Document generated on 07/11/2025 6:24 p.m.

Les Cahiers de droit

Observations sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur les sûretés réelles

Louise Poudrier-LeBel and Louis LeBel

Volume 18, Number 4, 1977

URI: https://id.erudit.org/iderudit/042195ar
DOI: https://doi.org/10.7202/042195ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Poudrier-LeBel, L. & LeBel, L. (1977). Observations sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur les sûretés réelles. *Les Cahiers de droit*, *18*(4), 833–858. https://doi.org/10.7202/042195ar

Article abstract

The Security Law Committee of the Civil Code Revision Office of the Province of Quebec issued its report late in 1975 ; it advocates fundamental changes in the law of security. According to the Committee, the notion of hypothec should be broadened in Quebec Law. It would become a form of security interest in all kinds of property, moveable or immoveable, corporeal or incorporeal. Legal privileges and construction liens would disappear.

The authors comment on the reforms advocated by the Committee. They sommarize their main aspects and some of their effects on existing legal and commercial practices. They suggest a reassessment of the outright abolition of construction liens and discuss some of the problems raised by the regulation of hypothecary recourses in the Report.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1977

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Observations sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur les sûretés réelles

Louise POUDRIER-LEBEL*
Louis LEBEL**

The Security Law Committee of the Civil Code Revision Office of the Province of Quebec issued its report late in 1975; it advocates fundamental changes in the law of security. According to the Committee, the notion of hypothec should be broadened in Quebec Law. It would become a form of security interest in all kinds of property, moveable or immoveable, corporeal or incorporeal. Legal privileges and construction liens would disappear.

The authors comment on the reforms advocated by the Committee. They sommarize their main aspects and some of their effects on existing legal and commercial practices. They suggest a reassessment of the outright abolition of construction liens and discuss some of the problems raised by the regulation of hypothecary recourses in the Report.

Pages

I — L'objet et les objectifs du Rapport sur les sûretés 834
A) L'objet du Rapport : uniformisation et intégration de la législation 834
B) L'hypothèque : mode de sûreté unique 835

II — La transformation de l'hypothèque 836
A) La reconnaissance de l'hypothèque mobilière 837
B) L'hypothèque générale 838
C) L'hypothèque flottante 839
D) L'hypothèque de créance 840
E) La grosse hypothécaire 840
F) L'hypothèque judiciaire et l'hypothèque testamentaire 841

III — La perfection de l'hypothèque 842
A) La publication par l'enregistrement 843
B) La publication par mise en possession 844
C) La publication de l'hypothèque de droits incorporels 844

* Avocat, professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Laval.
** Avocat, membre de l'étude Grondin. LeBel et associés.

Pages

IV — Les effets de l'hypothèque 845
A) Les effets généraux 845
B) La mise-en-oeuvre de l'hypothèque : les recours hypothécaires 846
C) Le rang des hypothèques 853
D) L'extinction des hypothèques 853

V — Les éléments fondamentaux de la reforme : la disparition du consensualisme et des privilièges 853
A) Le refus de consensualisme 854
B) Les sûretés et le privilège du constructeur 856

Conclusion 857

Publié à la fin de l'année 1975, le *Rapport du Comité de l'Office de révision du Code civil sur les sûretés réelles* a suscité un vif intérêt; il a aussi inquiété, ainsi qu'en témoignent des interventions de conférenciers au cours du congrès du Barreau du Québec au mois de mai 1976[1].

Nombre d'associations d'entrepreneurs ou de commerçants touchées par divers aspects des réformes suggérées, par exemple dans la construction ou dans le financement des ventes mobilières, auraient, parfois vivement, exposé leur malaise.

L'ampleur du projet explique ces réactions. Sa méthodologie et la politique législative que révèlent ses solutions en font l'un des éléments majeurs de la refonte du *Code civil*.

Nous ne prétendrons pas étudier chaque détail du Rapport sur les sûretés réelles. Nous chercherons d'abord à dégager ses objectifs principaux. Nous tenterons, ensuite, d'examiner et d'évaluer les solutions législatives retenues par le Comité de l'O.R.C.C. pour atteindre ces objectifs.

I — L'OBJET ET LES OBJECTIFS DU RAPPORT SUR LES SÛRETÉS

A — *L'objet du Rapport : uniformisation et intégration de la législation*

Le Rapport porte sur l'ensemble du domaine des sûretés réelles tant mobilières qu'immobilières. Il n'englobe pas seulement les sûretés tra-

---

1. La *Revue du Barreau* a publié le texte de ces conférences : Robert P. GODIN. » Le rapport sur les sûretés réelles et ses incidences sur l'hypothèque immobilière », (1976) 36 *R. du B.* 385; Louis TARDIF, « L'hypothèque mobilière et le rapport sur les sûretés

ditionnelles réglementées partiellement par le Code de 1866, comme le gage, les privilèges ou les hypothèques immobilières. L'on y retrouve une réglementation globale sur l'ensemble des formes de sûretés réelles, y compris celles qui n'ont été introduites dans le droit du Québec que par des législations particulières que l'Assemblée nationale n'avait jamais intégrées au *Code civil*. L'on y rencontre ainsi une réglementation nouvelle de l'hypothèque mobilière et des garanties maintenant créées en vertu de la *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations*[2].

Le Rapport veut régir toutes les hypothèques mobilières ou immobilières, générales ou spécifiques, portant sur des biens corporels ou des droits incorporels. A l'exception du gage documentaire créé par la *Loi sur les connaissements*, dont on ne propose pas expressément l'abrogation[3] mais dont on aménage certains effets, le Rapport touche à l'ensemble des sûretés relevant de la compétence législative des provinces et veut réaliser une synthèse de ce secteur du droit privé.

L'orientation législative du Rapport repose sur le principe fondamental de l'égalité des créanciers. Après avoir défini le patrimoine comme l'universalité des biens et obligations appréciables en argent[4], il en fait rigoureusement le gage commun des créanciers. L'article 1981 du *Code civil* reconnaissait cette règle. Il l'assortissait cependant de la reconnaissance de causes légales de préférence qu'étaient les privilèges et hypothèques suivant l'article 1982 C.C. La redistribution du gage commun était donc modifiée par l'existence non seulement des garanties conventionnelles, mais aussi de privilèges légaux. À l'inverse, l'article 5 du Rapport de l'O.R.C.C. réaffirme strictement le principe de l'égalité des créanciers. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Dans le cas de concours, le prix s'en distribue par contribution à moins qu'il n'y ait entre eux des causes de préférence. Le Rapport limite celles-ci à l'hypothèque[5].

B — *L'hypothèque : mode de sûreté unique*

Ces deux règles, égalité des créanciers et caractère uniforme du mode de sûreté, se situent au coeur de la réforme. Elles en résument à la

réelles », (1976) 36 *R. du B.* 394; Nathaniel H. SALOMON, « The proposed abolition of the builder's privilege-good or bad law ? », (1976) 36 *R. du B.* 399. Cependant pour un appui inconditionnellement favorable, voir Michel LÉGARÉ, « Le rapport sur les sûretés réelles, un droit futur emballant », (1977) 79 *R. du N.* 433.

2. *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations*, S.R.Q. 1964, c. 275, art. 23 à 27.
3. *Loi sur les connaissements*, S.R.Q. 1964, c. 318.
4. *Rapport du Comité du droit des sûretés de l'Office de révision du Code civil*, Montréal, 1975, article 1; ci-après cité Rapport.
5. Rapport, art. 6.

fois l'objectif et la méthodologie. Le principe fondamental d'égalité des créanciers n'est tempéré que par la volonté des parties ou, à l'occasion, de l'une d'elles. Encore, celle-ci ne s'exprimera que par un mécanisme juridique unique et uniforme : l'hypothèque. Celle-ci devient polyvalente. Elle permet de créer des garanties sur toute catégorie de biens.

En contrepartie, le projet crée un cadre juridique impératif. Il interdit la création d'autres modes de sûretés. Il défend d'accorder à ceux-ci d'autres effets que ceux du régime légal. La liberté contractuelle est sévèrement restreinte par le recours à la notion d'ordre public et la création de présomptions légales sur les effets d'actes dérogatoires au régime commun[6].

Pour atteindre leur objectif, les auteurs du Rapport ont aménagé l'ensemble du droit des sûretés autour d'une institution unique : l'hypothèque. Après la suppression des privilèges légaux, sa création repose sur le consentement des parties et, parfois, sur une déclaration unilatérale de volonté.

Le Rapport propose la disparition pure et simple des privilèges et préférences légales[7]. Selon lui, on substituerait au régime actuel, disparate et complexe, un système intégrant l'ensemble des garanties réelles en un régime unique. Le Rapport de l'O.R.C.C. qualifie ce regroupement de la première des modifications du régime des sûretés :

> Ce regroupement réalise une intégration tant horizontale que verticale de toutes les sûretés réelles (gages, hypothèques, privilèges) et autres techniques contractuelles poursuivant des vues semblables (ventes conditionnelles, vente à réméré et autres) qui se trouvent toutes absorbées dans un seul et simple concept, celui de l'hypothèque. L'intégration horizontale s'entend de l'extension de l'hypothèque aux biens meubles autant qu'aux biens immeubles. L'intégration verticale s'entend de la réduction à une seule sûreté, l'hypothèque, des effets de diverses techniques servant à créer des sûretés réelles. Le projet régit donc sous un même titre, tous les moyens prévus par la loi ou utilisés en pratique pour créer des sûretés réelles. Il proposait aussi l'uniformisation des effets de ces techniques et des recours qui en résultent. Toutes les formes de sûretés que nous connaissons dans les lois provinciales actuelles sont remplacées pour ne plus être désignées que sous un seul vocable : l'hypothèque.[8]

II — LA TRANSFORMATION DE L'HYPOTHÈQUE

L'hypothèque s'adapte à toutes les catégories de biens. On la connaissait en droit civil comme un droit portant sur des immeubles suivant

6. Rapport, art. 7 et 10.
7. Rapport, pages 46 et suivantes (voir aussi pages 34 et suivantes pour un exposé sur les privilèges).
8. Rapport, pages 6 à 8.

l'article 2016 C.C. Elle grevait l'immeuble que possédait le débiteur[9]. Cette hypothèque traditionnelle subsiste. Une section du projet en réglemente le mode de constitution, qui demeure très proche de celui du Code de 1866[10]. Ainsi, sauf l'exception de l'hypothèque de l'architecte ou de l'entrepreneur, elle ne se crée toujours que par acte authentique portant minute[11]. D'autres règles, sur lesquelles nous reviendrons, en déterminent le mode de publication et les effets sans pourtant enlever à cette hypothèque immobilière ses traits familiers. À partir de ce fonds commun, les auteurs du Rapport transforment cependant en profondeur l'institution hypothécaire. Ils l'étendent d'abord à l'ensemble des biens meubles.

A — *La reconnaissance de l'hypothèque mobilière*

Prenant acte de l'évolution des techniques commerciales, le Rapport reconnaît l'existence d'une hypothèque mobilière générale. Auparavant, seules des institutions comme les nantissements commerciaux, agricoles ou forestiers[12], ou encore la fiducie créée en vertu de la *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations*[13], reconnaissaient l'existence de formes particulières d'hypothèque mobilière. Le gage traditionnel impliquait toujours dépossession[14]. Désormais, la loi reconnaîtrait l'hypothèque mobilière selon les propositions du Rapport[15]. Elle se créerait soit par la mise en possession, soit par enregistrement[16]. L'acte constitutif d'une telle hypothèque pourrait être rédigé sous seing privé, à la différence de l'hypothèque immobilière[17].

Le projet reprend ensuite et généralise deux notions jusqu'ici particulières à la fiducie corporative contractée dans le cadre restreint de la *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations*. Il permet la création d'hypothèques générales. Il autorise aussi la constitution de « l'hypothèque flottante ». Dans un vocabulaire teinté d'anglicisme, la pratique la connaissait sous le nom de « charge flottante »[18].

9. Articles 2038 et 2043 *C.C.*
10. Rapport, art. 41 à 43, pages 236 à 242.
11. Rapport, art. 41; art. 2039 *C.C.*
12. Art. 1979 et suivants *C.C.*
13. *Op. cit.*, note 2, art. 24.
14. Art. 1970 *C.C.*
15. Rapport, section 2, c. 3, art. 46 à 52.
16. Rapport, art. 46.
17. Rapport, art. 46 et commentaires, p. 251.
18. Voir *supra*, note 2.

B — *L'hypothèque générale*

L'article 53 du Rapport permettrait de grever soit l'ensemble des biens du constituant, soit une universalité de ceux-ci. Elle peut comprendre à la fois des immeubles et des meubles. Selon les commentaires du Comité des sûretés, cette forme d'hypothèque grèverait de plein droit à la fois les biens présents et futurs.

> Dans le cas de biens mobiliers, la description générale de l'universalité sera suffisante. Cette description générale suffira pour couvrir tant les biens futurs que les biens flottants.[19]

Cette conclusion ne découle pas impérativement du texte. Faute d'une stipulation expresse, le bien futur pourrait ne pas être grevé. Même l'article 53 ne prévoit pas clairement l'hypothèque générale de biens futurs. Il aurait été prudent de retenir certains aspects de la rédaction des articles 23 et 24 de la *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations*.

Le régime juridique de l'hypothèque générale variera selon la nature du bien qu'elle grèvera, meuble ou immeuble. Toute personne a droit de créer une hypothèque générale immobilière[20]. La faculté de constituer une hypothèque générale mobilière est réservée aux seuls artisans, agriculteurs ou commerçants, ainsi qu'aux personnes morales pour les fins de leur commerce ou entreprise[21]. Elle jouera pour eux le rôle des anciens nantissements commerciaux, agricoles ou forestiers. Seules les catégories de personnes énumérées à l'article 54 auront droit de créer une hypothèque générale sur tous leurs biens. Accordée par une autre catégorie de personnes ou pour des fins différentes, elle ne vaudra qu'à l'égard des immeubles.

L'hypothèque générale immobilière demeurera assujettie à la nécessité de ce que l'on connaît aujourd'hui comme l'avis d'affectation sur chaque immeuble. Sans celui-ci, elle ne sera pas opposable au tiers à l'égard de chacun des immeubles compris dans l'universalité[22]. L'hypothèque ne deviendra parfaite que par l'enregistrement d'un avis sur chaque immeuble compris dans l'universalité[23].

---

19. Rapport, page 269, commentaires sur l'article 53.
20. Rapport, art. 55.
21. Rapport, art. 54.
22. Art. 2120a) *C.C.*; pour une application de cette règle voir l'arrêt *Barnabé Gingras* v. *Normandeau*, [1973] C.A. 516 et [1971] C.S. 261.
23. Rapport, articles 53 et 113.

C — *L'hypothèque flottante*

Dans le cadre de l'unification du droit des sûretés, le projet étend la notion d'hypothèque flottante[24]. Dans le droit actuel, seule la technique de fiducie corporative permet de la créer. Son utilisation est réservée aux seules personnes morales[25]. Elle se définirait désormais comme une forme d'hypothèque générale dont les effets seraient suspendus jusqu'à la cristallisation. Jusqu'à cette époque, elle laisserait le constituant libre de disposer des biens grevés[26]. Seule la vente en bloc serait inopposable aux créanciers hypothécaires avant la cristallisation[27]. Sous cette réserve, l'hypothèque flottante ne prendrait effet à l'égard des tiers que par l'enregistrement de l'avis de cristallisation[28]. Celle-ci s'analyse comme l'actualisation de l'hypothèque consentie sous une condition suspensive. La condition se réalise par l'acte de défaut du débiteur. Cette réalisation survient par l'acte unilatéral du créancier hypothécaire. Suivant les articles 58 et 112, celui-ci donne avis du défaut au débiteur et, s'il y a lieu, au constituant. Ce n'est qu'après l'enregistrement de cet avis que l'hypothèque devient opposable au tiers.

Même par l'enregistrement en conformité aux règles générales, l'hypothèque flottante ne prend rang que par l'enregistrement de l'avis de cristallisation[29]. Consentie isolément, elle n'accorde qu'une protection fragile aux créanciers. Comme dans le cadre de nombre d'actes de fiducie actuels, elle jouera souvent le rôle d'une garantie accessoire et subordonnée aux sûretés particulières accordées sur des biens déterminés. En effet, si parfaite soit-elle, elle ne prend effet qu'à la cristallisation. Avant cet évènement, elle se résume comme une simple faculté accordée aux créanciers hypothécaires si le défaut survient. Est-il alors si certain qu'elle deviendra opposable aux syndics si la cristallisation peut être exigée pour rendre l'hypothèque opposable au tiers? Le doute est permis.

Après la cristallisation, l'hypothèque flottante prend effet[30]. Son titulaire jouit alors de tous les droits et recours du créancier hypothécaire. Son hypothèque s'attache à tous les biens que le débiteur possède ou à tous les droits qu'il y a conservés[31]. Si le débiteur remédie aux violations

24. Rapport, section 4, articles 56 à 63.
25. Voir *supra*, note 2, articles 23 à 27.
26. Rapport, art. 57.
27. Rapport, art. 26 et art. 57, alinéa 2.
28. Rapport, art. 58.
29. Rapport, art. 59.
30. Rapport, art. 59.
31. Rapport, articles 61 et 62.

de ses engagements, l'hypothèque reprend la mer et son caractère originaire. Elle flotte à nouveau[32].

D — *L'hypothèque de créance*

Dans le même souci d'unification du droit des sûretés, le Rapport a proposé une réglementation globale de l'hypothèque de créance[33]. Il détermine les modalités de l'imputation des fruits de la créance et du capital. Si ceux-ci sont perçus par le titulaire de l'hypothèque[34], il demeure néanmoins libre de convenir que le constituant percevra les fruits ou le capital à leur échéance. Cette stipulation est toutefois révocable au gré du titulaire de l'hypothèque[35].

Bien qu'il le place dans la situation de l'administrateur du bien d'autrui, le Rapport n'oblige pas le créancier hypothécaire à prendre les procédures judiciaires pour le recouvrement de sa créance. Il l'oblige toutefois à avertir son débiteur dans un délai raisonnable du défaut de paiement sans qu'il puisse s'en faire dispenser par convention[36]. Le droit d'action pour le recouvrement de la créance est accordé tant au créancier qu'au débiteur hypothécaire[37].

E — *La grosse hypothécaire*

Le projet s'étend longuement sur une dernière forme de créance hypothécaire : la grosse hypothécaire, ou titre hypothécaire transférable sur endossement. À proprement parler, cette forme d'hypothèque ne se distingue pas par son objet. Elle se caractérise par son mode de constitution qui veut la transformer en une sorte de titre négociable en la soustrayant aux modalités habituelles des cessions de créances hypothécaires[38]. Étrangère à la pratique québécoise selon les auteurs du Rapport, elle aurait été importée de la pratique juridique française et surtout belge[39]. La lourdeur du mécanisme juridique proposé laisse sceptique aussi bien sur l'utilité réelle que sur l'utilisation future de cette forme d'hypothèque.

32. Rapport, art. 63.
33. Rapport, articles 67 à 72.
34. Rapport, art. 67.
35. Rapport, articles 68 et 69.
36. Rapport, art. 70.
37. Rapport, art. 71.
38. Rapport, art. 73 et commentaires p. 327.
39. Rapport, commentaires pp. 329 à 333.

Ses conditions de forme sont rigoureuses. Outre celle qui a servi à l'enregistrement, une seule copie de l'acte peut être émise par le notaire[40]. La constitution suppose le consentement exprès du débiteur hypothécaire. La cession de créance hypothécaire ne se fait alors que par l'un des modes prévus au Rapport, soit par endossement, soit au porteur et par remise du titre au cessionnaire. De plus, l'endossement est nécessairement pur et simple. Toute condition ou restriction de l'endossement est réputée non écrite[41].

La simplicité théorique du transfert par endossement s'accompagne cependant d'inconvénients notables. Si la grosse est fractionnée, le seul recours possible est la vente en justice, à moins que les détenteurs de toutes les fractions n'agissent ensemble[42]. La perte de la grosse engendre elle-même des problèmes sérieux. Le créancier doit demander au tribunal une ordonnance autorisant l'émission d'une grosse additionnelle sur perte, vol ou destruction[43]. De plus, le titulaire de la grosse ne peut exercer aucun recours contre le cessionnaire de bonne foi au cas de perte ou de vol du titre[44].

De son côté, le débiteur est traité comme l'émetteur d'un effet de commerce. Il est privé de tout moyen de défense fondé sur ses rapports avec un titulaire antérieur[45]. Il doit prendre la précaution de faire inscrire un paiement par anticipation sur la grosse. À défaut, il s'expose à payer deux fois[46].

Le projet consacre plus de vingt articles à la création de cette institution. Il n'est pas évident qu'elle constitue un élément indispensable et intéressant du Rapport sur les sûretés. Ce chapitre disparaîtrait-il que le reste de la réforme n'en souffrirait guère.

F — *L'hypothèque judiciaire et l'hypothèque testamentaire*

Dans ses articles 93 à 101, le Rapport a conservé quelques articles sur les hypothèques judiciaires et testamentaires. Leur régime demeure très proche de celui que nous connaissons.

Le champ d'application de l'hypothèque judiciaire est toutefois étendu. Elle peut affecter tous les meubles, sauf si la mise en possession

40. Rapport, art. 76.
41. Rapport, art. 87.
42. Rapport, art. 89.
43. Rapport, art. 83.
44. Rapport, art. 84.
45. Rapport, art. 88.
46. Rapport, art. 86.

est nécessaire à la publication[47]. Le projet ne permet pas de restreindre l'étendue de l'hypothèque judiciaire pour éviter de paralyser indûment les affaires du débiteur sans nécessité pour la protection du créancier. Des situations comme celles des arrêts *Lehar Investment* et *Larissa Development* ont démontré que l'hypothèque judiciaire débordait souvent son rôle de sûreté pour devenir un instrument de pression contre un défendeur alors que son appel était encore pendant[48].

Le Rapport n'apporte qu'un seul changement de quelque importance à l'hypothèque testamentaire. Elle ne prend effet à l'égard d'un tiers qu'à partir de sa perfection, soit par l'enregistrement ou la mise en possession suivant le cas[49].

III — LA PERFECTION DE L'HYPOTHÈQUE

Suivant le Rapport, l'hypothèque ne prend effet à l'égard des tiers qu'au moment de sa perfection. Sans celle-ci, l'hypothèque mobilière ou immobilière n'est pas opposable aux tiers[50]. L'hypothèque ne se perfectionne que par la publication[51]. À défaut de celle-ci, elle ne vaudra qu'entre les parties[52]. Pour mettre en oeuvre ce principe, le Rapport aménage une série de règles techniques. Celles-ci régiront la forme de la publication ainsi que son délai. Ce dernier peut parfois même affecter la validité du titre hypothécaire.

Le projet recherche une publication rapide et complète. Dans les cas d'hypothèque mobilière, l'article 104 exige que la publication ait lieu dans les trente jours de sa création sous peine d'extinction de la sûreté[53].

Le Rapport reprend cette solution à l'égard de diverses formes d'hypothèque. Ainsi, suivant l'article 126, l'hypothèque du bien incorporel transférée par endossement s'éteint faute de mise en possession dans les dix jours de sa constitution. L'article 134 applique la même règle aux hypothèques sur les biens corporels représentés par des connaissements.

La publication est également obligatoire. L'article 117 prive d'effet la convention de non publication. Les auteurs du Rapport jugent cette règle

47. Rapport, art. 93.
48. *Lehar Investment Corp.* v. *Bigué et Savage*, [1968] B.R. 489; *Larissa Development Corporation* v. *Anjou Gardens Ltd.*, [1971] C.A. 421 (arrêt résumé).
49. Rapport, art. 99.
50. Rapport, art. 102.
51. Rapport, art. 103.
52. Rapport, art. 104.
53. Rapport, art. 105.

nécessaire contre toute tentative de contourner les diverses règles impératives du projet[54]. La convention de non enregistrement plaçait le titulaire du droit dans une situation fort dangereuse à l'égard des tiers. La nouvelle règle le protégera beaucoup plus adéquatement, parfois malgré lui.

A — *La publication par enregistrement*

Le Rapport a retenu le système de publication plutôt que celui de l'avis d'intention utilisé par l'article 88 de la *Loi des banques* ou encore par une législation telle que le *Personal Property Security Act* de l'Ontario, à l'égard du financement d'inventaire et de comptes recevables[55]. La technique retenue exige que l'acte lui-même soit enregistré dans le cas de la publication par enregistrement. Celui-ci s'exécute dans les divisions d'enregistrement où est situé le bien immobilier. L'hypothèque mobilière s'enregistre au lieu de la résidence habituelle ou de la place d'affaires du constituant[56].

Comme le reconnaissent les auteurs du Rapport, ce régime est proposé en fonction « du nouveau système d'enregistrement central qu'il sera possible de consulter de tous les points de la province »[57]. Faute d'une réforme administrative fondamentale de l'enregistrement et sans recours à l'informatique, la consultation des registres d'hypothèques mobilières deviendrait pratiquement impossible. On multiplierait les problèmes que cause déjà le système actuel dans le cas des nantissements et charges flottantes. Le sort de la réforme législative dépend de la solution des problèmes administratifs et techniques des bureaux d'enregistrement.

Pour favoriser l'utilisation éventuelle de l'informatique, au dépôt des deux exemplaires de l'acte prévu par l'article 108 au moment de l'enregistrement, l'article 109 du Rapport ajoute l'obligation de présenter une « cédule ». Celle-ci contient les éléments essentiels de l'acte, entre autres le nom des parties, la description du bien hypothéqué, le montant de l'hypothèque, la date de l'acte et son numéro d'enregistrement. En plus de l'acte lui-même, on enregistre donc un abrégé de celui-ci. Cette cédule permettra la constitution de la banque d'information des ordinateurs et facilitera le repérage de l'hypothèque[58].

54. Rapport, p. 437 et commentaires sur l'art. 117.
55. *Ontario personal property security Act*, R.S.O. 1970, c. 334, art. 47(2); on retrouvera une analyse de ce système dans CATZMAN, *Personal Property Security Law*, Toronto, Carswell, 1976, pp. 182 à 192.
56. Rapport, art. 107.
57. Rapport, pp. 410 et 411, commentaires sur l'article 107.
58. Rapport, p. 413, commentaires sur l'art. 108.

B — *La publication par mise en possession*

Faute d'enregistrement, les parties peuvent constituer l'hypothèque mobilière par la mise en possession. Elle s'exécute alors en mettant en possession soit le créancier, soit un tiers pour lui et de son consentement[59]. Dans ce dernier cas, l'article 119 exige qu'une preuve écrite de l'hypothèque soit remise au tiers à moins qu'il ne soit partie à l'acte qui le constitue. Le rattachement de la publication à la possession exige, suivant l'article 120, que le créancier ou le tiers demeure en possession sauf si la dépossession a lieu pour fins de réparation ou d'amélioration[60].

À moins qu'elle ne soit involontaire, la perte de possession interrompt la publication et fait perdre le bénéfice de l'hypothèque sur le bien meuble à l'égard des tiers. Si elle a lieu sans le consentement du créancier, ce dernier ou le tiers peut revendiquer le bien[61]. Ces règles, sauf les précisions apportées pour les cas de dépossession, correspondent aux dispositions que le *Code civil* avait déjà retenues dans le cas du gage.

C — *La publication de l'hypothèque de droits incorporels*

Dans le cas de l'hypothèque de créance, la mise en possession, à moins qu'il n'y ait eu enregistrement, est indispensable à la perfection du titre. Seul l'hypothèque flottante échappe à cette règle avant sa cristallisation[62]. L'article 126 prescrit même que l'hypothèque s'éteint si, dans les dix jours de la date où l'avis a été donné, la mise en possession n'a pas eu lieu. Cette mise en possession s'exécute à l'égard d'un tiers, soit par la remise d'une copie de l'acte constitutif, soit par intervention à l'acte d'après l'article 127.

Dans le cas de l'hypothèque de créances commerciales, le Rapport introduit une dérogation conforme d'ailleurs à l'article 1571d) du *Code civil* et à l'article 26 de la *Loi des pouvoirs spéciaux* pour les hypothèques générales et les charges flottantes. L'hypothèque est réputée publiée par son enregistrement. Cependant, elle ne grève pas les sommes payées par le débiteur avant une signification personnelle ou suivant une modification selon l'un des modes prévus dans le cas de vente de créances[63].

L'article 129 précise que l'hypothèque de créance doit être enregistrée lorsque celle-ci est elle-même garantie par une hypothèque

59. Rapport, art. 118.
60. Rapport, art. 121.
61. Rapport, art. 122.
62. Rapport, art. 125.
63. Rapport, art. 128.

publiée par enregistrement. La publication de l'hypothèque porte sur un titre négociable et exigera la mise en possession du créancier par endossement ou délivrance[64]. L'hypothèque de biens est représentée par un connaissement assimilé à celui du titre négociable. Elle peut s'exécuter suivant l'article 132 par la remise du titre. On adapte ainsi les règles de la *Loi sur les connaissements*[65].

L'article 136 a prévu des règles similaires au sujet des hypothèques d'action. La publication s'exécute d'abord par la remise du certificat d'action. Les effets de cette règle particulière demeurent cependant limités. Son mode de transfert est subordonné comme le reconnaît l'article 137 aux règles générales du droit corporatif ainsi qu'aux dispositions particulières des règlements ou des conventions régissant leur transfert[66].

L'ensemble de ces stipulations aménage la publication des hypothèques. Cependant, pour les auteurs du Rapport, elle ne modifie pas l'identité profonde des différentes formes de cette sûreté dont les effets juridiques principaux demeurent semblables.

IV — LES EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE

Les parties les plus intéressantes du Rapport de l'O.R.C.C. traitent de l'effet de l'hypothèque et des modes d'exercice des recours du créancier hypothécaire. Son chapitre 6 décrit les effets de l'hypothèque. Le chapitre 7, portant sur les différents recours du créancier hypothécaire, détermine sa situation juridique. Les chapitres 8 et 9 traitent du rang et de l'extinction des hypothèques.

A — *Les effets généraux*

Le rapport retient d'abord ici un principe premier du droit actuel : l'hypothèque est une sûreté accessoire. Elle ne prive pas le constituant de son droit de propriété. Elle n'emporte pas aliénation. Tout au plus, le mode de publication de certaines hypothèques mobilières le privera-t-il du contrôle physique de la possibilité d'user de la chose[67]. Comme l'article 2054 du *Code civil*, le Rapport interdit au constituant de détruire ou de détériorer la chose hypothéquée. Son obligation de préserver la sûreté accordée aux créanciers restreint son droit d'user de la chose. Le

64. Rapport, art. 130.
65. *Loi sur les connaissements*, S.R.Q. 1964, c. 318.
66. Rapport, art. 137.
67. Rapport, art. 139.

paiement des dommages causés aux biens sur lesquels porte l'hypothèque est lui-même garanti par celle-ci[68].

De son côté, le créancier mis en possession à la suite de la publication ou autrement, est assimilé à un administrateur du bien d'autrui par l'article 143. Cette disposition précise fait qu'il ne bénéficie que de la simple admnistration. Dans le vocabulaire du *Rapport de l'O.R.C.C. sur l'administration du bien d'autrui*, ce statut ne confère qu'un droit restreint à son titulaire. Suivant l'article 13 de ce rapport, la simple administration oblige le possesseur à assurer la conservation de la chose sous sa garde. Elle ne lui permet de poser que les seuls gestes nécessaires à la conservation et à la réparation des biens hypothéqués. Le projet de l'O.R.C.C. ne bouleverse pas ici le droit existant, sauf par l'interdiction de déroger à ces règles suivant l'article 138 du Rapport sur les sûretés. Il en précise les règles fondamentales. Celles-ci demeurent essentiellement les mêmes. Le débiteur doit sauvegarder les droits de son créancier. Mis en possession, celui-ci veillera à la préservation de la chose, étant considéré comme un possesseur du bien d'autrui jusqu'à la fin de l'exercice de ces recours.

B — *La mise en oeuvre de l'hypothèque : les recours hypothéciares*

Le Rapport innove davantage dans l'aménagement des recours hypothécaires. À part le recours interruptif de prescription qui apparaît plutôt comme une mesure conservatoire, les recours en exécution de l'hypothèque sont réaménagés et réglementés rigoureusement. L'hypothèque donne ouverture à quatre types de recours énumérés à l'article 150 : la prise de possession pour administrer le bien d'autrui; la vente autrement qu'en justice; la vente en justice ou action hypothécaire; la prise en paiement.

L'action hypothécaire traditionnelle subsiste sous réserve de modalités d'exercice nouvelles. Les procédures de vente autrement qu'en justice et de prise de possession reprennent et corrigent des techniques jusque-là employées pour mettre à exécution des actes de fiducie passés en vertu de la *Loi des pouvoirs spéciaux de certains corporations*. La prise en paiement ne se confond pas totalement avec la dation en paiement familière au droit actuel des sûretés puisque la règle de la rétroactivité est supprimée[69].

68. Rapport, articles 140 et 141.
69. Rapport, art. 178, par. 3.

1 — Les conditions préalables

L'exercice des recours hypothécaires supposera tout d'abord qu'un acte de défaut ait été commis par le débiteur[70]. Si la créance n'est pas liquide et exigible, l'article 151 du projet n'autorise que la prise de possession pour fins d'administration. Le créancier hypothécaire ne peut exercer aucun autre recours tant que sa créance ne sera devenue exigible. L'article 152 ajoute une condition additionnelle dans le cas de l'hypothèque flottante, soit sa cristallisation.

On doit, cependant, éviter de confondre les mises à exécution de la sûreté proprement dite et celles qui sanctionnent l'inexécution des obligations dont elle est l'accessoire. La réglementation des recours hypothécaires n'affecte que l'hypothèque en soi. Les modes usuels d'exécution des obligations subsistent dans les cas qui s'y prêtent comme les violations d'engagement pris en matière d'aménagement immobilier. L'injonction, les recours négatoires ou confessoires de servitudes, les procédures en démolition subsistent. Les craintes parfois exprimées à ce sujet proviennent en bonne partie d'une confusion entre l'exécution de l'obligation principale et la réalisation des sûretés qui la garantissent[71]. L'existence d'une hypothèque n'interdit pas l'exercice des recours ordinaires découlant de l'application du droit des obligations[72].

Lors de l'exercice des recours hypothécaires proprement dits, l'hypothèque conserve ses effets traditionnels. Elle comporte un droit de préférence ainsi qu'un droit de suite : « Le créancier exerce ses recours entre quelques mains qu'ils se trouvent »[73], quel que soit le recours exercé.

Le Rapport propose la suppression d'une partie des exceptions prévues par le *Code civil* actuel à l'encontre de l'action hypothécaire. Seules les exceptions prévues par l'article 2073 C.C. résultant du paiement d'une créance privilégiée antérieure et de l'article 2072 C.C. provenant des impenses subsistent. L'article 156 maintient la règle édictée dans l'article 2073. L'article 161 reprend celle de l'article 2072. Les exceptions de garantie de subrogation n'apparaissent plus au titre des hypothèques. Cependant, l'article 214 du *Rapport de l'O.R.C.C. sur les obligations* accorde toujours de plein droit le bénéfice de la subrogation légale à celui qui paie un créancier de rang antérieur au sien en raison de ses sûretés[74].

70. Rapport, art. 150.
71. Voir Robert P. GODIN, *supra*, note 1.
72. Rapport, p. 529, commentaires sur l'art. 150.
73. Rapport, art. 153, voir aussi art. 160 et commentaires p. 545.
74. *Rapport sur les obligations*, Office de révision du code civil, Montréal, 1975, pages 277 et 278, art. 214 et commentaires.

Pour empêcher l'aliénation du bien, l'article 158 prévoit l'enregistrement d'un avis avant l'exercice du recours hypothécaire. L'article 16 du *Rapport de l'O.R.C.C. sur l'enregistrement* complète cette règle en permettant la prénotation du recours hypothécaire. À cause de la diversité de ces recours, l'article 160 accorde la priorité d'exercice au créancier antérieur. Il bénéficie du choix des recours. Son rang prioritaire lui accorde un statut préférentiel dans leur exercice. Suivant l'exemple donné par les auteurs du Rapport, l'action hypothécaire exercée par le créancier postérieur n'empêchera pas celui qui détient l'hypothèque antérieure de prendre possession[75].

Ces recours s'exerceront soit successivement, soit simultanément sur l'ensemble des biens hypothéqués. En dépit de cette règle, le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque subsiste. L'on ne permet pas au débiteur d'obliger le créancier à restreindre ses recours à une partie des biens hypothéqués, même si la valeur de ceux-ci dépasse le montant de la créance[76]. En plus de ces règles communes, le Rapport prévoit des dispositions particulières pour chaque recours. Sous une forme ou l'autre, le mode d'exercice du recours présente toutefois des traits communs. Un avis est signifié au débiteur. Il doit être également enregistré faute de consentement du débiteur. Sauf dans le cas de prise de possession, l'intervention judiciaire devient nécessaire. Nous examinerons les modalités de chaque recours hypothécaire.

2 — Analyse des recours

a — La prise de possession

La prise de possession commence par la signification et l'enregistrement d'un avis de défaut au possesseur du bien. Le régistrateur en donne avis à tout créancier hypothécaire qui a enregistré un avis d'adresse. Si nécessaire, le titulaire de l'hypothèque obtient son envoi en possession sur requête au tribunal compétent[77]. La prise de possession apparaît uniquement comme un recours provisoire. Elle a pour but de protéger les droits du créancier. Sans l'autorisation du tribunal, elle ne se prolonge pas au-delà de trois mois pour les meubles ou de six mois pour les immeubles[78]. Cette disposition obligera le créancier à présenter successivement deux requêtes dans le cas d'hypothèque

75. Rapport, commentaires sur l'art. 160 à la p. 545.
76. Rapport, art. 162 et commentaires pp. 549 à 551.
77. Rapport, art. 165.
78. Rapport, articles 177 et 169.

générale ou flottante, si celle-ci comprend à la fois des meubles et des immeubles. Une dérogation à cette règle, au moins dans le cas des hypothèques mixtes éviterait une multiplicité de recours. L'autorisation judiciaire n'est cependant pas requise si le créancier a exercé un autre recours hypothécaire à l'intérieur du délai normal de son administration[79].

Pendant la prise de possession, il est chargé de l'administration des biens. S'il est titulaire d'une hypothèque générale sur les actifs d'une entreprise ou d'un commerce, il peut continuer leur exploitation sans autorisation judiciaire. Le droit du créancier, comme le souligne les auteurs du Rapport, est alors soumis aux dispositions générales sur l'administration du bien d'autrui[80]. Il répond de l'administration et de la conservation des biens dont il a pris possession. Conformément à l'article 82 du *Rapport de l'O.R.C.C. sur l'administration du bien d'autrui*, il peut être privé de la possession si l'on établit l'incompétence de sa gestion. Ces dispositions permettent un contrôle judiciaire de l'administration du créancier que le système de la fiducie de la *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations* ignore à peu près totalement[81]. S'il y a retrait des pouvoirs d'administration, la prise de possession conduit en somme à un séquestre judiciaire. On se rapproche ainsi du système de *receivership* utilisé dans les provinces de common law pour la mise à exécution des *trust deeds*[82].

b — La vente autrement qu'en justice

Sous certains aspects, le recours à la vente autrement qu'en justice n'échappe pas au contrôle judiciaire. Comme dans le cas de la prise de possession, un avis d'intention est signifié et enregistré[83]. Ensuite, le projet impose un délai de soixante-dix jours dans le cas d'un immeuble et de vingt et un jours pour les meubles, avant l'exercice du droit de vente. Dans le cas d'hypothèque générale mixte ou d'hypothèque flottante portant à la fois sur des meubles et des immeubles, il faudra présumément attendre soixante-dix jours si l'on désire vendre en bloc.

79. *Idem.*
80. Rapport, p. 567 et commentaires sur l'article 170.
81. Kenneth McNAMEE, « Security under the special corporate powers Act », Security on immoveable property, *Meredith Memorial Lectures*, p. 34, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1967; et MARTEL, *Les Aspects juridiques de la compagnie au Québec*, tome II, Montréal, 1972, Publication Les Affaires Inc., pp. 510 à 531.
82. Pour une description comparative du système des autres provinces et du système du Québec, même si elle remonte à quelques années déjà, FRASER and STUART, *Company Law of Canada*, 5e édition, Toronto, Carswell, 1962, pp. 427 à 440.
83. Rapport, art. 171.

Cette vente n'opérera pas radiation des droits réels enregistrés avant l'avis. Suivant l'article 172, la vente est fait à charge de toutes les hypothèques. Bien plus, l'acquéreur devient tenu non seulement hypothécairement mais aussi personnellement au paiement de ces dettes. Cette règle est si rigoureuse qu'elle risque de rendre le recours inutilisable du moins lorsque plusieurs hypothèques grèvent un même bien. L'acquéreur n'aura même pas la faculté de délaisser le bien. Les auteurs du *Rapport* soutiennent qu'il deviendra codébiteur solidaire de la totalité de la dette[84]. Sa responsabilité ne se limitera même pas au montant qu'il aura payé, ni même à la valeur du bien, au moins théoriquement, si un tiers achetait un bien de valeur restreinte. Poussé à la limite, le cas de l'acquéreur d'un lopin de terre particulier garantissant avec d'autres biens une émission d'obligations, deviendrait responsable du paiement de quelques millions de dollars. En raison de ces dangers, ce recours à la vente risque de s'avérer peu utile au créancier.

Ce recours comprend des risques pour le créancier parce qu'il lui impose la responsabilité d'un mandataire légal dans les opérations de vente[85]. Il pourra être recherché en dommages s'il n'a pas été suffisamment diligent dans l'organisation de la vente. Il encourt une obligation de diligence d'une étendue difficilement déterminable pour découvrir des acquéreurs et déterminer les conditions de la vente. L'article 176 du Rapport l'oblige à rembourser les dommages résultant de la vente à un prix qui ne serait pas raisonnable dans les circonstances. Dans des cas semblables, pour se protéger, le vendeur devra recourir autant que possible à des procédures de vente par soumissions ou par enchères. Les ventes de gré à gré lui permettront beaucoup plus difficilement de prouver sa diligence et sa prudence à moins d'avoir avant obtenu l'opinion d'un évaluateur professionnel. Encore, celle-ci comme toute opinion professionnelle, demeurera-t-elle discutable. . .

Ces réformes découlent d'un souci louable de protection du débiteur. Elles pourront cependant rendre le droit d'utiliser ce recours purement illusoire et théorique, sauf lorsque les biens vendus seront libres de toutes autres charges ou hypothèques. Seuls les courtiers en valeurs mobilières conserveront la liberté de vendre conformément aux articles 171 et 172 sans être assujettis aux obligations imposées aux créanciers hypothécaires en vertu de cette section. Hormis ce cas, le projet conserve toute sa rigueur pour l'ensemble des créanciers hypothécaires.

84. Rapport, p. 569 et commentaires sur l'article 172.
85. Rapport, art. 175.

c — La prise en paiement

L'un des recours le plus courant du créancier hypothécaire est aujourd'hui la dation en paiement. Le Rapport de l'O.R.C.C. le conserve sous le nom de prise en paiement. Comme dans l'article 1040a) du *Code civil*, l'avis de prise de possession doit être signifié et enregistré[86]. Par la suite, l'article 178 impose un délai de soixante jours à l'égard des immeubles et de vingt et un jours pour les meubles avant l'exercice du recours. À l'expiration de ce délai, la prise en paiement a lieu volontairement ou par action en justice. Cependant, l'article 178 prive expressément la prise en paiement de son effet rétroactif. Elle a lieu à charge de tous les droits enregistrés avant le jour de l'enregistrement de l'avis d'intention. Elle ne rétroagit plus de façon à purger tous les droits réels enregistrés postérieurement à la constitution de l'hypothèque. La nouvelle règle est équitable dans le cas précis des créanciers ayant apporté des améliorations à l'immeuble et s'étant souciés de faire garantir leur créance par une hypothèque.

Par la suite, la prise en paiement éteint l'obligation. Même s'il doit payer un autre créancier, même postérieur, pour éviter d'être évincé, l'acquéreur est privé de tout recours contre le débiteur. L'article 180, en ce cas, interdit toute subrogation en sa faveur. Par cette règle, la prise en paiement peut conduire indirectement à l'extinction de toutes les dettes pour la sûreté desquelles le bien a été hypothéqué.

La suppression de l'effet rétroactif de la dation en paiement resteindra probablement la popularité de ce recours. De plus elle mettra certains créanciers en position difficile dans le cas où une hypothèque postérieure à la leur a été consentie par le débiteur en violation d'engagement envers eux. Le système proposé conduira probablement à l'utilisation préférentielle de l'action hypothécaire classique ou vente en justice.

d — La vente en justice ou l'action hypothécaire

Réglementée par les articles 181 à 186, l'action hypothécaire conserve ses traits familiers. Elle vise tout le recours en justice, évidemment, tant à l'égard des meubles que des immeubles. Comme l'article 16 du *Rapport de l'O.R.C.C. sur l'enregistrement des droits réels*, l'article 181 du Rapport sur les sûretés permet toutefois expressément l'enregistrement de l'avis d'action. Il serait préférable de l'exiger pour

86. Rapport, art. 177.

assurer une protection complète tant des tiers que du créancier lui-même. Le tiers conserve la faculté de délaissement. Cependant, cette faculté demeure fictive si le créancier se borne à poursuivre personnellement son débiteur et à vendre en justice en exécution du jugement obtenu. En tenant compte toutefois des restrictions apportées à l'exercice de certains recours hypothécaires et de leurs conséquences juridiques, le recours hypothécaire demeurera parfois le seul moyen efficace de préserver le rang du créancier hypothécaire lorsque plusieurs hypothèques sont enregistrées sur un même bien. Ce sera aussi à l'occasion la seule méthode de donner un titre libre d'hypothèque à un acquéreur subséquent, en raison des conséquences juridiques des recours de prise en paiement et de vente autrement qu'en justice.

3 — Les droits et la situation juridique du débiteur hypothécaire

À l'égard des recours du créancier hypothécaire, la situation du débiteur ou du possesseur a été améliorée en développant les mécanismes déjà prévus dans les articles 1040a) et suivants du *Code civil*. Sauf dans le cas de l'action hypothécaire, l'avis d'intention est nécessaire. Il relate les contraventions commises par le débiteur[87]. Le possesseur ou le débiteur a droit d'arrêter le recours en remédiant aux contraventions mentionnées dans l'avis. Ce droit s'exerce dans des délais variables. Dans le cas de prise de possession, la correction des défauts se fait en tout temps. Le délai est fixé à soixante jours quant aux immeubles et à vingt et un jours à l'égard des meubles dans le cas des ventes autrement qu'en justice. Ceci laisse le débiteur dans une situation incertaine à l'égard de garanties mixtes portant à la fois sur des meubles et des immeubles. S'il entend conserver son droit de corriger le défaut et éviter la vente du bien, il devra agir dans le délai le plus court, soit vingt et un jours. Dans le cas de prise en paiement, comme sous le régime juridique de la dation en paiement actuelle, il devra acquitter ses obligations jusqu'à la passation de l'acte ou jusqu'à jugement.

Le Rapport conserve aussi le recours du débiteur pour se faire libérer en vertu des articles 1202a) à 1202l) du *Code civil*. Les articles 190 à 193 reprennent l'essentiel de ces dispositions. Ils l'étendent toutefois aux meubles aussi bien qu'aux immeubles. Lorsque le bien est adjugé aux créanciers hypothécaires, le débiteur est réputé libéré jusqu'à concurrence de sa juste valeur marchande moins les hypothèques qui le grèvent. L'article 189 répute adjugé au créancier le bien acquis par son associé ou son parent ou allié, jusqu'au second degré.

87. Article 171, vente autrement qu'en justice; article 177, prise en paiement; article 165, prise en possession.

C — *Le rang des hypothèques*

Le projet consacre le chapitre 8 à la fixation du rang des hypothèques. Comme nous l'avons noté plus haut, ce rang dépend de l'enregistrement sauf pour les hypothèques immobilières[88]. Suivant l'article 195-2, les hypothèques enregistrées le même jour prendront rang par concurrence. Le rang des hypothèques mobilières dépendra de la date de leur publication, qu'elles soient faites par mise en possession ou enregistrement.

L'article 197 introduit une dérogation mineure au régime général en faveur du vendeur. Il est privé de son privilège légal de vendeur. Cependant, l'hypothèque stipulée en sa faveur prend rang avant toute hypothèque générale, même si celle-ci existait lors de la vente ou du jour de publication de l'hypothèque du vendeur. La cession de rang est maintenue. Elle doit cependant être expresse suivant l'article 201. L'on supprime ainsi la cession de rang tacite que reconnaissait l'article 2048 C.C.

D — *L'extinction des hypothèques*

Les auteurs du Rapport innovent peu dans l'aménagement des règles sur l'extinction des hypothèques que l'on retrouve à l'article 207. L'hypothèque immobilière s'éteint vingt-cinq ans après son enregistrement suivant l'article 208. L'hypothèque mobilière, à l'exception de l'hypothèque flottante, s'éteint après cinq ans de son enregistrement. Ceci obligera à renouveler l'hypothèque mobilière tous les cinq ans si les termes de financement d'un prêt sont plus longs.

L'article 223 introduit une règle nouvelle. Celle-ci précise l'application de l'article 170 de la *Loi des dépôts et consignations*[89]. En cas de contestation, elle permet d'obtenir la radiation d'une hypothèque sur dépôt d'une somme couvrant la créance et ses accessoires.

V — LES ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX DE LA RÉFORME : LA DISPARITION DU CONSENSUALISME ET DES PRIVILÈGES LÉGAUX

L'ensemble des règles techniques sur les hypothèques ne représente par l'élément décisif de cette réforme. Celui-ci se retrouve dans le rejet du consensualisme en matière hypothécaire. Les auteurs du Rapport ont voulu créer un système uniforme et d'ordre public quant à ses éléments essentiels. Ils ont voulu aussi assurer l'égalité des détenteurs

88. Rapport, art. 196.
89. L.Q. 1970, c. 17; S.R.Q., 1964, c. 64.

d'hypothèque en renonçant au concept même de privilège ou d'hypothèque légale. Égalité, fraternité et ordre public, tel aurait pu être l'intitulé de nos réflexions !

A — *Le refus du consensualisme*

La première manifestation de ce refus du consensualisme en matière de sûretés réelles se retrouve à l'article 10 du Rapport. Celui-ci dispose que toute stipulation contraire aux dispositions de la section 2 du chapitre 1 sur la présomption d'hypothèque serait sans effet. Sans égard à la forme de l'acte juridique, à l'apparence que les parties ont voulu lui donner, toute stipulation qui a pour objet de conférer un droit dans un bien pour assurer le paiement d'une obligation est réputée être une hypothèque selon l'article 6 du Rapport. On prohibe même la résolution de la vente faute de paiement du prix. Quelle que soit la forme adoptée pour la transaction, les parties sont présumées avoir passé un acte d'hypothèque. Il n'aura que les effets de celle-ci. Qu'on le qualifie d'acte de location, qu'on le qualifie d'acte de vente, d'aliénation, suivant l'article 8, il ne conférera que les droits de l'hypothèque à son titulaire.

L'on a voulu ainsi préserver les droits du constituant contre la pression économique du créancier. L'ensemble de ces dispositions créera toutefois une incertitude juridique considérable. Il arrivera sûrement que des parties seront présumées avoir constitué une hypothèque sans y avoir pensé. Autrefois, on créait parfois involontairement des substitutions dans les testaments; des hypothèques seront créées sans aucun doute de façon aussi inattendue.

La présomption affectera tout particulièrement la location d'équipement et de matériel. La qualification juridique de l'acte sera difficile. Accompagnée d'une option d'achat à son terme, la location de l'équipement, en particulier par l'intermédiaire ou d'un spécialiste en *leasing*, ne risquera-t-elle pas d'être assimilée à un prêt, simplement protégée par une garantie dans un bien ? Même la qualification d'un contrat de vente deviendra difficile. La plupart des contrats de vente conditionnelle ou des ententes par lesquelles les transferts de propriété demeurent suspendus se trouveront presqu'inévitablement assimilés à des actes constitutifs d'hypothèques. Toute la pratique du financement commercial sera à revoir.

L'importance de la présomption d'hypothèque est d'autant plus considérable que les effets de l'hypothèque sont imposés aux parties dans leurs éléments essentiels. Les règles fondamentales du régime hypothécaire ne pourront plus être mises de côté au gré des parties. Sauf

quelques modalités mineures, le régime juridique des effets de l'hypothèque ne sera pas négociable.

Cette situation découle d'abord de la règle contenue à l'article 139 du Rapport. Celui-ci prévoit que toutes stipulations contraires à certains articles du projet (art. 143, 145 et 139) sont réputées non écrites. On interdit donc toute dérogation aux principes en vertu desquels le constituant n'est pas dépouillé de la propriété du bien. L'hypothèque comme telle ne peut opérer aucun transfert de propriété non plus que tout contrat dont l'objet serait d'accorder une garantie dans un bien. L'effet strict de l'article 139 est donc de préserver les effets de l'hypothèque de toute atteinte par la convention des parties. De même, en défendant aux parties de déroger à l'article 143, on interdit toute extension des pouvoirs du créancier en possession auquel on se borne à accorder la simple administration. Il ne peut acquérir plus de pouvoirs ni se dégager de la responsabilité que lui impose son statut.

Enfin, l'article 148 défend toute dérogation à la plupart des règles d'exercice des recours hypothécaires. À peu près tout le chapitre des recours hypothécaires devient d'ordre public : « Est sans effet toute stipulation contraire aux dispositions des articles 149 à 159, 165 à 173, 175 à 178, 180, 181, et 193. » Les modalités d'exercice des recours hypothécaires, leurs effets, les pouvoirs respectifs du créancier, du débiteur et du possesseur et ceux de l'acquéreur du bien, les moyens de défense du débiteur, sont définis impérativement par la loi.

L'exercice de la liberté contractuelle devra s'adapter à un cadre rigide. Une fois en vigueur, le projet entraînera une modification importante des pratiques commerciales. Elles seront particulièrement nécessaires dans des situations où l'on employait soit certaines formes de *leasing* ou encore la fiducie en vertu de la *Loi des pouvoirs spéciaux*. En dehors de quelques règles légales très larges et de quelques formalités élémentaires, la détermination de l'effet de la sûreté, des pouvoirs respectifs du créancier et du débiteur, et de son mode de réalisation était laissée à la convention des parties. Désormais, celles-ci devront adapter leur pratique à un système juridique impératif. On a voulu protéger le débiteur, l'on a cherché à aménager un système à l'intérieur duquel les rapports de force économique ne perturberaient pas trop gravement l'équilibre des droits et obligations des parties. Le dessein est généreux. Ne serait-il pas trop ambitieux ou même dangereux pour la créativité juridique ou la préservation de la capacité d'évolution des règles légales et des usages commerciaux dans ce domaine ? N'a-t-on pas trop facilement étendu à toutes les méthodes de financement commerciales des règles

juridiques mieux adaptées à la protection du particulier ou du consommateur ?

B — *Les sûretés et le privilège du constructeur*

Nous éprouvons également certaines réticences à l'égard du traitement réservé aux privilèges du constructeur. On reconnaît volontiers que la plupart des privilèges légaux étaient désuets. L'idée même d'un rang préférentiel découlant du seul effet de la loi peut devenir incompatible avec le principe de l'égalité des créanciers. Par contre, appliqué sans nuance, il méconnaît tout souci de l'équilibre économique de l'industrie de la construction. Assez curieusement, il prive le constructeur de l'une de ses principales préoccupations légales, au moment même où le législateur est animé d'un souci nouveau de la stabilité et de la solvabilité de l'entreprise de construction. Cette préoccupation se rencontre dans la *Loi de la qualification professionnelle des entrepreneurs en construction*[90]. Elle impose à l'ensemble des entrepreneurs en construction, sauf temporairement aux spécialistes en électricité et en mécanique de bâtiment, l'obligation de démontrer leur solvabilité pour être autorisés à entreprendre par la Régie des entreprises de construction du Québec[91]. Récemment, cet organisme précisait ses exigences en matière de solvabilité dans son règlement no 13. Celui-ci imposait des normes minimales sur la liquidité et le fonds de roulement des entreprises de construction[92]. Les dispositions dénotent la volonté de la Régie de préserver aussi bien le client de l'entreprise que celle-ci par le maintien de son équilibre financier.

En droit français, la loi 75-1324 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance dénote des préoccupations similaires par ses procédures de délégation de paiement et de cautionnement en faveur des sous-traitants. Selon le professeur Philippe Jestax, cette loi « vise à protéger le sous-traitant en cas de faillite de l'entrepreneur principal, objectif que les circonstances ont rendu plus nécessaires que jamais. »[93] Les problèmes économiques de l'entreprise du bâtiment ne sont probablement pas moindres au Québec. Néanmoins, le Rapport sur les sûretés a prononcé une condamnation sans appel et sans réserve du privilège de construction[94]. Il opère ainsi un déplacement des risques économiques de la cons-

90. L.Q. 1975, c. 53, *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs en construction*.
91. *Idem.*, art. 31b) et 33b).
92. A.C. 237-77; 19-01-77, G.O., 9 février 1977, page 627, pages 649-650.
93. Philippe JESTAZ, 1976, *Revue Trimestrielle de droit civil*, p. 415.
94. Rapport, pages 68 à 72.

truction aux dépens des entrepreneurs et surtout des sous-traitants. On s'illusionne peut-être en croyant que ceux-ci réussiront à obtenir des garanties contractuelles alors qu'ils ne possèdent aucune relation directe avec le donneur d'ouvrage et que les procédures d'appel d'offre les obligent à signer un contrat conforme à leur soumission. À moins que les conditions d'appel d'offre ne prévoient qu'une hypothèque sera accordée, ils seront dans l'impossibilité juridique de s'en faire consentir une en refusant de signer un contrat.

Il est regrettable que le comité ait fait si bon marché des problèmes inhérents à l'entreprise de construction. Tout en supprimant le rang préférentiel du privilège du constructeur et en éliminant certains des risques que cette institution comportait pour le prêteur ou le propriétaire, il aurait pu reconnaître aux constructeurs ou aux fournisseurs de matériaux, le droit de créer unilatéralement une hypothèque de préservation de leurs droits. Dans ce système, cette hypothèque serait de même nature que l'hypothèque conventionnelle. Pour éviter toute surprise aux propriétaires, on exigerait que l'entrepreneur enregistre avant le début de ses travaux un avis d'intention de son hypothèque en précisant la nature et le montant de son contrat.

Les tiers obtiendraient donc une connaissance à la fois juridique et réelle de la possibilité d'un enregistrement de l'hypothèque. Cela éliminerait le risque du système actuel où la dénonciation du privilège a lieu par des avis privés dont la recherche est souvent difficile ou incertaine, particulièrement pour les créanciers hypothécaires ou les acquéreurs postérieurs d'un immeuble. L'hypothèque du constructeur, du fournisseur de matériaux deviendrait parfaite par son enregistrement dans un délai déterminé à partir de la fin des travaux. Elle prendrait rang à la date de l'avis d'intention. En raison de son caractère légal, on pourrait restreindre le recours du créancier privilégié à la seule action hypothécaire. Une réforme de cette nature sans aucun doute plus limitée que celle que proposent les auteurs du Rapport, sauvegarderait cependant les intérêts du prêteur sans pour autant imposer tout le risque financier de la construction à l'entrepreneur.

CONCLUSION

Nos réticences sur l'opportunité de cette réforme ne nous conduisent pas à un jugement défavorable sur l'ensemble du Rapport. Celui-ci demeure indubitablement l'un des éléments les plus intéressants et novateurs de la réforme du *Code civil*. La concision et l'élégance de sa langue, comme celle de plusieurs rapports de l'O.R.C.C., tranchent

agréablement sur la lourdeur et l'embarras du langage juridique courant. L'ampleur et la cohérence du dessein juridique impressionnent d'autant plus que la matière traitée était réglementée fragmentairement parfois même contradictoirement par une législation disparate. Il restera à analyser toutes les conséquences de cette réforme lorsqu'elle aura trouvé sa place dans l'ensemble du projet et commencé à influencer la pratique juridique.