

La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau *Code civil du Québec*

Louis Payette

Volume 23, Number 3, September 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1057116ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1057116ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Payette, L. (1992). La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau *Code civil du Québec*. *Revue générale de droit*, 23(3), 373–384.
<https://doi.org/10.7202/1057116ar>

Article abstract

This article underlines the distinctions made under the new *Civil Code of Québec* between the creation of a hypothec, the time when it attaches to the property subject to it, the time when it produces its effects and the time the rights deriving from the hypothec become available against third parties.

La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau *Code civil du Québec*

LOUIS PAYETTE

Associé, Desjardins Ducharme Stein Monast

RÉSUMÉ

Cet article souligne les distinctions que le nouveau Code civil du Québec établit entre le moment de la création d'une hypothèque mobilière, le moment où elle grève le bien qu'elle vise, celui où elle prend effet et celui où elle devient opposable aux tiers.

ABSTRACT

This article underlines the distinctions made under the new Civil Code of Québec between the creation of a hypothec, the time when it attaches to the property subject to it, the time when it produces its effects and the time the rights deriving from the hypothec become available against third parties.

SOMMAIRE

Introduction	374
I. Création, prise d'effet, rang	374
A. Création de l'hypothèque	374
B. Création et prise d'effet de l'hypothèque	375
1. « Prise d'effet » — entre les parties	375
2. « Prise d'effet » à l'égard des tiers — Priorité	378
C. Conséquences rattachées aux caractères distincts des concepts de création, de prise d'effet et de publicité des hypothèques	378
1. Conséquence sur l'opposabilité de l'hypothèque	379
2. L'inscription peut-elle précéder la création de l'hypothèque?	380
D. Conclusion	381
II. Conditions de création de l'hypothèque mobilière	382
A. Hypothèque mobilière légale	382
B. Hypothèque conventionnelle	382
1. Conditions relatives à la personne du constituant	382
2. Conditions relatives à l'obligation principale	383
3. Conditions quant aux droits du constituant dans le bien hypothéqué	384
4. Conditions quant au mode de création	384
C. Conclusions	384

INTRODUCTION

L'objectif poursuivi par un créancier qui acquiert une sûreté est de se sortir du rang des créanciers ordinaires et d'acquérir un droit de préférence qui leur soit opposable. L'opposabilité d'une sûreté est intimement liée à son existence ou à sa création.

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, certaines sûretés ne sont créées et n'existent qu'au moment où elles reçoivent publicité. Ainsi, le gage prend naissance par la remise du bien au créancier¹. L'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire ne viennent à existence que lorsqu'elles sont enregistrées²; il en est de même de l'hypothèque sur les immeubles futurs d'une corporation³. La création d'une sûreté est donc souvent subordonnée à la publicité qu'on doit en faire. Dans d'autres cas l'enregistrement n'a lieu que pour conserver la sûreté, celle-ci pouvant, pendant un certain temps à tout le moins, être opposable aux tiers même avant qu'elle n'ait été enregistrée⁴.

Qu'en est-il dans le nouveau *Code civil du Québec*, à l'égard des sûretés mobilières?

L'objet de la première partie du présent exposé est de voir à quel moment l'hypothèque mobilière naît et prend ses effets.

Dans une seconde partie seront brièvement passées en revue les conditions de création de l'hypothèque mobilière.

I. CRÉATION, PRISE D'EFFET, RANG

A. CRÉATION DE L'HYPOTHÈQUE

Le mot « création » ou « créer » ne fait pas partie du vocabulaire du nouveau Code civil au titre des hypothèques. Dans le cas de l'hypothèque conventionnelle, il utilise les mots « constituer »⁵ ou parfois « consentir »⁶ pour référer à sa création et dans le cas de l'hypothèque légale le mot « acquérir » est plus spécifiquement employé⁷. Il ressort des différents articles où ces expressions se retrouvent que la « constitution » d'une hypothèque signifie le moment précis dans le temps où elle vient à existence⁸ et peut commencer à avoir certains effets.

1. Art. 1966 C.c.B.-C.

2. Art. 2026 et 2034 C.c.B.-C.

3. Voir *infra* note 42.

4. C'est le cas de certains privilèges ouvriers en vertu du *Code civil du Bas-Canada*: art. 2013 d), 2013 e), 2013 f) et 2103 C.c.B.-C.

5. Voir, entre autres, les articles 2693, 2696, 2702, 2707, 2711 et 3102.

6. Voir, entre autres, les articles 2687 et 2689.

7. Voir les articles 2725, 2726, 2729 et 2730; quoique le mot « acquérir » soit aussi employé dans des articles traitant de la création d'une hypothèque aussi bien conventionnelle que légale: voir, à titre d'exemple, l'article 2954.

8. Art. 2688: L'hypothèque constituée pour garantir le paiement d'une somme d'argent est valable, encore qu'*au moment de sa constitution* le débiteur n'ait pas reçu ou n'ait reçu que partiellement la prestation en raison de laquelle il s'est obligé. [...]

Art. 2707: L'hypothèque mobilière avec dépossession peut être, *postérieurement à sa constitution*, publiée par inscription, pourvu qu'il n'y ait pas interruption de publicité.

B. CRÉATION ET PRISE D'EFFET DE L'HYPOTHÈQUE

Il faut se garder de croire qu'une fois créée, c'est-à-dire une fois en existence, l'hypothèque produit automatiquement tous ses effets.

Dans le nouveau code, la création de l'hypothèque, sa prise d'effet entre les parties, sa prise d'effet à l'égard des tiers et, enfin, le rang qu'elle confère, constituent autant de concepts distincts. Le nouveau code prévoit en effet des situations où une hypothèque peut exister sans qu'elle n'ait encore d'effet, même entre les parties. Il en prévoit d'autres où elle a effet entre les parties mais non à l'égard des tiers, d'autres où elle a effet, ou certains effets, à l'égard des tiers mais ne confère pas encore de rang et d'autres encore où elle ne peut avoir effet qu'à l'égard de certains tiers seulement tant que certaines conditions ne seront pas réalisées⁹.

1. « Prise d'effet » — entre les parties

Au Livre De la publicité des droits, l'article 2941 laisse voir que les droits produisent leurs effets entre les parties sans publicité; il énonce que celle-ci a lieu pour rendre les droits opposables aux tiers, établir leur rang et non pas, sauf si la loi le mentionne spécifiquement, pour leur donner effet¹⁰. Cette règle est confirmée au Titre des Hypothèques par l'article 2663 qui déclare que l'hypothèque doit être publiée « pour que les droits hypothécaires qu'elle confère soient opposables aux tiers ». Cet article est beaucoup plus nuancé que l'article 2130 du *Code civil du Bas-Canada* qui énonce qu'« aucune hypothèque n'a d'effet sans enregistrement »¹¹.

Le principe qui se dégage du nouveau code est que l'hypothèque prend effet entre les parties dès le moment de sa constitution, sous réserve de différentes nuances qui seront apportées à l'instant.

Art. 2954 : L'hypothèque mobilière qui, *au moment où elle a été acquise*, l'a été sur le meuble d'autrui ou sur un meuble à venir, prend rang à compter du moment où elle a été publiée, mais, le cas échéant, après l'hypothèque du vendeur créée dans l'acte d'acquisition du constituant si cette hypothèque est publiée dans les quinze jours de la vente.

Art. 3102 : La validité d'une sûreté mobilière est régie par la loi de l'État de la situation du bien qu'elle grève *au moment de sa constitution*. [...]

Art. 3104 : La sûreté qui a été publiée selon la loi de l'État où le bien était situé *au moment de sa constitution* sera réputée publiée au Québec, à compter de la première publication, si elle est publiée au Québec avant que se réalise la première des éventualités suivantes : [...]

Art. 3105 : La validité d'une sûreté grevant un meuble corporel ordinairement utilisé dans plus d'un État ou de celle grevant un meuble incorporel est régie par la loi de l'État où était domicilié le constituant *au moment de sa constitution*. [...]

Art. 3106 : La sûreté régie, *au moment de sa constitution*, par la loi de l'État du domicile du constituant et qui a été publiée, sera réputée publiée au Québec, à compter de la première publication, si elle est publiée au Québec avant que se réalise la première des éventualités suivantes : [...]

9. Art. 2708 et 2710.

10. Art. 2941 : La publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la loi le prévoit, leur donne effet.

Entre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés, sauf disposition expresse de la loi.

11. La jurisprudence a toutefois interprété cet article comme voulant dire « aucune hypothèque n'a d'effet à l'égard des tiers sans enregistrement » : *Chaput c. Hébert*, (1932) 53 B.R. 47.

À lire certains articles du nouveau code, on pourrait être tenté de penser que l'hypothèque vient à existence à l'égard d'un bien, s'y attache, l'affecte d'un droit réel et produit ses effets au moment où elle « grève » ce bien. À titre d'exemple, l'article 2670 énonce que « L'hypothèque sur le bien d'autrui ou sur un bien à venir ne *grève* ce bien qu'à compter du moment où le constituant devient le titulaire du droit hypothéqué ». Cependant, une lecture attentive des articles où le mot « grever » est employé montre qu'il a une signification beaucoup moins précise que cela et veut simplement dire que l'hypothèque a été « consentie » sur un bien donné¹². Il est donc impossible de voir dans les mots « grève » ou « grever » une indication d'un moment précis dans le temps où l'hypothèque prend naissance et effet à l'égard d'un bien.

Le nouveau code ne s'est pas inspiré de la notion d'« attachement » qu'on retrouve dans les statuts de plusieurs provinces de common law sur les sûretés mobilières; l'*attachment* décrit le fait qu'une sûreté, une fois certaines conditions réunies, prend effet entre les parties à l'égard d'un bien¹³. Pour qu'il y ait *attachment*, c'est-à-dire pour que la sûreté existe véritablement sur le bien et le grève, trois conditions doivent être remplies. Premièrement, le créancier doit avoir donné valeur ou se soit obligé d'avancer les fonds promis à un débiteur¹⁴, deuxièmement, le constituant doit avoir acquis des droits dans le bien grevé et, troisièmement, le créancier doit avoir pris possession du bien ou il faut qu'un écrit créant l'hypothèque ait été signé par le débiteur¹⁵.

Les effets que l'hypothèque peut produire entre les parties, indépendamment d'un conflit qui pourrait surgir entre le créancier hypothécaire et un tiers, sont multiples. Ainsi, le créancier peut agir contre le débiteur en cas de détérioration du bien hypothéqué¹⁶. Le créancier peut percevoir les fruits et revenus produits par le bien hypothéqué¹⁷. Le créancier peut exercer en cas de défaut différents recours qui ne lui sont disponibles que parce qu'il détient une hypothèque : il peut prendre possession du bien grevé, il peut le prendre en paiement ou encore le

12. Voir à titre d'exemple, l'article 2698 qui énonce que « L'hypothèque mobilière *grevant* les fruits et produits [...] *prend effet* au moment où ceux-ci deviennent des meubles ayant une entité distincte [...] ».

Voir aussi les articles 2714, 2718, 2733, 2753 et 2760.

13. La *Loi sur les sûretés mobilières d'Ontario* (Lois refondues de l'Ontario de 1990, chapitre P-10) articule en effet la création de sûretés sur un bien meuble autour de deux concepts, celui de l'*attachement* de la sûreté et celui de sa *perfection*. Richard H. McLAREN, *Secured Transactions in Personal Property in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 1989, s'exprime ainsi :

« Attachment » is a term of art used in the Act to mean that all the events necessary for the creation of a security interest have taken place. It is used to establish the time when the rights of the debtor in the collateral are restricted and affected by the rights of the secured party. Section 2.01 [1] p. 2-21.

« Perfection » must be distinguished from another term of art, namely attachment. Attachment deals with the rights of the immediate parties with respect to the collateral. It differs from perfection which is a status which, once achieved, defines the rights of the secured party vis-à-vis other parties' interests in the collateral. Section 3.01, p. 3-3.

L'*attachement* correspond à peu près à l'état d'une hypothèque qui a pris effet entre les parties, à l'égard du bien grevé. La *perfection* correspond, à peu près, à l'état d'une hypothèque publiée.

14. Richard H. McLAREN, *op. cit.*, note 13, section 2.01 [2], note 10.

15. *Id.*, section 2.01 [2].

16. Art. 2734.

17. Art. 2737 et 2743.

vendre¹⁸; il est vrai que pour exercer ces recours, le créancier doit publier un préavis de recours¹⁹ mais dans l'état actuel des textes rien n'empêche que ce préavis soit inscrit sans que l'hypothèque elle-même l'ait été²⁰.

Par exception à cette règle d'efficacité entre les parties sans publicité, le code prévoit plusieurs cas où l'hypothèque ne prend effet, même entre les parties, qu'une fois survenus certains événements ou certaines conditions.

La majorité de ces cas se rattachent à des circonstances où l'hypothèque est appelée à grever soit un bien qui n'existe pas au moment où elle est constituée, soit un bien qui n'existe pas encore dans la forme sous laquelle il sera éventuellement grevé, soit un bien qui n'appartient pas encore au constituant.

Ainsi, l'hypothèque sur le bien d'autrui ou sur le bien à venir ne prend « effet » qu'à compter du moment où le constituant devient le titulaire du droit hypothéqué²¹. De même, l'hypothèque constituée sur les fruits et les produits du sol de même que les matériaux ou autres choses qui font partie intégrante d'un immeuble, prend « effet » au moment où ces biens deviennent des meubles ayant une entité distincte²². À ces situations peuvent se comparer celles où l'hypothèque, bien après le moment de sa constitution, prend « effet » à l'égard de certains biens sur lesquels elle s'est étendue suite à une incorporation, un mélange, une union ou une transformation²³. On peut aussi faire un rapprochement entre ces situations et les cas de « report » de l'hypothèque. Dans le cas de financement de biens en stock, l'hypothèque se « reporte » sur un bien acquis par le constituant en remplacement d'un autre²⁴ ou sur le produit de disposition d'un bien qui faisait partie de l'universalité de biens hypothéqués²⁵; dans le cas d'hypothèque sur valeurs mobilières, l'hypothèque se « reporte » sur des valeurs substituées aux valeurs originellement hypothéquées²⁶; en cas d'offre et de consignation, l'hypothèque peut se « reporter » sur un bien désigné par le tribunal²⁷. Voilà autant de situations où l'hypothèque, après avoir été constituée, acquiert une portée nouvelle et grève des biens sur lesquels elle n'existait pas au moment de sa création.

Enfin, il y a lieu de souligner un cas particulier où le législateur permet aux parties de retarder à plus tard les effets qu'une hypothèque pourrait par ailleurs entraîner immédiatement. Il s'agit du cas de l'hypothèque ouverte où les parties choisissent de suspendre certains effets de l'hypothèque jusqu'au moment de sa clôture par le créancier en cas de défaut²⁸. Cette situation illustre d'une manière très nette la distinction établie par le nouveau code entre la « création » et la « prise d'effet » en matière d'hypothèque.

18. Art. 2748.

19. Art. 2757.

20. À preuve, le cas de l'hypothèque mobilière publiée par la dépossession, mais dont l'exercice des recours demeure soumis à la nécessité de l'inscription d'un préavis.

21. Art. 2670.

22. Art. 2698.

23. Art. 2671 et 2673.

24. Art. 2674.

25. Art. 2674.

26. Art. 2677.

27. Art. 2678.

28. Art. 2715 et 2718.

2. « Prise d'effet » à l'égard des tiers — Priorité

Pour que l'hypothèque mobilière ait effet à l'égard des tiers, il faut la publier²⁹. Elle est « publiée » soit par la détention du bien meuble par le créancier ou par un tiers convenu³⁰ soit par inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers³¹. Dans le cas particulier d'hypothèques portant sur des créances, certaines formalités additionnelles sont requises³². Ces formalités ressemblent, pour l'essentiel, aux règles qui prévalent dans le code actuel et ont pour but de porter expressément à la connaissance des débiteurs des créances hypothéquées³³ l'existence de l'hypothèque; à défaut de ces formalités, l'hypothèque sur créances, quoiqu'inscrite, ne sera pas opposable aux débiteurs des créances hypothéquées³⁴. Dans le cas d'une hypothèque sur une universalité de créances présentes et futures, l'efficacité des droits que confère l'hypothèque doit donc être examinée à un triple niveau. À l'égard du créancier et du constituant, l'hypothèque produira sur les créances existantes tous ses effets dès sa constitution mais n'en produira sur les créances futures que lorsque celles-ci viendront à existence³⁵. À l'égard des tiers en général, cette hypothèque deviendra opposable et prendra rang à compter de son inscription³⁶. À l'égard de cette catégorie particulière de tiers que constituent les débiteurs des créances hypothéquées, l'hypothèque deviendra efficace par sa signification à ces débiteurs³⁷. Enfin, le rang des hypothèques sur créances dépend du moment de leur publicité, que celle-ci ait eu lieu par inscription ou par détention du bien³⁸.

C. CONSÉQUENCES RATTACHÉES AUX CARACTÈRES DISTINCTS DES CONCEPTS DE CRÉATION, DE PRISE D'EFFET ET DE PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES

De tout ce qui précède, il se dégage que l'existence de l'hypothèque mobilière ou sa création n'est pas subordonnée ou conditionnelle à l'existence du bien qu'elle est destinée à grever ou à l'existence de droits du constituant dans ce bien. L'existence de ce bien ou de droits du constituant sera nécessaire pour la prise d'effet de l'hypothèque, mais elle ne l'est pas comme condition préalable à sa création. Même si la création d'une hypothèque et sa prise d'effet sont susceptibles dans la majorité des cas de survenir simultanément, il s'agit, dans le nouveau code, d'événements qui peuvent être isolés l'un de l'autre dans le temps et se succéder.

29. Art. 2663.

30. Art. 2703 et 2705.

31. Art. 2663.

32. Art. 2710.

33. C'est-à-dire des créances dont est titulaire le débiteur et que celui-ci greève d'une sûreté au bénéfice de son propre créancier.

34. Art. 2710.

35. Art. 2670.

36. Art. 2945.

37. Ou par l'acquiescement qu'en font ces débiteurs : art. 2710 et 1641.

38. Art. 2945.

Comment réconcilier ceci avec la définition de l'hypothèque qui en fait un droit réel sur un bien³⁹ ou sur un droit⁴⁰? Il semble qu'on ne puisse plus rattacher à cette définition des conséquences qu'on fait découler en droit actuel du concept d'hypothèque et du concept de gage.

Dans l'approche traditionnelle du droit civil, pour qu'un droit réel existe, le bien sur lequel il porte doit exister. Dans le *Code civil du Bas-Canada*, on a fait application de ce principe en jugeant qu'un nantissement commercial⁴¹ ou plus généralement une sûreté ne pouvait être créée sur un bien futur. De même, on a déjà jugé que l'hypothèque d'un bien immeuble futur, consentie sous l'autorité de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, ne prenait pas naissance au moment où elle est consentie, mais une fois seulement l'immeuble acquis et les formalités additionnelles d'enregistrement respectées⁴². On a toutefois porté atteinte à ce principe dans le droit actuel en permettant la création de sûretés sur des universalités de biens présents et futurs⁴³ prenant rang à partir d'une date unique aussi bien pour les biens existant au moment de la création de la sûreté qu'à l'égard des biens acquis subséquemment.

Dans le nouveau code, nous le verrons à l'instant, une hypothèque sur un bien meuble futur conférera au créancier un rang qui pourra être antérieur au moment de l'acquisition du bien⁴⁴ par celui qui a créé l'hypothèque. Puisque le rang est un attribut du droit de préférence et que le droit de préférence est lui-même un effet de l'hypothèque⁴⁵, force est de constater qu'on rattache à l'hypothèque des effets, dès son inscription, même si le bien qu'elle est destinée à grever n'est pas acquis⁴⁶; l'hypothèque a donc déjà une existence ou, en tout cas, une certaine existence.

1. Conséquence sur l'opposabilité de l'hypothèque

Dans ce contexte, le nouveau code permet qu'une hypothèque soit rendue opposable aux tiers dès son inscription même si, en vertu des règles examinées plus haut, elle n'a pas encore d'effet⁴⁷.

39. Art. 2660.

40. Le nouveau code parle parfois du « droit hypothéqué », parfois du « bien hypothéqué » : voir articles 2660 et 2670.

41. *Fiducie du Québec c. Entreprises R. Chainey & Fils Inc.*, [1983] C.S. 241.

42. *In re Barnabé & Fils Limitée : Normandeau v. Gingras*, [1973] C.A. 516, p. 524; la Cour a décidé que l'hypothèque consentie dans un acte de fiducie d'hypothèque, de nantissement et de gage sur un immeuble futur ne prend naissance qu'au moment de son enregistrement sur l'immeuble subséquemment acquis; en conséquence, sa naissance fut jugée tardive en regard de l'article 2023 C.c.B.-C.

43. *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. c. P-16, art. 27; *Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q. c. C-53, art. 13; articles du *Code civil du Bas-Canada* sur le nantissement agricole (art. 1979 a) ss.) et sur les cessions d'universalités de créances (art. 1571 d) et 1966).

44. Art. 2954; en matière immobilière l'article 2948 peut entraîner le même effet.

45. Art. 2660.

46. Contrairement à la règle du quatrième alinéa de l'article 2130 C.c.B.-C. : « Si néanmoins deux titres créant hypothèque sont entrés au même moment, ils viennent ensemble par concurrence ».

47. Les règles sur l'inscription de l'hypothèque ne demandent pas que l'hypothèque soit dans un état où elle produit des « effets ». Le nouveau code prévoit que l'inscription se fait par la présentation d'une réquisition d'inscription dans laquelle il paraît suffire de désigner les titulaires et constituant de l'hypothèque et les biens visés par l'hypothèque : art. 2970 et 2981.

L'article 2954 illustre bien cette proposition. Il se lit comme suit :

L'hypothèque mobilière qui, au moment où elle a été acquise, l'a été sur le meuble d'autrui ou sur un meuble à venir, prend rang à compter du moment où elle a été publiée, mais, le cas échéant, après l'hypothèque du vendeur créée dans l'acte d'acquisition du constituant si cette hypothèque est publiée dans les quinze jours de la vente.

De même l'article 2698, qui se lit comme suit :

L'hypothèque mobilière grevant les fruits et les produits du sol, ainsi que les matériaux ou d'autres choses qui font partie intégrante d'un immeuble, prend effet au moment où ceux-ci deviennent des meubles ayant une entité distincte. Elle prend rang à compter de son inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers.

Le nouveau code permet donc de donner immédiatement existence à une hypothèque sur un bien mobilier futur et d'accorder priorité au créancier hypothécaire dès l'inscription ou, en cas de pluralité de telles hypothèques consenties par le constituant, d'accorder priorité aux créanciers suivant l'ordre d'inscription. Dans le cas d'universalité de biens, l'article 2950 précise de la même manière que la même et unique priorité est acquise à l'égard de chaque bien nouvellement acquis par l'inscription, sans égard au moment de son acquisition dans le futur.

2. L'inscription peut-elle précéder la création de l'hypothèque?

À l'intérieur de certains systèmes juridiques de sûreté, il est possible de faire précéder la création d'une sûreté mobilière par son inscription⁴⁸, avec le résultat que le créancier peut acquérir priorité avant même que la sûreté ne soit créée. C'est le cas de la sûreté sous l'article 427 de la *Loi sur les banques*. On a vanté les mérites de ce système. Il permet au bailleur de fonds de s'assurer immédiatement de la priorité rattachée aux sûretés qu'il prendra éventuellement même si les négociations relatives aux termes d'affaires des crédits envisagés ne sont pas complétées. Il permet aussi de simplifier les procédures de financement; l'inscription des sûretés pouvant se faire à l'avance, il est d'ailleurs possible d'effectuer les déboursements de fonds au jour de clôture, où sont alors signés les écrits pertinents ou nécessaires, puisque le créancier sait avec certitude que sa priorité est alors acquise.

Le nouveau code permet-il l'inscription d'une hypothèque mobilière avant sa création? La publication a lieu, dans le cas de l'hypothèque, pour rendre opposables aux tiers les droits qu'elle confère⁴⁹; si elle ne confère encore aucun droit, pour la simple raison qu'elle n'existe pas, l'hypothèque peut-elle malgré tout être publiée par anticipation? Dans un sens la publication d'une hypothèque avant sa constitution n'est pas plus illogique que la publication d'une hypothèque qui a été constituée mais qui ne produit pas encore ses effets; or, on a vu que le code nouveau admet telle publication dans le cas d'une hypothèque qui n'entraîne encore aucun effet qui puisse être rendu opposable aux tiers.

48. L'article 45(3) de la *Loi sur les sûretés mobilières d'Ontario* permet l'enregistrement de la sûreté avant sa création; voir Richard H. McLAREN, *op. cit.*, note 13, section 3.04 [2], p. 3.22 et 3.23.

49. Art. 2663 et 2941.

Le nouveau code est silencieux sur ce sujet.

Le Livre De la publicité des droits comporte un chapitre cinquième sur la « préinscription ». Il traite de la préinscription de droits résultant d'un testament introuvable ou d'un droit réel faisant l'objet d'une demande en justice. La publication ultérieure de tels droits rétroagira au moment de cette préinscription⁵⁰. Ce chapitre ne fait cependant aucune application à l'hypothèque de ce nouveau concept de préinscription.

Il faut toutefois souligner ce qui suit. Dans le cas de l'hypothèque immobilière, l'inscription nécessite la rédaction d'un abrégé ou d'un sommaire de l'acte d'hypothèque ou, à défaut, la présentation d'une copie de l'acte constitutif⁵¹. Il n'en va pas ainsi pour l'hypothèque mobilière. À son égard l'inscription s'effectue par la présentation d'un avis requérant l'officier de la publicité des droits d'inscrire l'hypothèque sur le registre des droits réels mobiliers, sans qu'il soit nécessaire de présenter un abrégé ou un sommaire de l'acte constitutif d'hypothèque. Elle peut se faire sans référence à l'acte constitutif⁵².

Dans l'état actuel des textes, il est permis de penser que le code nouveau admettra la publicité de l'hypothèque mobilière avant sa création. Il faudra toutefois attendre les textes réglementaires sur l'inscription pour se prononcer.

D. CONCLUSION

La Cour suprême du Canada déclarait en 1981, relativement au privilège du fournisseur de matériaux prévu au *Code civil du Bas-Canada*, ce qui suit :

Le privilège est un droit qui de par sa nature naît, croît, se conserve et s'exerce par étapes, à des époques différentes. Qu'il soit assujéti à diverses conditions qui doivent toutes être rencontrées pour qu'il puisse être exercé ne l'empêche pas de naître.⁵³

Dans le Code civil nouveau, l'hypothèque mobilière constitue un droit complexe. Elle est susceptible d'avoir des applications fort simples, tel le gage. Dans tels cas elle emporte dès sa création tous ses effets. Elle est aussi susceptible d'applications plus élaborées, telle l'hypothèque mobilière sur universalité de biens qui sera créée soit pour des financements de biens en stock soit lors d'émission d'obligations, ou l'hypothèque mobilière sur un bien futur. Dans ces cas, ses effets ne sont pas tous simultanément présents lors de sa création et peuvent se succéder dans le temps. Elle peut alors naître, acquérir et conférer priorité, acquérir par étapes effet entre les parties, puis encore acquérir par étapes effets à l'égard des tiers, disparaître sur certains biens, s'étendre sur d'autres et se reporter par voie de subrogation réelle sur d'autres encore.

50. Art. 2968.

51. Art. 2982 et 2983.

52. Art. 2981; une mise en garde doit être faite ici : cet article 2981 précise aussi que la réquisition d'inscription doit mentionner « tout autre fait pertinent à des fins de publicité » qui peut être prescrit par règlement. Le règlement prévoira-t-il une référence à l'acte constitutif?

53. *Armor Ascenseur Québec Ltée c. Caisse de dépôt et placement du Québec*, [1981] 1 R.C.S. 12, p. 26.

II. CONDITIONS DE CRÉATION DE L'HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE

La deuxième partie de cet exposé sera consacrée à souligner très sommairement les conditions de création de l'hypothèque mobilière suivant le nouveau code.

La création de l'hypothèque mobilière obéit à des conditions qui varient substantiellement selon qu'il s'agit d'une hypothèque légale ou d'une hypothèque conventionnelle. Il y a donc lieu de discuter séparément la création de ces deux espèces d'hypothèques.

A. HYPOTHÈQUE MOBILIÈRE LÉGALE

L'hypothèque légale a lieu dans l'une ou l'autre des quatre circonstances prévues par l'article 2724. C'est la loi qui la crée au profit de l'État pour ses créances fiscales⁵⁴, au profit de personnes ayant participé à la construction ou à la rénovation d'immeubles⁵⁵, au profit des autres copropriétaires divis lorsqu'un copropriétaire divis fait défaut de payer sa quote-part des charges communes ou sa contribution au fonds de prévoyance ou, enfin, au profit du porteur d'un jugement condamnant à payer une somme d'argent. Dans le premier et le dernier cas, il peut s'agir d'une hypothèque mobilière.

Exception faite de l'hypothèque légale du domaine de la construction, ces hypothèques ne sont « acquises », c'est-à-dire, dans le contexte, ne prennent existence au profit du créancier bénéficiaire que par l'inscription d'un avis comportant, entre autres, désignation des biens que le créancier a choisi de grever de l'hypothèque⁵⁶. Par contraste, l'hypothèque légale du domaine de la construction « existe sans qu'il soit nécessaire de la publier » nous dit l'article 2726.

B. HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

1. Conditions relatives à la personne du constituant

Le constituant de l'hypothèque doit avoir la capacité d'aliéner le bien qu'il entend soumettre à l'hypothèque⁵⁷. La « capacité d'aliéner » ne fait plus l'objet de dispositions particulières au niveau du chapitre de la vente contrairement au code actuel; l'hypothèque conventionnelle résultant d'un contrat, on peut donc se référer au chapitre Du Contrat, au Livre Des Obligations, à l'article 1409, qui nous apprend que les règles relatives à la capacité de contracter sont principalement établies au Livre Des personnes. Les règles générales qu'on trouve à ce dernier Livre nous disent que le majeur ou le mineur marié est capable de contracter⁵⁸ et que les personnes morales ont cette même capacité⁵⁹.

Toute personne capable de contracter peut donc hypothéquer, à moins qu'il ne s'agisse d'une personne qui administre le bien d'autrui. D'une façon

54. et au profit de créances prévues dans des lois particulières au profit de l'État ou de certaines personnes morales de droit public (art. 2724).

55. Art. 2724.

56. Art. 2725 et 2730.

57. Art. 2681.

58. Art. 153 et 176.

59. Art. 303.

générale, toute personne chargée de l'administration du bien d'autrui doit obtenir l'autorisation du bénéficiaire ou du tribunal pour créer une hypothèque, si cette personne n'a que la « simple administration »⁶⁰; au contraire, si elle a la « pleine administration » du bien d'autrui, elle a la capacité de créer une hypothèque mobilière⁶¹. C'est la loi qui détermine, suivant les circonstances, si la personne concernée a la pleine ou la simple administration du bien d'autrui. Les règles relatives à la capacité des tuteurs ressemblent à celles du code actuel; le tuteur n'a qu'un pouvoir de simple administration et doit être autorisé par le conseil de tutelle ou par le tribunal pour « grever un bien d'une sûreté »⁶².

Enfin, le code nouveau exige que le constituant soit une personne qui exploite une entreprise lorsqu'il entend conserver la possession des biens meubles grevés⁶³, ou lorsqu'il s'agit d'une hypothèque ouverte⁶⁴, ou d'une hypothèque portant sur une universalité de biens⁶⁵ ou sur un meuble représenté par connaissance⁶⁶. La première de ces restrictions a été introduite tardivement dans le Projet de loi 125 et, semble-t-il, fera l'objet de nouvelles consultations avant d'être définitivement laissée dans le code.

Le concept d'entreprise est défini d'une manière beaucoup plus large par le nouveau Code civil que ne le font les dictionnaires, qui réservent habituellement l'usage de ce mot aux affaires commerciales et industrielles. L'article 1525, au Livre Des obligations, le définit comme suit :

Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.

2. Conditions relatives à l'obligation principale

Le nouveau code affiche la plus grande souplesse à l'égard de la nature et des attributs de l'obligation principale qui peut être garantie par hypothèque; le nouveau code met ainsi un terme aux complexités du droit actuel qui, selon le type de sûreté consentie, admet ou n'admet pas soit qu'un cautionnement, soit qu'un solde de prix de vente ou qu'une obligation autre que celle résultant d'un prêt, puisse être garanti par la sûreté mobilière.

L'obligation principale peut être celle du constituant ou celle d'une autre personne⁶⁷.

N'importe quelle obligation peut être garantie par hypothèque⁶⁸. Ainsi, une obligation future peut l'être⁶⁹. Plusieurs obligations peuvent être garanties par hypothèque et même toutes les obligations présentes et futures du constituant à l'égard du créancier hypothécaire pourvu, dans ce dernier cas, que les obligations

60. Art. 1305.

61. Art. 1307.

62. Art. 213.

63. Il faut en plus que le bien grevé soit un bien de l'entreprise : art. 2683.

64. Art. 2686.

65. Art. 2684.

66. Art. 2685.

67. Art. 2681.

68. Art. 2687.

subséquentement contractées par le constituant le soient en vertu d'une stipulation contenue à l'acte constitutif d'hypothèque⁷⁰.

3. Conditions quant aux droits du constituant dans le bien hypothéqué

Le code nouveau ne pose pas comme condition de création de l'hypothèque que le constituant soit propriétaire des biens ou droits grevés. Comme on l'a vu plus haut, l'existence de droit du constituant dans le bien grevé n'est qu'une condition d'efficacité et non d'existence de l'hypothèque.

4. Conditions quant au mode de création

L'hypothèque mobilière peut être créée par le simple fait de la remise au créancier du bien ou par le fait que le créancier maintienne la détention qu'il a déjà du bien, du consentement du constituant⁷¹. Le nouveau code a repri ici, en y retouchant à peine, les règles actuelles de création du gage.

L'hypothèque mobilière peut aussi être créée par écrit⁷² qui doit être authentique s'il s'agit d'une hypothèque pour garantir le paiement d'obligations émises par une société⁷³. Cet écrit doit contenir une description suffisante du bien ou, s'il s'agit d'une universalité de meubles, l'indication de la nature de cette universalité⁷⁴. Comme on peut le constater, les exigences de description du bien hypothéqué ont été réduites au minimum et c'est là une des caractéristiques des plus heureuses. L'approche du code nouveau est ici plus réaliste et plus souple que celle du code actuel au niveau du nantissement commercial ou même que celle de la *Loi sur les cessions de biens en stock*.

C. CONCLUSIONS

Le nouveau code simplifie considérablement la condition de création de sûretés mobilières. Nombre de restrictions apportées par le droit actuel disparaissent. Il est à espérer que celles ayant trait à la création d'hypothèques mobilières sans dépossession soient remplacées par une prohibition de portée moins vaste.

69. L'article 2688 se lit comme suit :

L'hypothèque constituée pour garantir le paiement d'une somme d'argent est valable, encore qu'au moment de sa constitution le débiteur n'ait pas reçu ou n'ait reçu que partiellement la prestation en raison de laquelle il s'est obligé.

Cette règle s'applique, notamment, en matière d'ouverture de crédit ou d'émission d'obligations et autres titres d'emprunt.

L'obligation de rembourser qui est garantie par hypothèque est une obligation future si le débiteur n'a pas reçu les fonds; le prêt est un contrat réel où l'obligation de l'emprunteur ne naît que sur réception des fonds : art. 2314.

70. Art. 2797.

71. Art. 2702; la détention peut aussi être exercée par un tiers qui a reçu une preuve écrite de l'hypothèque : art. 2705.

72. Art. 2696.

73. Art. 2692.

74. Art. 2697.