opérations bancaires*, S.R.C. 1952, c. 12

*Loi consolidant les lois relatives à la Windsor Hotel Company of Montreal*, 62 Vict., c. 87 (R.-U.)

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

*Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, C. I-21

*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, L.C. 1970-71-72, c. 48

*Loi relative aux cessions d'aéroports*, L.C. 1992, c. 5

*Loi remaniant la Loi sur les banques, modifiant la Loi sur les banques d'épargne de Québec et la Loi sur la Banque du Canada, instituant l'Association canadienne des paiements et apportant à certaines autres lois des modifications corrélatives*, S.C. 1980-81-82-83, c. 40

*Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, c. 20

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3

*Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, c. 20

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42

*Loi sur les banques et les opérations bancaires*, L.R.C. 1985, c. B-1

*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4

*Loi sur les connaissances*, L.R.C. 1985, c. B-5

*Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. 1985, c. I-9

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13

## **2- Codes et lois québécois**

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64

*Décret 1594-93 concernant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 8058

*Décret 30-2009 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (2009) 141 G.O. II, 23A

*Décret 907-99 concernant le Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1999) 131 G.O. II, 3846

*Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 8058

*Code civil du Québec*, projet de loi n° 125 (présentation – 18 décembre 1990), 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis. (Qc)

*Code civil du Québec*, projet de loi n° 125 (sanction – 18 décembre 1991), 1<sup>ère</sup> sess., 34<sup>e</sup> légis. (Qc)

*Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25

*Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile*, L.Q. 1987, c. 17

*Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16

*Loi du nantissement agricole*, S.Q. 1940, c. 69

*Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39

*Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, projet de loi n° 125 (sanctionné – 15 juin 2006), 1<sup>ère</sup> sess., 37<sup>e</sup> légis. (Qc)

*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*, projet de loi n° 181 (sanctionné - 16 avril 1998), 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> législ. (Qc)

*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*, projet de loi n° 181 (adopté - 31 mars 1998), 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> législ. (Qc)

*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 portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987 c. 18

*Loi relative au nantissement*, S.Q. 1962, c. 57

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

*Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2

*Loi sur le ministre de la Justice en matière de régimes matrimoniaux*, L.R.Q., c. M-19

*Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., c. S-32.01

*Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*, projet de loi n° 47 (sanctionné - 20 juin 2008), 1<sup>ère</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis. (Qc)

*Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.Q. 2008, c. 20

*Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.R.Q., c. T-11.002

*Loi sur les cessions de biens en stock*, L.Q. 1982, c. 55

*Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q., c. C-53

*Loi sur les nantissements agricole et forestier*, L.Q. 1974, c. 79

*Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, 4 Geo. V, c. 51

*Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q., c. P-16

*Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*, L.R.Q., c. P-16

*Loi sur les sociétés par actions*, projet de loi n° 63 (sanctionné - 4 décembre 2009), 1<sup>ère</sup> sess., 39<sup>e</sup> légis. (Qc)

*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1

*Règlement 54-101 sur la communication avec les propriétaires véritables des titres d'un émetteur assujetti*, (2005) 137 G.O. II, 2867, en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/54-101/2005-06-30/2005juin30-54-101-vadmin-fr.pdf> (site consulté le 4 mai 2012)

## II- Droit français

### A- Ouvrages, traités et manuels

- ARABEYRE, P., J.-L. HALPERIN et J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, P.U.F., 2007
- AFFAKI (dir.), G., *Faillite internationale et conflit de juridiction. Regards croisés transatlantiques*, Bruylant, Forum Européen de la Communication, 2007
- ALBIGES, C. et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « HyperCours Dalloz », Paris, Dalloz, 2009
- ANCEL, M.-E., *Repenser le droit des sûretés mobilières*, t. 7, Paris, L.G.D.J., 2005
- ANCEL, P., *Droit des sûretés*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2006
- ATIAS, C., *Droit civil, Les biens*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2005
- AUBRY, C. et C. F. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 9, Paris, Marchal et Billard, 1917
- AYNES, L. et P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2006
- Les sûretés. La publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2009
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil. Les biens*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1896
- BERGEL, J.-L., M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI et J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les Biens*, Paris, L.G.D.J., 2000
- BESSON, B. et J.-C. POSSIN, *L'intelligence des risques*, Paris, Éditions IFIE, 2006
- BOLZE, A., *Procédures collectives et sûretés*, Paris, Vuibert, 2006
- BONNEAU, T. et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2010
- BONFANTE, P., *Histoire du droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Sirey, 1928
- BONNEAU, T. et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2010

- BONNECASE, J., *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, de Boccard, 1924
- BOURG, D., *L'homme artificier. Le sens de la technique*, Paris, Gallimard, 1996
- BOURJON, F., *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, t. 2, Paris, Grangé, 1770
- BOURASSIN, M., V. BREMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2010
- BRODEAU, J., *Commentaire sur la Coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, t. 2, Paris, Béchet, 1658
- BUGNET, M., *Œuvres complètes de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 5, Paris, Cosse et Marchal, 1861
- Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*, 2<sup>e</sup> éd, t. 9, Paris, Cosse, 1848
- CABRILLAC, M. et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1995
- Droit des sûretés*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1997
- Droit des sûretés*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2002
- CABRILLAC, M., C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, *Droit des sûretés*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2007
- Droit des sûretés*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2010
- CARBONNIER, J., *Droit civil. Les biens, les obligations*, t. 2, Paris, P.U.F., 2004
- CARON, C. et H. LECUYER, *Le droit des biens*, Paris, Dalloz, 2002
- CHABAS, F., H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 8<sup>e</sup> éd., t. 2, vol. 2, Paris, Montchrestien, 1994
- CHARONDAS LE CARON, L., *Coustumes de la ville : prévosté et vicomté de Paris*, Paris, Huillier, 1595



- COLIN, A. et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 1, Paris, Dalloz, 1957
- COHEN, A., *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1948
- COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989
- CORNU, G., *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1999
- Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Montchrestien, 2005
- Linguistique juridique*, Paris, Edition Montchrestien, 2005
- Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2011
- CUGNET, F. J., *Abrégé de la Coutume*, London, Charles Eyre et William Straham, 1773
- DE FERRIERE, C., *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, Paris, Theodore Le Gras, 1719
- Nouveau commentaire sur la Coutume de la prévosté et vicomte de Paris*, t. 1, Paris, Libraires associés, 1788
- DE SAVIGNY, F. C., *Traité de la possession en droit romain*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone-Lauriel, 1893
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, v. 9, t. 1, Paris, Imprimerie Générale, 1865-1884
- DERRUPPE, J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créances*, Paris, L.G.D.J., 1952
- FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XV, Osnabrück, Otto Zeller, 1968
- GHESTIN, J., M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, Paris, L.G.D.J., 2005
- GAUDEMET, E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Sirey, 1935
- GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1999
- GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1954
- GIFFARD, A. E., *Précis de droit romain*, 4<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Dalloz, 1951

- GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Arthur Rousseau, 1924
- GIRAUD, C., *Précis de l'ancien droit coutumier français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cotillon, 1875
- GUILLOUARD, L., *Traité du nantissement et du droit de rétention. Livre III, Titre XVII du Code civil*, t. 13, Paris, Pedone, 1895
- GUYON, Y., *Droit des affaires*, t. 2, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2003
- JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *Droit civil. Sûretés, publicité foncière*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007
- JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Sirey, 1932
- Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Sirey, 1938
- JOURDAIN, P., *Les Biens*, Paris, Dalloz, 1995
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. XXVIII, Bruxelles, Bruyant-Christophe, 1869-1878
- LEGEAIS, D., *Sûretés et garanties du crédit*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2009
- LEVY, J.-P., *Cours d'histoire des institutions privées. La propriété, les biens*, Paris, Cours de droit, 1970
- LEVY, E., *Les fondements du droit*, Paris, Félix Alcan, 1922
- LUCAS, A. et H.-J. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994
- LUCAS, A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Paris, Litec, 1975
- MALAUURIE-VIGNAL, M., *Le droit interne de la concurrence*, Paris, Armand Colin, 1996
- MALAUURIE, P. et L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2007
- Droit civil. Les sûretés*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2010
- MARTY, G., P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1987
- MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit Civil. Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1980
- MERLE, P., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004
- ORLEAN, A., *L'empire de la valeur. Refonder l'économie*, Paris, Éditions du Seuil, 2011

- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives de l'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989
- MERLIN, P.-A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4<sup>e</sup> éd., t. 5, Paris, Garnery, 1812
- MESTRE, J., E. PUTMAN, M. BILLIAU et J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Droit spécial des sûretés réelles*, Paris, L.G.D.J., 1996
- MEYNIAL, É. J. M., *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique*, Montpellier, Imprimerie général du midi, 1906
- MONIER, R., *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 1, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1935
- Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1948
- ORTOLAN, J., *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, 8<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Videcoq Fils Aîné, 1870
- OURLIAC, P. et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. 2, Paris, P.U.F., 1961
- PERROUX, F., *La valeur*, Paris, P.U.F., 1943
- Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2008
- PICARD, M. et A. BESSON, *Traité général de droit des assurances terrestres*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1945
- PLANIOL, M. et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1952-1963
- POTHIER, R. J., *Œuvres complètes de Pothier*, vol. XVII, Paris, Chez Thomine et Fortic, 1821-1824
- RIGAUD, L., *Le droit réel. Histoires et théories. Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912
- RIOTOR, L., *Jacques Cartier et le voyage au Canada. Chronique de la Nouvelle-France*, Paris, Éditions Pierre Roger, 1937

- RIPERT, G. et J. BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1957
- PIETTE, G., *Droit des sûretés. Sûretés personnelles. Sûretés réelles*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Gualino, 2007
- PIROU, G., *La valeur et les prix*, Paris, Sirey, 1945
- SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui. Troisième série. Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Dalloz, 1959
- SIMLER, P. et P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004
- SIMLER, P. et P. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009
- TERRE, F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002
- TERRE, F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005
- TERRE, F. et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002
- TERRE, F. et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006
- THERY, P., *Sûretés et publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1998
- TIMSIT, G., *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, P.U.F., 1986
- TURGEON, C. et C.-H. TURGEON, *La valeur*, 2<sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, Sirey, 1927
- TROPLONG, R. T., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, t. 19, Paris, Hingray, 1847
- TROPLONG, R. T., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, t. 1, Paris, Hingray, 1847
- VERMOND, E., *De jure rerum corporalium privatarum*, Paris, De Boccard, 1928
- VON JHERING, R., *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Marescq, 1886

VIVANT, M., *Lamy droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 1995

WEILL, A. et François TERRE, *Droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1978

WEILL, A., *Droit civil. Les Biens*, Paris, Dalloz, 1970

ZENATI, F. et T. REVET, *Les Biens*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2008

## **B- Mémoires et thèses**

ANTIER, L., *La survivance de la seconde coutume de Paris. Le droit civil du Bas-Canada*, thèse de doctorat, Rouen, Imprimerie des Petites Affiches, 1923

ARCHAMBAULT, A.-L., *La nature juridique des valeurs mobilières*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris I, 1998

ARNAUD, A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969

AYNES, A., *Le droit de rétention. Unité ou pluralité*, Paris, Economica, 2005

AZEMA, J., *Le droit français de la concurrence*, Paris, P.U.F., 1989

BARRIERE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004

BECQUET, S., *Le bien industriel*, Paris, L.G.D.J., 2005

BELLIVIER, F., *Le patrimoine génétique humain. Étude juridique*, thèse de doctorat, Paris I, 1997

BERLIOZ, P., *La notion de bien*, Paris, L.G.D.J., 2007

BLAISOT, A., *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse de doctorat, Paris, A. Fontemoing, 1897

BORGA, N., *L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Paris, Dalloz, 2009

CABRILLAC, M., *La protection des créanciers dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, Paris, Sirey, 1954

CROCQ, P., *Propriété et garantie*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université de Paris II, 1992

DELVAS, G., *Droit romain : du pignus nominis. Droit français : Du gage des choses incorporelles*, thèse de doctorat, Paris, A. Giard et E. Brière, 1892

- DINGREVILLE, P., *L'hypothèque mobilière, sa distinction du gage sans dépossession*, thèse de doctorat, Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, 1937
- DUPICHOT, P., *Le pouvoir des volontés individuelles dans le droit des sûretés*, thèse de doctorat, Paris, L.G.D.J., 2005
- ELEKES, N.-A., *De quelques différences dans l'application du droit de rétention d'après la jurisprudence allemande et française*, Paris, L.G.D.J., 1929
- EMERICH, Y., *La propriété des créances. Approche comparative*, Paris, L.G.D.J., 2007
- FERRADOU, F., *Du rôle de la possession dans le droit privé français*, thèse de doctorat, Bordeaux, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1928
- GAUDEMET, A., *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010
- GINOSSAR, S., *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960
- GIOVANOLI, M., *Le crédit-bail en Europe. Développement et nature juridique. Étude comparative avec référence particulière aux droits français, allemand, belge, italien et suisse*, Paris, Litec 1980
- GOUËZEL, A., *Le principe de subsidiarité en droit privé*, thèse de doctorat, Paris, École doctorale de droit privé, Université de Panthéon-Assas, 2011
- GOYET, C., *Le louage et la propriété à l'Épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, L.G.D.J., 1983
- HARDEL, R., *Étude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français*, thèse de doctorat, Paris, Sirey, 1932
- HUSSON, L., *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, Dalloz, 1974
- JOBBE-DUVAL, E., *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français*, thèse de doctorat, Paris, L. Larose, 1880
- JOURDAN, A., *L'hypothèque. Exposition historique et dogmatique. Explication des textes*, Paris, Marescq, 1876
- KUHN, C., *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université Panthéon-Sorbonne, 2003
- KRIEF-VERBAERE, C., *Recherches sur la possession en droit des sûretés réelles*, thèse de doctorat, Paris XII, Faculté de Droit Saint-Maur, Université de Paris Val de Marne, 2005

- LASSALAS, C., *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, thèse de doctorat, Clermont-Ferrand, Faculté de droit, Université de Clermont Ferrand, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 1997
- LAVIRON, M., *La constitution de la province de Québec*, thèse de doctorat, Paris, TEPAC, 1941
- LEBLOND, N., *Assurances et suretés*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université Panthéon-Assas, 2007
- LEGEAIS, D., *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse de doctorat, Paris, Economica, 1986
- LIBCHABER, R., *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1992
- LISANTI-KALCZYNSKI, C., *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, thèse de doctorat, Paris, Litec, 2001
- MARTIAL, N., *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, thèse de doctorat, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2007
- MERCIER, V., *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, thèse de doctorat, Aix-en-Provence, Faculté de droit, Université d'Aix-Marseille, P.U.F. d'Aix Marseille, 2005
- MOREL, M., *De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage. Caractère véritable du gage sans dépossession*, thèse de doctorat, Paris, A. Rousseau, 1902
- PARANCE, B., *La possession des biens incorporels*, Paris, L.G.D.J., 2008  
*Possession des biens incorporels*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université Panthéon-Sorbonne, 2003
- PELISSIER, A., *Possession et meubles incorporels*, thèse de doctorat, Paris, Dalloz, 2001
- PEROCHON, F., *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, vol. 21, Paris, Litec, 1988
- PIEDELIEVRE, R., *De l'interdit salvien en droit romain. De la règle Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque en droit français*, thèse de doctorat, Paris, L. Larose et Forcel, 1884
- POULANTZAS, N., *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris, L.G.D.J., 1965

- QUINCARLET, S., *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, thèse de doctorat, Bordeaux, Imprimerie Ségalas-Bérou, 1937
- RAVAIL, P.-J., *De l'objet de la possession : essai sur le droit romain, l'ancien droit français et le droit actuel*, thèse de doctorat, Paris, Arthur Rousseau, 1899
- RAVENNE, S., *Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris-Dauphine, 2007
- REVEL, T., *La force de travail (Étude juridique)*, Paris, Litec, 1992
- RIFFARD, J.-F., *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières. Contribution à une rationalisation du droit français*, Paris, L.G.D.J., 1997
- SALVIEJO, C., *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et européen*, thèse de doctorat, Montpellier, Faculté de droit, Université de Montpellier I, 2003
- SCHNAPPER, B., *Les rentes au XVIe siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1956
- SIMON, R., *Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, Bordeaux, Imprimerie Y. Cadoret, 1903
- SIRINELLI, P., *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse de doctorat, Paris, Faculté de droit, Université de Paris II, 1985
- TOLEDO, A.-M., *La notion de sûreté et droit du commerce international*, thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 1997
- TREBULLE, F.-G., *L'émission des valeurs mobilières*, Paris, Economica, 2002
- VIALLA, F., *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Paris, Litec, 1999
- XIFARAS, M., *La propriété. Étude philosophique du droit*, Paris, P.U.F., 2004
- ZENATI, F., *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, Université Jean Moulin, 1981



### C- Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- AFFAKI, G., « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », dans Marie-Élodie ANCEL (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, t. 7, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 9
- AIRAULT, D., M.-A. FRISON-ROCHE et J. REVUZ, « L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », *R.D. bancaire et bourse* 1993.36.64
- ALAMOWITCH, S., « Le gage-espèces », L.P.A. 1994.4
- ALBIGES, C. et Y. PICOD, *Rép. com.* Dalloz, v° Nantissement
- ALBIGES, C., « Efficacité d'une sûreté et intervention d'un notaire », D. 2009.602
- ALLEGAERT, V., « De la propriété des valeurs mobilières », *Bulletin Joly Sociétés* 2005.3.339
- AMRANI-MEKKI, S., « Droit des contrats », D. 2007.2966
- ANCEL, P., « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Cah. dr. entr. 1989.5.3
- ANDREU, L., « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles », L.P.A. 2009.112.5
- ARMAND, F., « L'introduction du droit d'utilisation : le re-use à la française, une "quasi-propriété" ? », *Banque et droit* 2005.3
- ATIAS, C., « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », dans *Le gage commercial*, Colloque de Deauville, les 11 et 12 juin 1992, Association Droit et commerce, *R.J. com.* 1994.72
- AUCKENTHALER, F., « Cession de créance en garantie : le serpent de mer se déchaîne », J.C.P éd. E. 40.2187
- « Le gage de compte d'instruments financiers après l'ordonnance du 24 février 2005 », J.C.P. éd. E. 2005.1728
- AUQUE, F., « Application du statut des baux commerciaux au franchisé », J.C.P. éd. N. 2002.48.1651
- AUREL, D., « Le dépassement du droit », dans « Les biens et leur évolution », *Ar. philo. dr.* 1963.8.167
- AYNES, A., « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2008.13

- AYNES, L., « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir? », D. 2007.961  
« La cession de créance à titre de garantie : quel avenir? », *Droit et patrimoine* 2007.158.28  
« La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Présentation générale de la réforme », D. 2006.chr.1289  
« Le gage de meubles corporels », Rev. Lamy Civil 2006.29.7  
« Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », J.C.P. 2009.I.119  
« Rapport introductif », R.J. com. 1994.38.9
- BARRIERE, F., Entretien, Journée Université Panthéon Assas 2007, *Rev. Dr. Aff.* 2007.29  
« La fiducie-sûreté », J.C.P. éd. E. 2009.1808  
« La fiducie ou le réveil chaotique de la Belle au bois dormant », Ateliers de droit civil du CRDPCQ, La fiducie en droit civil 2008-2009, Université McGill, 12 septembre 2008, en ligne :<<http://francais.mcgill.ca/centre-crepeau/activities/civillawworkshops/previous/trusts/>>  
(site consulté le 4 mai 2012)
- BAZIN-BEUST, D., « Une analyse du pacte comissoire... ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs », L.P.A. 2011.99.50
- BEAUSSONIE, G., « La pérennité de la protection pénale des biens incorporels », note sous Crim., 16 nov. 2011, D. 2012.137
- BELOT, F., « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », L.P.A. 2006.243.6
- BERGEL, J.-L., « La découverte du sens en droit par la finalité », dans F. PAYCHERE (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit. Rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, Franz Steiner, 1992, p. 67

« La sécurité juridique », (2008) 110 *R. du N.* 271

BEY, E.-M., « Le crédit-bail envisagé comme une sûreté », dans *L'évolution des sûretés*, Colloque de Deauville, 13 et 14 juin 1981, Paris, Revue de jurisprudence commerciale, 1982

BILLIAU, M., « Réflexions sur le gage », J.C.P. 1995.I.3897

BLANLUET, G., « La cession d'actions nanties », D. 1999.chr.109

BONNEAU, T., « Commentaire de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », J.C.P. éd. E. 2009.5.1105

« Commentaire de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière », J.C.P. éd. E. 2010.44.1957

« Efficacité et avenir de la régulation financière », *R.D. bancaire et fin.* 2010.6.67

« Quotas d'émission de gaz à effet de serre », *R.D. bancaire et fin.* 2011.2.76

« Quotas de Co<sub>2</sub>, biens et titres financiers », *Bulletin Joly Bourse* 2011.3.207

« Valeurs mobilières et titres financiers en droit français », *R.D. bancaire et fin.* 2009.2.75

BORGA, N., « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *R.D. bancaire et fin.* 2009.3.étude.n° 20

BOUERE, J.-P. et H. DE VAUPLANE, « Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de comptes et son client », *Bulletin Joly Sociétés* 1997.7-8.617

BOULANGER, J., « Rapport présenté au nom de la commission chargée d'étudier la mise en gage des créances à personne dénommée », *Bulletin de la Société d'études législatives* 1938.333

BOURREAU-GUERINIERE, M., « Commercialisation des assurances-vie en unités de compte constituées d'instruments financiers complexes », *L'Essentiel Droit des assurances* 2010.2.6

BOUTELLER, P., « L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie », J.C.P. éd. E. 2001.646

BROS, S., « Le gage-espèces », *Droit et patrimoine* 2007.161.77

CABRILLAC, M., « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », dans *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris, Joly-Litec, 1991, p. 333

« Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente », D. 1988.chr.225

CABRILLAC, S., « Le gage sur stocks du Code de commerce », dans *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Colloque organisé par le laboratoire de droit privé de la faculté de droit de Montpellier et l'Association rencontres notariat-université, 1<sup>er</sup> janvier 2006, Paris, Litec, 2007, p. 45

CARBONNIER, J., « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », dans Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 167

CATALA, P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984.chr.97

« Exposé de synthèse », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens, 3<sup>e</sup> journées René Savatier, Poitiers, les 4 et 5 octobre 1990*, Paris, P.U.F., 1991, p. 87

« L'immatériel et la propriété », *Ar. philo. dr.* 1999.43.61

« La propriété de l'information », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz et Sirey, 1985, p. 97

« La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966.185

CAYE, P., « La condition immatérielle du monde et la question du droit », *Ar. philo. dr.* 1999.43.225

CERBAN, A., « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD civ.* 1939.47

- CERLES, A., « La propriété, nouvelle reine des sûretés? », dans Thierry BONNEAU (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Paris, Banque éditeur, 2000, p. 87  
 « Les garanties de la garantie », *Gaz. Pal.* 2010.140.47
- CHAGNY, M., « Risques, finance et droit », *R.D. bancaire et fin.* 2010.6.étude.n° 29
- COLIN, A., « La transmissibilité des instruments financiers à terme », *Gaz. Pal.* 2007.9
- CORNU, G., « Rapport de synthèse », dans F. PAYCHERE (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit. Rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, Franz Steiner, 1992, p. 81
- COURTIEU, Guy, « Assurance sur la vie : nouveaux ajustements législatifs II », *Resp. civ. et assur.* 2008.1.étude.n° 1
- CRISTAU, A., « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002.2814
- CROCQ, P., « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties », dans *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica 2004, p. 347  
 « Droit des sûretés octobre 2006 – juillet 2008 », *D.* 2008.2104  
 « La réserve de propriété », *J.C.P. éd. E.* 2006.20.6, *Droit et patrimoine* 2005.140.75  
 « Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de propriétés-sûretés », dans *Mélanges Jean Foyer*, Paris, Economica, 2008, p. 253  
*Rép. civ.* Dalloz, v° Nantissement
- D'AVOUT, L., « De l'utilité résiduelle du droit commun en matière de transfert d'actions et autres titres financiers », *D.* 2010.123
- DABIN, J., « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962.20
- DAIGRE, J.-J. et P. PAILLER, « Commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *Rev. soc.* 2009.1.37
- DAIGRE, J.-J., « Du fonds libéral en général », dans *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, 1997, p. 191

« Précisions relatives au gage de compte d'instruments financiers. Commentaire sur le décret du 21 mai 1997 », *Droit des sociétés* 1997.9.4

DAMMAN, R., C. HART DE KEATING et H. LECUYER, « Gage, nantissement, droit de rétention et fiducie », L.P.A. 2010.80.4

DAMMANN, R. et G. PODEUR, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution », D. 2007.1359

« Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », D. 2008.2300

DAMMANN, R. et M. ROBINET, « Quel avenir pour les sûretés classiques faces à la fiducie-sûreté? », Cah. dr. entr. 2009.4.35

DAMMANN, R., « La fiducie achève de faire sa place dans le droit français », L.P.A. 2009.3

« La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », D. 2006.chr.1298

DAVID, L., « Trop d'assurance vie ou pas assez », *Les Echos* 2005.107

DE LAJARTE, C., « La nature juridique des droits du bénéficiaires d'un contrat de fiducie », Rev. Lamy Civil 2009.60.71

DE LAMY, B., « Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles », D. 2005.411

« La force de travail peut-elle être assimilée à un bien au sens de l'article 314-1 du code pénal sur l'abus de confiance? », D. 2002.somm.1795

DE VAUPLANE, H., « De la détention nationale à la détention internationale de titres : ou sont les titres ? » dans *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Conseil national du crédit et du titre, Paris, mai 1997, p. 147

« La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », J.C.P. éd. E. 2007.2051

- DE WATRIGANT, C., « Instrument financier et valeur mobilière », L.P.A. 2010.84.6
- DERRIDA, F., « La “dématisation” du droit de rétention », dans *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 177
- DERUPPE, P., « Clientèle et achalandage », dans P. COUV RAT (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, Paris, P.U.F., 1992, p. 167
- DESCHAMPS, M., « Les sûretés sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire en droit canadien », *Rev. dr. unif.* 2005.10.189
- DESJEUX, X., « La reprise de la prestation d'autrui : l'idée commerciale et l'investissement économique (esquisse d'un projet de loi) », *Gaz. Pal.* 1992.doctr.973
- « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie », *Cah. dr. entr.* 1985.II.14490
- « Quelle protection juridique pour le modèle “fonctionnel” ? (le design ou la création d'une valeur économique personnelle à l'entreprise) », *Gaz. Pal.* 1981.1.297
- DESURVIRE, D., « L'atomisation de la propriété », L.P.A. 1994.90.14
- DETRAZ, S., « Vol du contenu informationnel de fichiers informatiques », D. 2008.2213
- DROSS, W., « La distinction du titre et de la finance en matière de clientèles civiles après l'arrêt du 7 novembre 2000 », D. 2002.759
- DRUMMOND, F., « Les titres intermédiés - Regard sur un nouveau concept du droit financier », dans *Études de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Économica, 2008, p. 147
- DU MANOIR DE JUAYE, T., « Intelligence économique et secret des affaires : le point de vue des juristes », *Cah. dr. entr.* 2008.doss.44
- DUBERTRET, M. et D. MANGENET, « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », D. 2009.448
- DUBERTRET, M., « La propriété d'actions non inscrites en compte », *Rev. soc.* 2009.3.580

DUFOUR, O., « La fiducie achève de faire sa place dans le droit français », L.P.A. 2009.62.3

DUMONT-LEFRAND, M.-P., « Le gage de meubles corporels », dans *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Colloque organisé par le laboratoire de droit privé de la faculté de droit de Montpellier et l'Association rencontres notariat-université, 1<sup>er</sup> janvier 2006, Paris, Litec, 2007, p. 31

DUPICHOT, P., « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », L.P.A. 2010.76.7

« Le nantissement, un an après », L.P.A. 2008.63.27

FAVERO, M. et J.-L. COLOMBANI, « Warrants financiers et droit des marques », *Bulletin Joly Bourse* 2000.1.15

FOY, R., « Identification des actionnaires », dans *Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse*, fas. 1856, Paris, Édition du Juris-Classeur, 2011

FOYER, J., « Le principe du gage avec dépossession », dans J. HAMEL (dir.), *Le gage commercial. Études de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1953, p. 67

FREMAUX, É. et G. DAUBLON, « La réforme du droit des sûretés », Rép. Defrénois 2006.13.1085

FRUTEAU, C., « Les “nouvelles” définitions de la proposition de la réforme du livre II du Code civil », L.P.A. 2010.241.6

GALATAUD, N., « Évaluation des titres non cotés », J.C.P. éd. N. 2011.16.1137

GALL, C., « Cession de clientèle et contrat de présentation : antinomie ou pléonasme? », L.P.A. 1997.71.36

GALLOUX, J.-C., « Ebauche d'une définition juridique de l'information », D. 1994.229

GAUTIER, P.-Y., « Rapport de synthèse », *Ar. philo. dr.* 1999.43.233, 233

GHESTIN, J., « La transmission des obligations en droit positif français », dans *La transmission des obligations. Travaux des IX<sup>es</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 5

GIULI, S., « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre : la problématique de la nature juridique des quotas et ses implications en matière comptable et fiscale », *Bulletin Joly Bourse* 2004.1.22



- GOBIN, A., « Fiducies sans la fiducie », J.C.P. éd. N. 1994.I.315
- 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 », *Rev. dr. unif.* 2002.3
- GOUT, O., « Le droit des sûretés mobilières après l'ordonnance du 23 mars 2006 », L.P.A. 2006.99.4
- GOUTAY, P., « Dématérialisation des titres : la portée de l'inscription en compte des actions sur le registre des transferts de la société », *Dalloz affaires* 1997.1173
- GUTMANN, D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *Ar. philo. dr.* 1999.43.65
- GUYETANT, C., V. VITANI et F. PEROCHON, « La valorisation des actifs », L.P.A. 2010.80.22
- GUYON, Y., « Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles », Rép. Defrénois 1999.1.3
- HEBERT, M. et L. LOVELLEC, « Quotas laitiers et exploitation agricole », dans L. LOVELLEC, *Ecrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002, p. 185
- HOUIN-BRESSAND, C., « L'incidence de l'ouverture d'une procédure collective sur le processus de paiement », *R.D. bancaire et fin.* 2011.3.91
- HOUTMANN, M.-A., « La fin d'un tabou : la cessibilité de la clientèle civile », L.P.A. 2002.144.15
- HUSSON, L., « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Ar. philo. dr.* 1972.17.115
- « Examen critique des assises doctrinales de la méthode exégétique », *RTD civ.* 1976.431
- JACOB, F., « Le nantissement de parts sociales », *Droit et patrimoine* 2007.68
- JOBARD-BACHELLIER, M.-N., « Existe-il encore des contrats réels en droit français », *RTD civ.* 1985.1
- JOSSERAND, L., « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges juridiques, dédiés à M. le Professeur Sugiyama*, Paris, Sirey, 1940, p. 95

JULIEN, P., « Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité », *RTD civ.* 1963.213

KACZMAREK, L., « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009.1845

KOLECK-DESAUTEL, S., « Réflexions sur la cession des clientèles civiles », *L.P.A.* 2001.118.24

KUHN, C., « Licence d'exploitation et article 2279 du code civil », *D.* 2006.2867

LARROUMET, C., « La loi du 19 février 2007. Propos critiques », *D.* 2007.doss.1350

« Le conflit entre cessionnaire successif d'une créance transmise par bordereau », *J.C.P. éd. E* 1990.II.15877

« Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure de l'acheteur », *D. aff.* 1996.20.85

LE BARS, B., « Les instruments financiers après l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 : vers un « securities act » à la française ? », *Rev. Lamy Affaires* 2009.36.33

LE CANNU, P. et B. DONDERO, LE CANNU et Bruno DONDERO, « La réforme des instruments financiers », *RTD com.* 2009.380

« Preuve de la propriété des actions : quand la présomption fondée sur la possession de bonne foi prend le relais de la présomption fondée sur l'inscription en compte », *RTD com.* 2009.770

LE CORRE, P.-M., « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives », *D.* 2001.chr.2815

LE NABASQUE, H. et A. REYGROBELLET, « L'inscription en compte des valeurs mobilières », *R.D. bancaire et fin.* 2000.4.261

LE NABASQUE, H., « Les actions sont des droits de créance négociables », dans Y. GUYON, *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 263

- LE STANC, C., « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observation sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des “créations réservées” », D. 1993.chr.4
- LE TOURNEAU, P., « D’utiles mises au point sur le parasitisme », J.C.P. 2001.I.340, p. 1498, obs. Viney, D. 2001.1939  
 « De la modernité du parasitisme », *Gaz. Pal.* 2001.303.4  
 « Folles idées sur les idées », *Communication Commerce électronique* 2001.2.8  
 « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988.505  
 « Le parasitisme dans tous ses états », D. 1993.chr.310
- LEBLOND, N., « Le nantissement d’assurance vie réformé en catimini », *Resp. civ. et assur.* 2008.3.étude.n° 3
- LE CORRE, M., « Un exemple d’exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », *Petites Affiches* 2011.30.68
- LEDUC, F., « Le gage translatif de propriété, mythe ou réalité? », *RTD civ.* 1995.307
- LEGEAIS, D., « L’apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 365  
 « La réforme du droit des garanties ou l’art de mal légiférer », dans *Etudes offertes au doyen P. Simler*, Paris, Litec, 2006, p. 367  
 « Le gage de meubles corporels », J.C.P. 2006.I.4  
 « Le gage de meubles incorporels », *Contrats, conc., consom.* 2006.13  
 « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Droit et patrimoine* 2007.162.70  
 « Le nantissement de créances », *Droit et patrimoine* 2007.161.54

« Le nouveau droit du gage portant sur un véhicule automobile », J.C.P. éd. E. 2007.16.1482

« Présentation de la réforme du droit des sûretés. Une symphonie inachevée », *R.D. bancaire et fin.* 2005.3.67

« Rapport français », dans *La propriété*, t. LIII, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 419

« Réserve de propriété et cession Dailly : bilan contrastée de la propriété-garantie », dans *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt. Liber amicorum*, Paris, Joly, 2005, p. 347

LEVY, J.-P., « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », *Rev. hist. dr.* 1987.3.231

LEVY, M. et J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, Paris, La Document Française, 2006

LIBCHABER, R., « Incidences d'un trust américain sur l'assujettissement à l'ISF », *Bulletin Joly Sociétés* 2009.10.873

« L'adage en fait de meubles, possession vaut titre étendu aux titres non inscrits en compte », *Bulletin Joly Sociétés* 2009.12.1064

« La recodification du droit des biens », dans *Le Code civil, 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, p. 303

« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Rép. Defrénois* 2007.15.1094 (1<sup>re</sup> partie)

« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Rép. Defrénois* 2007.17.1194 (2<sup>e</sup> partie)

« Une fiducie française, inutile et incertaine ... », dans  
*Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, L.G.D.J.,  
 2005, p. 303

LIENHARD, A., « Registre national des fiducies : parution du décret. Trois ans après la loi du 19 février 2007, le décret d'application de l'article 2020 du Code civil est publié au Journal officiel du 4 mars 2010 », *Dalloz actualité*, 5 mars 2010

LISANTI-KALCZYNSKI, C., « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel », dans *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Colloque organisé par le laboratoire de droit privé de la faculté de droit de Montpellier et l'Association rencontres notariat-université, 1<sup>er</sup> janvier 2006, Paris, Litec, 2007, p. 53

LISANTI, C., « Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D. 2006.2671

LOISEAU, G., « L'article 2279 du Code civil ne s'applique pas à une licence de débit de boissons », J.C.P. 2006.II.10143  
 « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000.47

LUCAS DE LEYSSAC, M.-P., « L'arrêt *Bourquin*, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », R.S.C. 1990.507

LUCAS, F.-X., « La fiducie au pays de l'Or noir », *Bulletin Joly Sociétés* 2009.825  
 « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bulletin Joly Sociétés* 2000.8-9.765

MACKAAY, E., « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 9 et 10 novembre 1989, Paris, Litec, 1991, p. 219

MACORIG-VENIER, F., « L'exclusivité », L.P.A. 2011.30.59

MAFFEI, A., « De la nature juridique des titres dématérialisés intermédiés en droit français », *Rev. dr. unif.* 2005.10.237

- MALAUURIE-VIGNAL, M., « Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui », D. 1996.177
- MALECKI, C., « L'apporteur en savoir-faire : du mal aimé au bien aimé? », *Bulletin Joly Sociétés* 2004.10.1169
- MALLET-BRICOUT, B., « La fiduciaire propriétaire », J.C.P. éd. E. 2010.8.1191
- MARTIN, D. R., « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998.chr.15  
« De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996.chr.47  
« Du corporel », D. 1994.2286  
« Du gage d'actifs scripturaux », D. 1996.chr.263  
« Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001.chr.1228
- MARTIN, F. et B. GERARD-GODARD, « Le pacte comissoire », J.C.P. éd. N. 2011.21.1183
- MARTIN, L., « Le risque informationnel dans les relations de partenariat », *Cah. dr. entr.* 2008.5.25
- MATHIEU, M.-É., « Le nantissement de créances notifié : une sûreté devenue absolue? Réflexions pratiques autour de la décision de la Chambre commerciale du 26 mai 2010 », *R.D. bancaire et fin.* 2010.5.19
- MAYAUX, L., « Le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie mixte peut exercer sa faculté de rachat malgré l'opposition du bénéficiaire acceptant », J.C.P. 2008.II.10058  
« Les audaces tranquilles du législateur (Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007) », J.C.P. 2008.I.106
- MIGNOT, M., « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », R.R.J. 2006.1805  
« Le nantissement de quota d'émission de gaz à effet de serre », *R.D. bancaire et fin.* 2009.4.26
- MIRTIN-GUILHAUDIS, Y. et J.-G. RAFFRAY, « La cession des clientèles civiles : une question réglée? », J.C.P. éd. N. 2003.1483

- MISTRAL, C., « Le régime juridique des droits d'émission de gaz à effet de serre en France », *L.P.A.* 2004.146.13
- MOJUYE, B., « La détention directe de titres en *common law* américain », *R.D. bancaire et fin.* 2011.3.25
- MOLFESSIS, N. et R. LIBCHABER, « Source du droit en droit interne, les “avancées de la sécurité juridique” », *RTD civ.* 2000.660
- MOULY, C. et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283*, fas. 5, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2002, feuilles mobiles
- « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2393 à 2396*, fasc. 3, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2012, feuilles mobiles
- MOUSSERON, J.-M., J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281
- MOUSSERON, J.-M., « Recherche, développement et parasitisme économique », dans J.-M. MOUSSERON, « Le parasitisme économique », *Gaz. Pal.* 1988.29
- « Valeurs, biens, droits », dans *Mélanges offerts à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, 1991, p. 277
- MUNIZ ESPADA, E., « La flexibilité attendue des systèmes hypothécaires et l'eurohypothèque », dans Y. PICOD et P. CROCQ (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2006, p. 75
- NORMAND, S., « Francois-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre mer français* 2002.127
- OHL, D., « Aspects de la réforme du droit des valeurs mobilières », *Bulletin Joly Bourse* 2004.6.689
- OPPÉTIT, B., « La découverte du sens en droit positif par l'esprit ou la lettre », dans F. PAYCHERE (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit.*

*Rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, Franz Steiner, 1992, p. 61

« Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », dans *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 317

PACLOT, Y., « L'introuvable notion d'instrument financier », *Droit des sociétés* 2009.1.3

« La découverte du sens en droit. A travers l'esprit ou la lettre. Un point de vue historique », dans François PAYCHERE (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit. Rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, Franz Steiner, 1992, p. 51

« La réforme des instruments financiers par l'ordonnance du 8 janvier 2009 », *Bulletin Joly Bourse* 2009.1.59

PAQUET, G. et J.-P. WALLOT, « Le Bas-Canada au début du XIXe siècle : une hypothèse », *Revue d'histoire de l'Amérique française* 1971.25.39

PATARIN, J., « Le nantissement sur les films cinématographiques », dans J. HAMEL (dir.), *Le gage commercial. Études de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1953, p. 346

PATAULT, A.-M., « Regard historique sur l'évolution du droit des biens », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens, 3<sup>e</sup> journées René Savatier, Poitiers, les 4 et 5 octobre 1990*, Paris, P.U.F., 1991, p. 3

PEACH, P., « 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 », *Rev. dr. unif.* 2005.10.36

PERINET-MARQUET, H., « La proposition de réforme du droit des biens », *D.* 2009.152

« Regard sur les nouveaux biens », *J.C.P.* 2010.1100

PEROCHON, F., « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », *Cah. dr. entr.* 2009.22

« La revendication favorisée », *D.* 2004.chr.251



« Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », D. 2009.651

PETEL-TEYSSIE, I., « Une nouvelle sûreté : le nantissement du fonds agricole », *Revue de droit rural* 2006.340.25

PETEL, P., « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaires de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », J.C.P. éd. E. 2009.I.1049

PHAM, K. et S. DAVY, « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », *Gaz. Pal.* 2005.130.26

PIEDELIEVRE, A., « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », dans *Aspects du droit privé en fin du XX siècle. Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, L.G.D.J., 1986, p. 55

PIEDELIEVRE, S., « Le nouvel article 2286, 4° du Code civil », D. 2008.2950  
« Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », Rép. Defrénois 2006.10.791

POLLAUD-DULIAN, F., « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001.487  
« De la prescription en droit d'auteur », *RTD civ.* 1999.585

POURQUIER, C., « La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit », *RTD com.* 2000.569

PRIGENT, S., « Deuxième pas en fiducie », A.J.D.I. 2009.421

PUIG, P., « La fiducie et les contrats nommés », *Droit et patrimoine* 2008.171.68

PUTMAN, E., « Sur l'origine de la règle : “meubles n'ont point de suite par hypothèque” », *RTD civ.* 1994.3.543

RAMPELBERG, R.-M., « Pérennité et évolution des res incorporeales après le droit romain », *Ar. philo. dr.* 1999.43.35

REIGNE, P., « L'avenir d'une fiction juridique : le particularisme des clientèles civiles des professions libérales », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 599

REMY, P., « Éloge de l'exégèse », *Droits* 1985.115, R.R.J. 1982.254

REVEL, T., « Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce », *RTD civ.* 1991.1008

« En l'absence de tenue d'un registre de transfert des titres sociaux au moment d'une cession, le juge peut admettre la preuve de la propriété par la possession de bonne foi de ces titres par celui qui s'en prévaut cessionnaire », *RTD civ.* 2010.136

« L'article 2279 du code civil n'est pas applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés », *RTD civ.* 2006.348

« La cessibilité de la clientèle agricole », *RTD. civ.* 2009.748

« Le développement progressif de la commercialité de la clientèle civile », *RTD civ.* 2008.123

« Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?) », *D.* 2005.2632

« Notion de bien : tout produit de l'activité intellectuelle constitue un bien », *RTD civ.* 2005.164

« Rapport français. Les nouveaux biens », dans *La propriété*, t. LIII, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 271

REYGROBELLET, A., « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *RTD com.* 1999.314

RICHARD, J.-F., « Le gage après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *L.P.A.* 2008.63.45

RIFFARD, J.-F., « L'apport du Guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés », *Banque et droit* 2004.1

« Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations de garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé », dans Y. PICOD et P. CROCQ (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, coll. « Droit et procédures », Paris, Éditions juridiques et techniques, 2006, p. 107

« Les travaux de la CNUDCI en matière de sûretés », dans Yves PICOQ et Pierre CROCQ, *Le droit des sûretés à l'épreuve*

*des réformes. Actes du colloque, Perpignan, 9 et 10 juin 2006*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2006

« Quel devenir pour les sûretés sectorielles en matière agricole et commerciale : requiem ou status quo ? », *Dr. rural* 2009.372.doss.n° 25

ROBINE, D., « La réforme du gage de compte d'instruments financiers par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 », *Bulletin Joly Bourse* 2005.4.399

« La réforme du transfert de propriété des valeurs mobilières », L.P.A. 2005.189.49

« La régulation du marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre », L.P.A. 2010.250.22

ROUAST, A., « L'évolution du droit de propriété », dans *Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. 1, 1946, p. 45

ROUSSEL, F., « Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sein du droit des sûretés », *Droit et patrimoine* 2008.176.28

SAINT PE, S., « L'harmonisation européenne du droit des titres détenus auprès d'un intermédiaire », *Bulletin Joly Bourse* 2011.4.280

SAKON, A., « L'air : un bien public justifiant l'intervention de l'Etat », *Gaz. Pal.* 2011.141.13

SALEILLES, R., « Étude sur les éléments constitutifs de la possession », *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur* 1893-1894.8.311

SAVATIER, R., « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Université de Toulouse, Faculté de droit et des sciences économiques, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 365

SEUBE, J.-B., « La genèse de la réforme », L.P.A. 2008.63.5

SIGUOIRT, L., « La garantie des dépôts », *R.D. bancaire et fin.* 2009.1.105

SIMLER, P. et P. DELEBECQUE, Chronique « Droit des sûretés », sous Com., 26 sept. 2006, J.C.P. 2006.I.195

- SIMLER, P., « Prescription et possession », dans *Juris-Classeur Civil Code*, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2002, feuilles mobiles
- STORCK, M., « Droit des sociétés », *Banque et droit* 2007.69  
« La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », dans *Le Droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes offertes à Pierre Catala, Paris, Litec, 2001, p. 695
- STOUFFLET, J., « Le nantissement de biens incorporels », J.C.P. 2006.I.5
- SYNVET, H., « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », dans *Études offertes à Jacques Béguin. Droit et actualité*, Paris, Litec, 2005, p. 719  
« Le nantissement des meubles incorporels », *Droit et patrimoine* 2005.64.71
- TALLON, D., « Trust », dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1487
- TELLEGEN, J. W., « “Res incorporalis” et les codifications modernes du droit civil », *Labeo* 1994.43.35
- THOMAS, Y., « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2002.6.1431
- TORCK, S., « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *R.D. bancaire et bourse* 2008.2.1
- VALETTE, A., « De la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque », dans A. VALETTE, publiés par F. HEROLD et C. LYON-CAEN, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, t. 1, Paris, Marescq, 1880, p. 247
- VARET, É., « Le contentieux des licences de logiciel dans tous ses états », J.C.P. éd. E 2012.10.1173
- VIALLA, F., « Clientèle », *Rép. civ.* 2003.n° 108
- VILLEY, M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », R.H.D. 1945.201
- VIVANT, M., « Logiciel 94 : Tout un programme? », J.C.P. 1994.I.3792

WESTRUP, C. W., « Quelques remarques sur la propriété primitive », R.H.D. 1933.223

ZENATI, F., « L'immatériel et les choses », *Ar. philo. dr.* 1999.43.79  
 « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006.445  
 « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993.305  
 « Propriété et droits réels », *RTD civ.* 1994.639

ZOLTVANY, Y. F., « Esquisse de la Coutume de Paris », *Revue d'histoire de l'Amérique française* 1971.25.365

#### **D- Documentation officielle et électronique**

ANSA, MEDEF et AFEP, *Pour un droit moderne des sociétés*, rapport commun, octobre 2003, en ligne : <[http://archive.medef.com/medias/upload/55783\\_FICHIER.pdf](http://archive.medef.com/medias/upload/55783_FICHIER.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012)

BERNASCONI, C., *La loi applicable aux actes de disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte*, Document préliminaire n° 1, Conférence de La Haye de droit international privé, novembre 2000, p. 19, en ligne : <[http://www.hcch.net/upload/sec\\_pd01f.pdf](http://www.hcch.net/upload/sec_pd01f.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012)

BUREAU, A., « Le contrat de fiducie : étude de droit comparé, Allemagne, France, Luxembourg », Juripole de Lorraine, en ligne : <[http://www.juripole.fr/memoires/comparé/Antoine\\_Bureau](http://www.juripole.fr/memoires/comparé/Antoine_Bureau)> (site consulté le 4 mai 2012)

CCIP, *Pour une réforme de la société anonyme non cotée*, rapport adopté à l'Assemblée générale du 23 octobre 2003, Paris, 2003, en ligne : <<http://www.etudes.ccip.fr/sites/www.etudes.ccip.fr/files/upload/prises-position/cou0310.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

*Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, Le Cap, 16 novembre 2011, en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

DOUCET, J.-P., *Dictionnaires de droit criminel*, en ligne : <<file://localhost/http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire.htm>> (site consulté le 4 mai 2012)

MARINI, P., *Rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises*, rapport n° 442, 27 mai 2009, p. 78 et suiv., sous art. 6 sexies B (nouveau), en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/108-442/108-4421.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

FEDERATION FRANÇAISE DES ENTREPRISES D'ASSURANCE, *L'assurance française en 2006*, Paris, p. 27, en ligne : <<http://www.ffsa.fr/ffsa/upload/reprise/docs/application/pdf/2010-03/rapportannuel2006.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

FRANCE, ASSEMBLEE NATIONALE, *Proposition de loi n° 1611 du 13 mai 2004 relative à la protection des informations économiques, présentée par le député M. Bernard Carayon*, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1611.asp>> (site consulté le 4 mai 2012)

FRANCE, ASSEMBLEE NATIONALE, *Proposition de loi de M. Jacques Godfrain relative à la protection des créations réservées*, n° 2858, déposée le 30 juin 1992, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/9/dossiers/922858.asp - ETAPE144611>> (site consulté le 4 mai 2012)

FRANCE, COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, présidé par Henri MARTRE, Paris, La Documentation française, février 1994, en ligne : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000410/0000.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

FRANCE, CONSEIL NATIONAL DU CREDIT ET DU TITRE, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Paris, mai 1997

PRADA, M., *La régulation des marchés du CO<sub>2</sub>*, Rapport, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 2010, en ligne : <<http://www.minefe.gouv.fr/services/rap10/100419rap-prada.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

TRAVAUX DE LA BANQUE EUROPEENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DEVELOPPEMENT, *Modern Law on Secured Transactions*, 2004, en ligne :

<<http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

UNIDROIT, « Rapport explicatif du projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés », février 2008, en ligne :

<<http://www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/conference/conferencedocuments2008/conf11-004-f.pdf>> (site consulté le 4 mai 2012)

### **E- Jurisprudence**

Req., 19 juin 1848, S. 1848.1.465, note Devill

Civ., 13 avr. 1859, D. 1859.1.167

Civ., 25 nov. 1865, D.P. 1866.1.56, S. 1866.1.60

Req., 17 déc. 1873, S. 1874.1.409

Civ., 20 juin 1876, D.P. 1877.1.378

Douai, 17 déc. 1877, D. 1878.5.RET-412

Req., 13 avr. 1879, S. 1881.1.157

Req., 12 mars 1888, D.P. 1888.I.404

Civ., 18 mai 1898, D.P. 1900.1.481, S. 1898.I.433, note Lyon Caen

Crim., 25 juill. 1912, S. 1914.I.116

Civ., 26 janv. 1914, D.P. 1914.I.112

Civ., 23 avr. 1918, D.P. 1919.33

Cass., 26 janv. 1928, Pas. 1928.I.65

Douai, 26 juill. 1937, D.H. 1937.541

Civ., 21 mars 1938, D.H. 1938.257

Civ. 1<sup>re</sup>, 29 avr. 1954, J.C.P. 1954.II.8249

Grenoble, 11 oct. 1954, *Gaz. Pal.* 1955.1.231

Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1956, D. 1956.523, note Percerou

Com., 15 janv. 1957, *Bull. civ.* III, n° 20, 21 et 22, D. 1957.267, note Hémard

Com., 12 nov. 1958, *Bull. civ.* III, n° 387

Civ., 2 mars 1960, *Bull. civ.* I, n° 141

- Com., 16 mars 1960, *Bull. civ.* III, n° 100  
Soc., 23 avr. 1960, *Bull. civ.* IV, n° 385 et 386  
Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 1962, *Bull. civ.* I, n° 258  
Crim., 6 janv. 1966, *Bull. crim.*, n° 6  
Crim., 6 janv. 1966, *Gaz. Pal.* 1966.1.244  
Civ., 3 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 261, D. 66.648, note Mazeaud  
Civ., 11 juill. 1966, J.C.P. 1967.II.14946, note Bigot  
Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1966, *Bull. civ.* I, n° 464  
Com., 13 juill. 1966, J.C.P. 1967.II.15  
Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 1968, D. 1969.177, note Savatier  
Douai, 28 févr. 1969, R.G.A.T. 1969.495, note Besson  
Com., 2 juin 1969, R.G.A.T. 1969.492  
Com., 11 juin 1969, *Bull. civ.* IV, n° 221  
Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1969, D. 1970.jur.21, note Besson, R.G.A.T. 1969.493  
Civ.1<sup>re</sup>, 25 juin 1969, R.G.A.T. 1969.494  
Caen, 28 janv. 1972, D. 1972. 760, note Koering-Joulin  
Civ. 1<sup>re</sup>, 27 nov. 1973, *Bull. civ.* I, n° 322  
Civ. 3<sup>e</sup>, 23 avr. 1974, *Bull. civ.* III, n° 164, Mezière  
Com., 25 févr. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 61, J.C.P. 1975.II.18133  
Com., 24 mai 1976, *Bull. civ.* IV, n° 172  
Toulouse, 11 févr. 1977, D. 1978.206, note Mestre  
Civ. 1<sup>re</sup>, 20 avr. 1977, *Bull. civ.* I, n° 182  
Com., 25 oct. 1977, D. 1978.IR.164  
Com., 3 oct. 1978, D. 1980.jur.55, note Schmidt-Szalewski  
Crim., 8 janv. 1979, *Bull. crim.*, n° 73  
Rouen, 13 janv. 1981, D. 1983.jur.53, note Lucas  
Aix, 16 sept. 1982, D. 1983.IR.61, obs. Derrida  
Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1983, D. 1984.433, note Légier  
Com., 1<sup>er</sup> oct. 1985, *RTD com.* 1986.544, obs Hénard et Bouloc, D. 1986.somm.174, n° 22  
et 23, obs, Derrida, D. 1986.jur.246, note Cabrillac



Com., 13 janv. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 10  
Paris, 17 févr. 1988, D. 1988.somm.50, obs. Colombet  
Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988, *Bull.civ.* I, n° 160  
Crim., 12 janv. 1989, *Bull. crim.*, n° 14, obs. Lucas de Leyssac, R.S.C. 1990.907  
Com., 24 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 39, *Bulletin Joly Sociétés* 1989.3.266, note Lepeltier  
Crim., 1<sup>er</sup> mars 1989, *Bull. crim.*, n° 100, obs. Lucas de Leyssac, R.S.C. 1990.507  
Com., 29 mars 1989, pourvoi n° 87-13.499, en ligne :  
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007084596&fastReqId=2024222270&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012)  
Paris, 18 mai 1989, D. 1990.340, obs. Cadiet  
Com., 20 juin 1989, Banque 1989.760, *Bull. civ.* IV, n° 197, D. 1989.431, note Pérochon  
Com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 290, J.C.P. éd. E. 1990.II.15832, note Cabrillac  
Com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 300  
Com., 28 nov. 1989, D. 1990.somm.387, obs. Aynès, Défrenois 90.n° 73, note Aynès  
Paris, 20 déc. 1989, D. 1991.somm.91, obs. Colombet  
Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 1990, Rép. Defrénois 1990.1018, n° 18, note Aubert  
Com., 13 févr. 1990, D. 1990.somm.387, obs. Aynès, D. 1991.somm.43, obs. Pérochon, Défrenois 90.n° 73, note Aynès  
Paris, 22 mai 1990, D. 1990.175  
Com., 9 avr. 1991, J.C.P. éd. E. 1992.II.232, obs. Le Corre  
Com., 6 mai 1991, P.I.B.D. 1991.III.699  
Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1991, *Bull. civ.* I, n° 314  
Com., 7 janv. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 10  
Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1992, *Bull. civ.* I, n° 4  
Com., 14 avr. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 164  
Com., 30 juin 1992, *RTD com.* 1993.362, obs. Bouloc  
Com., 8 févr. 1993, J.C.P. éd. E. 1994.I.365, obs. Delebecque  
Civ. 1<sup>re</sup>, 24 mars 1993, J.C.P. 1993.II.22085, note Greffe, *RTD com.* 1995.418, obs. Françon  
Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1993, *Bull. civ.* I, n° 157

Paris, 29 juin 1993, D. 1993.IR.219

Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1994, *Bull. civ. I*, n° 4, J.C.P. 1994.I.3765

Civ., 12 janv. 1994, *Défrénois* 1994.6.430, obs. Aynès, *RTD civ.* 1994.642, note Zénati

Com., 31 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 196, J.C.P. 1995.I.3815, n° 18, obs. Cabrillac

Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1995, D. 1995.somm.287, obs. Colombet

Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 1995, R.I.D.A. 1995.327

Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 1995, *Bull. civ. I*, n° 145

Crim. 12 avr. 1995, *Bull. crim.*, n° 155

Com., 9 mai 1995, *RTD civ.* 1996.441

Com., 16 mai 1995, *RTD civ.* 1995.937, obs. Crocq

Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1995, D. 1995.560, note Beignier

Com., 4 juill. 1995, *RTD com.* 1995.822, obs. Cabrillac

Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janv. 1996, *RTD com.* 1997.95, obs. Françon, D. 1996.somm.285, obs. Burst,  
*Dalloz affaires* 1996.300

Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janv. 1996, *Ann. pr. ind.* 1996.108, note Lakits-Josse

Com., 9 janv. 1996, J.C.P. 1996.I.3935, obs. Cabrillac

Rennes, 7 févr. 1996, J.C.P. 1997.I.3991

Com., 5 mars 1996, *RTD civ.* 1996.440, 443, obs. Crocq

Com., 5 mars 1996, *Bull. civ. IV*, n° 72, J.C.P. 1996. I. 3960, obs. Cabrillac

Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996, pourvoi n° 94-16689, en ligne  
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007313846&fastReqId=865560555&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012)

Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 298, D. 1997.328, note Françon

Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 312, D. 1997.somm.252, obs. Piedelièvre, L.P.A.  
1996.23, obs. Pinon et Gérard, *RTD civ.* 1996.955, note Crocq

Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1996, Rép. Defrénois 1997.6.430, note Grimaldi

Com., 28 janv. 1997, *Bull. civ. I*, n° 4

Com., 28 janv. 1997, J.C.P. 1997.I.4033

Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 144

Com., 9 mai 2007, *Bull. civ. IV*, n° 127, J.C.P. 2007.I.212

- Com., 20 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 141
- Com., 20 mai 1997, D. 1998.somm.102, obs. Piedelièvre
- Com., 20 mai 1997, D. 1998.479
- Com., 10 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 186, D. 1999.89, note Causse
- Com., 10 juin 1997, D. 1999.89, note Causse
- Com., 10 juin 1997, *Dalloz affaires* 1997.869, D. 1999.89, note Causse
- Com., 8 juill. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 221, D. 1998.somm.103
- Com., 14 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 257
- Com., 25 nov. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 301, J.C.P. 1998.I.149
- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 avr. 1998, *Dalloz affaires* 1998.1054, obs. B. P.
- Com., 7 avr. 1998, J.C.P. 1998.1143, note Stoufflet
- Com., 14 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 199
- Paris, 18 juin 1998 : *Juris-Data* n° 022341
- Com., 7 juill. 1998, J.C.P. 1998.II.10206, note Salvat
- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, J.C.P. 1998.IV.3316, *RTD com.* 1999.2.393, obs. Françon
- Rennes, 21 oct. 1998, J.C.P. 1999.I.158
- Com., 26 janv. 1999, D. 2000.87
- Soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-45574, en ligne :  
 <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007397121&fastReqId=684106045&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012)
- Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, pourvoi n° 97-17305, en ligne :  
 <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007397899&fastReqId=2120951232&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012)
- Com., 26 avr. 2000, J.C.P. éd. E. 2000.1134, note Legeais
- Agen, 12 juill. 2000, L.P.A. 2003.3, n° 25, note Marot
- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 283
- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, Rép. Defrénois 2001.6.431, note Libchaber
- Crim., 14 nov. 2000, *RTD civ.* 2001.912, obs. Revet
- Crim., 14 nov. 2000, D. 2001.jur.1423, note De Lamy, *Bull. crim.*, n° 338
- Com., 23 janv. 2001, J.C.P. 2001.I.315, obs. Delebecque, *Défrenois* 2001.942, obs. Théry

- Com., 30 janv. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 27
- Com., 30 janv. 2001, D. 2001.1238, obs. Delpech
- Toulouse, 26 avr. 2001, D. 2002.1795, obs. de Lamy
- Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 2001, *Bull. civ.* I, n° 449
- Paris, 10 sept. 2001, *Communication Commerce électronique* 2002.comm.95, obs. Caron
- Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2002, L.P.A. 2003.3, n° 25, note Marot
- Paris, 4 oct. 2002, L.P.A. 2003.3, n° 182, note Bertin
- Com., 22 oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés* 2003.59, J.C.P. éd. E. 2003.11.398, note Danis-Fatôme
- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2002, *RTD civ.* 2001.167, note Revet
- Soc., 17 déc. 2002, J.C.P. 2003.II.10157, note Vincente
- Cons. d'É. 2 juill. 2003, *Société Outremer Finance Limited*, *RTD civ.* 2004.324
- Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 2003, *RTD civ.* 2003.chr.730, obs. Revet
- Com., 23 nov. 2003, *Droit des sociétés* 1994.19
- Civ., 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 195
- Crim., 22 sept. 2004, *RTD civ.* 2005.164, obs. Revet
- Crim., 22 sept. 2004, pourvoi n° 04-80285, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007068896&fastReqId=1079162408&fastPos=8> (site consulté le 4 mai 2012)
- Crim., 20 oct. 2004, *Bull. crim.*, n° 248
- Com., 7 déc. 2004, D. 2005.230, obs. Larroumet
- Com., 22 mars 2005, J.C.P. 2005.I.135, n° 17, *Droit et patrimoine* 2005.140, n° 142, note Aynès
- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, J.C.P. 2006.I.131
- Com., 22 nov. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 230
- Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, R.G.D.A. 2006.503, note Mayaux
- Com., 7 mars 2006, J.C.P. éd. N. 2006.act.276
- Cons. d'Ét. 15 mars 2006, *Sarl Kolimpos et M. Leclerc*, *Droit fiscal* 2007.26.comm.690
- Com., 21 mars 2006, J.C.P. 2006.I.195, obs. Delebecque
- Com., 3 mai 2006, *RTD civ.* 2006.chr.584, note Revet

- Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-86491, en ligne :  
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640649&fastReqId=106787812&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012)
- Crim., 19 sept. 2006, *RTD com.* 2007.529 note Galloux
- Com., 26 sept. 2006, J.C.P. éd. E. 2006.2824, obs. Delebecque
- Com., 26 sept. 2006, pourvoi n° 05-12177, en ligne :  
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007511015&fastReqId=1816133081&fastPos=1>> (site consulté le 4 mai 2012)
- Civ., 19 déc. 2006, J.C.P. éd. E. 2007.1137, note Legeais
- Com., 19 déc. 2006, J.C.P. éd. N 2007.15.1159, obs. Legeais
- Com., 19 déc. 2006, *RTD civ.* 2007.160, note Crocq, Rép. Defrénois 2008.4.414, obs. Théry
- Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janv. 2007, *Bull.civ.* I, n° 24
- Com., 6 févr. 2007, R.D.C. 2008.425, obs. Aynès, *R.D. bancaire et fin.* 2007.3.19, n° 111, note Legeais
- Civ. 2<sup>e</sup>, 22 févr. 2007, R.G.D.A. 2007.376, note Mayaux
- Com., 9 mai 2007, R.G.D.A. 2007.693, note Mayaux
- Com., 9 mai 2007, *Bull. civ.* IV, n° 127, J.C.P. 2007.I.212, n° 22
- Com., 29 janv. 2008, *Bulletin Joly Sociétés* 2008.5.408, note Le Nabasque
- Com., 29 janv. 2008, *Bulletin Joly Bourse* 2008.3.238 note Mercier
- Ch. mixte, 22 févr. 2008, J.C.P. 2008.act.178
- Crim., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-84002, en ligne :  
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018550314&fastReqId=1819749175&fastPos=77>> (site consulté le 4 mai 2012)
- Com., 30 sept. 2008, D. 2008.2596, obs. Delpech
- Com., 5 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 66
- Com., 16 juin 2009, *RTD. civ.* 2009.760, obs. Crocq
- Com., 20 oct. 2009, *R.D. bancaire et fin.* 2010.9, obs. Cerles
- Com., 26 janv. 2010, *Gaz. Pal.* 2010.126.16, obs. Dumond-Lefrand
- Com., 26 mai 2010, *Gaz. Pal.* 2010.252.17, obs. Albiges

Com., 3 nov. 2010, D. 2011.2069, obs. Lucas

Paris, 3 mai 2011, *Gaz. Pal.* 2011.356.13, obs. Dumont-Lefrand

## **F- Codes et lois**

Ancien Code civil

Ancienne Coutume

Coutume de Paris

Nouvelle Coutume

*Loi du 1<sup>er</sup> mars 1898 relative au nantissement des fonds de commerce*

*Loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles*, J.O. 27 avr. 1898, p. 397

*Loi du 30 avril 1906 modifiant la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles*, J.O. 18 avr. 1906, p. 268

*Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, J.O. 19 mars 1909, p. 2809

*Loi du 8 août 1913 relative au warrant hôtelier*, J.O. 10 août 1913

*Loi du 17 mars 1915 complétant la Loi du 8 août 1913 relative au warrant hôtelier*, J.O. 19 mars 1915

*Loi du 5 juillet 1917 sur l'immatriculation de bateaux de rivière et sur l'hypothèque fluviale*, J.O. 7 juill. 1917, p. 522

*Loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne*, J.O. 3 juin 1924, p. 5046

*Loi du 21 avril 1932 créant des warrants pétroliers*, J.O. 22 avr. 1932

*Loi du 29 décembre 1934 dite Malingre relative à la réglementation de la vente à crédit des véhicules ou tracteurs automobiles*, J.O. 1 janv. 1935, p. 2

*Décret-loi du 28 septembre 1935 relatif au crédit agricole, modifie, complète ou remplace les articles suivants de la loi du 5 août 1920*, J.O. 29 sept. 1935, p. 10524

*Loi du 12 septembre 1940 sur le financement des fabrications de démarrage faisant l'objet de lettres d'agrément*, J.O. 13 sept. 1940, p. 4980

*Loi du 22 février 1944 relative à la publicité des actes, conventions et jugements en matière de cinématographie*, J.O. 10 mars 1944, p. 729

*Loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, J.O. 19 janv. 1951, p. 715*

*Décret n° 51-194 du 17 février 1951 portant, en ce qui concerne les formalités d'inscription des privilèges, règlement d'administration publique pour l'application de la loi su 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, J.O. 22 févr. 1951, p. 1851*

*Décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, J.O. 1 oct. 1953, p. 8628*

*Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail, J.O. 3 juill. 1966, p. 5652*

*Ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 relative aux opérations de crédit-bail et aux sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie (SICOMI), J.O. 29 sept. 1967, p. 9595*

*Décret n° 72-665 du 4 juillet 1972 relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière et immobilière, J.O. 14 juill. 1972, p. 7456*

*Décret n° 78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires, J.O. 10 mars 1978, p. 995*

*Décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil, J.O. 7 juill. 1978, p. 2701*

*Loi n° 80-335 du 12 mai 1980 dite Dubanchet relative aux effets des clauses de réserves de propriété dans les contrats de vente, J.O. 13 mai 1980, p. 1202*

*Décret n° 80-608 du 30 juillet 1980 fixant le tarif des avoués près la Cour d'appel, J.O. 2 août 1908, p. 1950*

*Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises, J.O. 3 janv. 1981, p. 150*

*Loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises, J.O. 16 oct. 1981, p. 2807*

*Loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, J.O. 4 janv. 1983, p. 162*

*Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, J.O. 25 janv. 1984, p. 390

*Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat*, J.O. 28 nov. 1991, p. 15502

*Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises*, J.O. 11 juin 1994, p. 8440

*Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières*, J.O. 4 juill. 1996, p. 10063

*Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat*, J.O. 6 juill. 1996, p. 10199

*Décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale*, J.O. 13 déc. 1996, p. 18248

*Décret n° 97-509 du 21 mai 1997 pris pour l'application des articles 29 et 29-1 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, modifiée par l'article 102 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités*, J.O. 23 mai 1997, p. 7749

*Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, J.O. 16 mai 2001, p. 7776

*Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale*, J.O. 26 juin 2004, texte n° 11

*Ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière*, J.O. 25 févr. 2005, p. 3254

*Ordonnance n° 2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert de propriété des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de règlement et de livraison*, J.O. 1 avr. 2005, p. 5884

*Ordonnance n° 2005-652 du 6 juin 2005 relative au registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel et créant un registre des options*, J.O. 7 juin 2005, p. 10033

*Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole*, J.O. 6 janv. 2006, p. 229

*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, J.O. 24 mars 2006, p. 4475



*Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, J.O. 31 déc. 2006, p. 20368*

*Arrêté du 1er février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, J.O. 10 févr. 2007, p. 2565, texte n° 16*

*Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, J.O. 21 févr. 2007, p. 3052*

*Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant les droits des assurés, J.O. 18 déc. 2007, p. 20358*

*Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O. 5 août 2008, p. 12471*

*Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, J.O. 19 déc. 2008, p. 19462*

*Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers, J.O. 9 janv. 2009, p. 570*

*Ordonnance n° 2009-107 du 30 janvier 2009 relative aux sociétés d'investissement à capital fixe, aux fonds fermés étrangers et à certains instruments financiers, J.O. 31 janv. 2009, p. 1843*

*Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, J.O. 31 janv. 2009, p. 1854*

*Décret n° 2009-295 du 16 mars 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers, J.O. 18 mars 2009, p. 4863*

*Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. 13 mai 2009, p. 7920*

*Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies », J.O. 4 mars 2010, p. 4442*

Code civil

Code de commerce

Code de l'aviation civile

Code de l'environnement

Code de l'industrie cinématographique  
Code de la construction et de l'habitation  
Code de la propriété intellectuelle  
Code des assurances  
Code du cinéma et de l'image animée  
Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure  
Code monétaire et financier  
Code pénal  
Code rural  
Code rural et de la pêche maritime  
Livre des procédures fiscales  
*Règlement du Comité de la réglementation comptable*

### **III- Droit international**

#### **A- Ouvrages, traités et manuels**

SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Rome, Anonima Romana, 1933

#### **B- Articles de revue et études d'ouvrages collectifs**

MANN, R., « Explaining the pattern of secured credit », 110 HARVARD LAW REVIEW 625 (1987)

PESCATORE, P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », dans *Miscella W.J. Ganshof van der Meersch*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 325

SCHWARTZ, A., « A Theory of Loan Priorities », 18 J. LEGAL STUD. 209 (1989)

### **C- Documentation officielle et électronique**

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, 2004, en ligne : <[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html)> (site consulté le 4 mai 2012)

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Terminologie et recommandations*, Vienne 2010, en ligne : <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-85027\\_EbookTermin-F.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/09-85027_EbookTermin-F.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012)

THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, *Doing business in 2004. Understanding Regulation*, Washington, 2004, en ligne : <[rru.worldbank.org/Documents/DoingBusiness/2004/DB2004-full-report.pdf](http://rru.worldbank.org/Documents/DoingBusiness/2004/DB2004-full-report.pdf)> (site consulté le 4 mai 2012)

### **D- Jurisprudence**

*Euroemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, Affaire 6/72, [1973] *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 215

*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 25, § 58, n° 63

### **E- Lois et règlements**

*Economic Espionage Act*, 18 U.S.C., § 1831

*Règlement n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise en enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive n° 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil*

lxxx

*établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la  
Communauté, [2010] J.O. L 302/1  
Uniform Commercial Code*