

Les Cahiers de droit



La cession générale de créances commerciales à titre de garantie comme contrat de « fiducia » en droit québécois, français et anglais

Jean Rhéaume

Volume 28, numéro 1, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042799ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042799ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Rhéaume, J. (1987). La cession générale de créances commerciales à titre de garantie comme contrat de « fiducia » en droit québécois, français et anglais. *Les Cahiers de droit*, 28(1), 137–183. <https://doi.org/10.7202/042799ar>

Résumé de l'article

General assignment of book debts is a frequently used financing contract. Jurisprudence and doctrine have not yet determined its juridical nature in a sure and definitive way. They have qualified it as a pledge, a conditional sale, a giving in payment, a mortgage, a *cession en pleine propriété à titre de garantie*. Proposed in Quebec, France and England, these various qualifications nevertheless indicate that identical contracts having an identity of finality must correspond to a unity of juridical nature. The author then observes that this contract could well be a *fiducia cum creditore* or contract of fiduciary transfer already known in Roman Law.

La cession générale de créances commerciales à titre de garantie comme contrat de « fiducia » en droit québécois, français et anglais

Jean RHÉAUME *

General assignment of book debts is a frequently used financing contract. Jurisprudence and doctrine have not yet determined its juridical nature in a sure and definitive way. They have qualified it as a pledge, a conditional sale, a giving in payment, a mortgage, a cession en pleine propriété à titre de garantie. Proposed in Quebec, France and England, these various qualifications nevertheless indicate that identital contracts having an identity of finality must correspond to a unity of juridical nature. The author then observes that this contract could well be a fiducia cum creditore or contract of fiduciary transfer already known in Roman Law.

	<i>Pages</i>
Introduction	138
1. La cession générale de créances commerciales et sa qualification en droit québécois	139
1.1. La cession de créances comme contrat ne transférant pas le droit de propriété	140
1.1.1. Présence d'un contrat de mandat dans tous les contrats-types.....	141
1.1.1.1. Le mandat et la cession de créances sont des contrats de nature distincte	142
1.1.1.2. Le mandat comme contrat faisant partie d'une cession générale de créances.....	143

* Avocat à Québec. Cet article est une version modifiée du *Titre II* du mémoire présenté par l'auteur en vue d'obtenir de l'Université Laval le diplôme de Maîtrise en droit. Rédigé sous la direction de M^e Lubin Lilkoff, professeur titulaire, ce mémoire s'intitule *Nature juridique des contrats de cession générale de créances commerciales*. L'auteur s'est réservé le droit d'auteur en vue de publier son mémoire sous sa forme intégrale avec bibliographie, annexe et index.

	<i>Pages</i>
1.1.2. La cession à titre de garantie comme nantissement.....	144
1.1.2.1. Le nantissement de créance est une forme particulière de cession de créance.....	145
1.1.2.2. Le nantissement de créance comporte un pacte commissaire.....	148
1.2. La cession de créances comme contrat de transfert du droit de propriété	149
1.2.1. Le transfert peut être pur et simple.....	150
1.2.1.1. La cession de créance comme contrat de dation en paiement	150
1.2.1.2. La vente pure et simple comme mode traditionnel de cession	152
1.2.2. Le transfert peut être conditionnel	155
1.2.3. Le transfert peut être fiduciaire	158
Conclusion de la première partie.....	161
2. La qualification du contrat de cession générale de créances commerciales en droit français et anglais	162
2.1 La cession à titre de garantie en droit romain.....	163
2.1.1. Le <i>pignus</i>	165
2.1.2. La <i>fiducia</i>	166
2.2. La cession de créances en garantie dans le droit français	167
2.2.1. Le nantissement comme cession de créances à titre de garantie	167
2.2.2. La cession en pleine propriété à titre de garantie	169
2.2.2.1. Les tentatives doctrinales et jurisprudentielles de comparaison avec les contrats traditionnels.....	170
2.2.2.2. Les interventions récentes du législateur.....	172
2.3. La cession de créances en garantie dans le droit anglais	174
2.3.1. La cession peut être <i>legal</i> ou <i>equitable</i>	175
2.3.2. La cession peut être <i>absolute</i> ou <i>by way of charge only</i>	178
Conclusion de la deuxième partie	181
Conclusion générale	182

Introduction

« Cession de créances » : l'expression semble tellement courante, si familière, qu'on se sent presque contraint de la mettre entre guillemets pour ne pas y rester indifférent. Car la cession de créances ne constitue pas un phénomène nouveau ou rare. Bien au contraire, on en constate l'existence depuis plusieurs siècles déjà et une utilisation de plus en plus fréquente au cours des dernières décennies. Cependant, et même si elle conserve souvent la même désignation générale, elle revêt à l'occasion des formes nouvelles, mieux adaptées aux besoins du commerce.

L'utilité et l'importance actuelles de la cession de créance comme contrat sont intimement liées à son rôle de moyen de financement pour le commerçant, qu'il soit une personne physique ou morale. En effet, lorsqu'il ne peut grever davantage ses autres biens pour garantir le remboursement d'emprunts supplémentaires, le commerçant peut encore céder l'ensemble de ses créances à une institution financière afin de lui garantir le remboursement des nouvelles avances de fonds requises pour le fonctionnement ou l'expansion de son entreprise. Cet ultime recours est communément désigné comme le contrat de cession générale de créances commerciales ou contrat de cession-transport de comptes de livres.

Du point de vue comptable, la cession générale de créances opère de façon assez simple. Ainsi, l'institution financière cessionnaire déduit les frais encourus pour le recouvrement des créances cédées, porte au crédit du commerçant le solde des sommes recouvrées, débite son compte des sommes qu'elle lui a avancées, puis dresse un bilan provisoire ou final.

Du point de vue juridique par contre, la situation se révèle plus complexe. Par exemple, si le commerçant cédant devient failli et que son débiteur cédé désire payer sa dette et obtenir une quittance valable, il doit savoir s'il lui faut payer l'institution cessionnaire ou le syndic. De même, dans le cas où le débiteur cédé ne paie pas, il faut déterminer lequel, du cessionnaire ou du cédant, possède l'intérêt suffisant pour le poursuivre en justice. Les réponses à ces questions se trouvent directement reliées à celle donnée à la question plus générale : quelle est la nature juridique du contrat de cession générale de créances commerciales ?

Pour répondre à cette dernière question, ce travail présentera surtout les différentes qualifications proposées au Québec. Sans entreprendre une étude détaillée du droit français des contrats et du droit commercial anglais en cette matière, notre exposé rappellera cependant les principaux concepts propres à ceux-ci, de façon à déterminer ensuite leur utilité en droit québécois.

1. La cession générale de créances commerciales et sa qualification en droit québécois

En droit civil, un contrat concernant les biens est qualifié d'après la nature des droits qu'il confère sur ces biens. Ainsi, on nomme « vente » le contrat par lequel une personne transfère à une autre son droit de propriété sur un bien meuble ou immeuble, moyennant un prix¹, et on désigne par

1. C.C.B.C., art. 1472.

« nantissement » le contrat par lequel un bien, du consentement de son propriétaire, est mis entre les mains de son créancier — ou, étant déjà entre ses mains, est par lui retenu — pour sûreté de sa dette envers ce créancier².

Pour leur part, les contrats de cession générale de créances commerciales³ ont souvent été qualifiés, à cause de leur caractère de contrats accessoires au paiement d'une dette, de contrats de nantissement. En effet, il semblait difficile de nommer autrement ce genre de contrat car, selon une maxime, « où il y a garantie, il n'y a pas d'aliénation »⁴. Plus tard cependant, fut avancée la thèse voulant que le droit de propriété sur les créances puisse être transféré par un contrat de cession en garantie.

Pour respecter ce cheminement, il convient ainsi d'examiner maintenant la cession générale de créances d'abord comme contrat ne transférant pas le droit de propriété, puis comme contrat transférant ce droit.

1.1. La cession de créances comme contrat ne transférant pas le droit de propriété

Tous les contrats-types de cession générale de créances commerciales, y compris celui où le commerçant « vend » les créances plutôt qu'il ne les cède « à titre de garantie », comportent une clause qui constitue un mandat. En soi, la présence d'un tel contrat n'indique pas si la cession est, par exemple, une vente ou un nantissement. De façon indirecte, elle suggère au contraire qu'il ne s'agit ni de l'un ni de l'autre puisque le cessionnaire, s'il est devenu propriétaire pur et simple des créances en les achetant, n'a besoin d'aucun mandat de qui que ce soit pour les recouvrer, et que, s'il est seulement

2. *Id.*, art. 1966, alinéa 1.

3. Les contrats-types de cession générale de créances commerciales auxquels nous renverrons sont les suivants (version française puis version anglaise) : Banque Canadienne Impériale de Commerce (B.C.I.C.), 73 A (F) (QUE) et 73 A (QUE) ; Banque de Montréal (B. Mtl.), L.F. 202FR QUE. (7/85) et L.F. 202 QUE (1/80) ; Banque de Nouvelle-Écosse (B.N.E.), 2310937 (7/84) et 2310910 (5/82) ; Banque Nationale de Paris (Canada) (B.N.P.), CO-101 (11/81) Q et CO-101 A (11/81) Q ; Banque Nationale du Canada (B.N.C.), 10579 FR. (02/80) et 10579 E. (02/80) ; Banque Royale du Canada (B.R.C.), 50566 (5/81) et 566 (7/85) ; Banque Toronto-Dominion (B.T.D.), 11513 Québec et 11512 Q ; Caisse populaire et d'économie Desjardins (C.J. Desj.), CF-01251-055 82-08 et version anglaise non disponible.

Avec la permission de ces institutions, nous avons mis une copie de ces contrats en annexe de notre mémoire de maîtrise.

4. *Banque Canadienne Nationale c. Lefavre*, [1951] B.R. 83, 112, par le juge Bissonnette.

créancier nanti, il doit conserver les créances données en gage puis les remettre au commerçant dès que celui-ci paie sa dette ⁵.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'absence du transfert de propriété des créances implicite dans l'expression « à titre de garantie », plusieurs contrats de garantie pourraient être examinés ici. Toutefois, nous nous restreindrons à celui du nantissement parce que

[...] l'étude de la jurisprudence nous montre que l'on ne nantit pas un objet pour garantir l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire un acte en général, mais bien pour garantir le paiement d'une dette. C'est un autre point qui distingue le nantissement d'autres contrats de garantie.⁶

Nous verrons ainsi, d'une part, le contrat de mandat et, d'autre part, celui de nantissement.

1.1.1. Présence d'un contrat de mandat dans tous les contrats-types

Le mandat est un contrat par lequel une personne appelée mandant « confie la gestion d'une affaire licite à une autre personne »⁷. La gestion de cette affaire peut concerner le recouvrement d'une créance, et de fait c'est ce qui se produit à chaque fois qu'une personne confie à un avocat ⁸ la tâche de prendre les mesures nécessaires pour qu'elle soit payée par son débiteur. C'est également ce qui survient lorsqu'un commerçant cède ses créances à une institution financière. Il importe alors, en premier lieu, de distinguer le mandat de la cession de créances puis, en second lieu, de constater l'effet de la présence d'un contrat de mandat dans les contrats de cession générale de créances commerciales.

5. C.C.B.C., art. 1977, 1803, 1804.

6. Claude DEMERS, *Traité de droit civil de la province de Québec*, tome 14, Montréal, Wilson et Lafleur, 1950, p. 14.

7. C.C.B.C., art. 1701.

8. *Id.*, art. 1732-1733. Voir, par ailleurs, le *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 4.01.01 :

Sont incompatibles avec l'exercice de la profession d'avocat :

[...]

c) la fonction ou l'emploi d'agent de recouvrement, d'enquêteur ou d'investigateur, directement ou indirectement, personnellement, par personne interposée ou par une corporation.

La profession d'avocat étant une profession d'exercice exclusif, le commerçant peut ainsi confier le recouvrement à une agence spécialisée (si une action en justice n'est pas envisagée) ou à un avocat (au cas contraire). Ceci explique pourquoi l'institution financière cessionnaire pourrait exiger paiement du débiteur sans recourir aux services d'un avocat, une situation cependant théorique.

1.1.1.1. Le mandat et la cession de créances sont des contrats de nature distincte

La cession de créances ressemble au mandat en ce que le cessionnaire qui réclame paiement du débiteur, comme le mandataire, est une personne distincte du créancier avec qui ce débiteur a contracté. Mais là s'arrête l'analogie car le mandataire et le cessionnaire ne possèdent pas les mêmes droits et n'ont pas les mêmes obligations.

La personne mandatée pour recouvrer des créances n'a en effet aucun droit de propriété sur les sommes recouvrées, qu'elle doit remettre au mandant tout en lui rendant compte de sa gestion⁹. De plus, le mandataire doit poursuivre le débiteur au nom de son mandant, sinon il sera considéré comme une personne n'ayant pas l'intérêt suffisant pour ester en justice, au sens de l'article 55 C.p.c., et sa demande sera rejetée¹⁰. Pour sa part, le cessionnaire qui a acheté des créances est devenu propriétaire des sommes à recouvrer : il peut donc poursuivre le débiteur en son propre nom et n'a aucun compte à rendre à qui que ce soit.

En fait, la distinction entre le contrat de mandat et celui de la vente de créances est si claire que les tribunaux ont rarement été appelés à l'établir¹¹. Dans les cas où ils l'ont fait cependant, ils ont accordé à l'intention des parties une importance plus grande qu'au texte même du contrat¹², notamment dans l'important arrêt *Cyr c. Welden*¹³, où la Cour du Banc du Roi a

9. *Id.*, art. 1713. Rappelons toutefois que, en droit romain, le mandat de *fiducia cum amico* conférait au mandataire « tous les attributs et toutes les armes de la propriété » : voir Marcel FARIBAULT, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, p. 26, n° 23.

10. *Cyr c. Welden*, [1957] B.R. 477; *Les Placements Euromart Inc. c. Régie de l'assurance-maladie du Québec*, [1980] C.S. 817. Voir aussi *Deserres c. Dastous*, [1903] 24 C.S. 119, confirmé par [1903] 24 C.S. 420 (C. Rév.); *Léon c. Forster*, [1937] 62 B.R. 552; *Coderre c. Douville*, [1943] B.R. 687; *Robillard c. Société Canadienne Française de Construction de Montréal*, (1879) 2 L.N. 181 (C.S.); dans ces arrêts, il fut cependant surtout question du droit du prête-nom de poursuivre à la suite d'une cession de créance.

11. Voir, cependant, *Pelletier c. Riou*, (1894) 2 R. de J. 346 (C.S.).

12. Voir, par exemple, *Montreal Discount c. Guertin*, [1962] R.P. 352, 353 (C. Mag.); *Les Entreprises Désourdy Inc. c. Dallaire*, [1975] C.S. 557, et le commentaire de Roger COMTOIS, « Notaire — Mandat de payer des deniers à un tiers — Défaut — Responsabilité », (1975) 77 R. du N. 383. Voir cependant *Gagnon et Gélinas c. Abitibi Real Estate Ltd.*, [1975] C.S. 1005, 1006-1007, et *In re International Bowling Construction Ltd.*; *Verroelst c. Gaston*, [1975] C.S. 344, 345, où le texte du contrat a démontré qu'il s'agissait bien d'un mandat et non d'une cession de créance.

13. *Supra*, note 10.

décidé qu'il s'agissait en l'espèce d'un mandat puisque le soi-disant cessionnaire n'avait fourni aucune contrepartie pour les créances « cédées »¹⁴. Par contre, ils ont dû se prononcer plus souvent sur la qualification du « mandat » présent dans un contrat de nantissement.

1.1.1.2. Le mandat comme contrat faisant partie d'une cession générale de créances

La présence d'une clause, au contrat, permettant au créancier nanti de recouvrer les créances cédées, n'est pas une nouveauté exclusive aux contrats-types actuels des institutions financières. En effet, en 1879 par exemple, le juge Casault écrivait déjà à propos de ce genre de clause :

L'acte, il est vrai, donne au Trust and Loan Co. le droit de retirer du débiteur le montant des sommes transportées ; mais cette stipulation n'est pas incompatible avec une constitution de gage. (...) Mais, comme le disent les auteurs, que je viens de citer, en parlant du droit conféré de toucher le capital du gage, ce n'est là qu'un mandat révocable à volonté.¹⁵

De même, selon P.-B. Mignault, l'article 1971 C.C.B.C. permet « la convention expresse que le créancier pourra disposer du gage s'il n'est pas payé de sa créance. Une telle convention serait licite et au fond ne serait qu'un mandat »¹⁶.

Ce « mandat » de recouvrer les créances, nécessaire pour que le créancier nanti puisse disposer du bien remis en gage¹⁷, est généralement énoncé dans des termes très larges¹⁸. Il comporte des pouvoirs beaucoup plus étendus que celui de poser de simples actes d'administration¹⁹, en prévoyant expressément, par exemple, les pouvoirs de vendre²⁰ et d'hypothéquer les créances²¹.

14. *Id.*, p. 478, 480-481. Le mandat peut être gratuit (C.C.B.C., art. 1702) mais la vente est nécessairement à titre onéreux.

15. *In re Farmer : Bell c. The Trust and Loan Co.*, (1880) 6 R.J.Q. 1, 5 (C. Rév.). Voir aussi *Juneau c. Gingras et Samson*, (1935) 39 R.P. 239, 241 (C.S.).

16. *Droit civil canadien*, tome VIII, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, p. 414. Voir aussi Louis PAYETTE, « Clauses de transport de loyers », (1969) 71 *R. du N.* 511, 513 et 521 ; Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 70.

17. C.C.B.C., art. 1971-1972.

18. Jean RHÉAUME, *Nature juridique des contrats de cession générale de créances commerciales*, au *Titre I*, les notes 159 ss et le texte correspondant.

19. Voir, sur ce point, C.C.B.C., art. 1703.

20. Voir le contrat-type B.R.C., par. 6, qui énonce expressément le pouvoir de « vendre » les créances. D'autres contrats-types prévoient celui de les négocier, transiger... Voir, en rapport avec ce genre de clause expresse, l'exigence de l'article 1703 C.C.B.C.

21. L'article 1703(3) C.C.B.C., prévoit également la nécessité d'une autorisation expresse pour « hypothéquer » la propriété du mandant. Cette catégorie de sûretés est donc incluse dans

Les clauses des contrats de cession générale de créances commerciales relatives au mandat de recouvrer dérogent par ailleurs aux articles 1709 et suivants C.C.B.C. en ce que le cessionnaire est exonéré de toute responsabilité tant pour ce qu'il aurait fait lui-même que pour les actes posés par les personnes qu'il se serait substitué²². Elles dérogent également, dans les cas où le cessionnaire peut agir en son nom²³, à l'article 1716 C.C.B.C. qui énonce la responsabilité du mandataire envers les tiers lorsqu'il agit en son nom²⁴.

Malgré tous ces rapports entre les clauses des contrats-types et les règles du mandat, on peut néanmoins se demander si ce soi-disant « mandat de recouvrer » n'est pas plutôt, ainsi que le suggère le commentaire émis par Mignault dans le contexte de l'article 1971 C.C.B.C.²⁵, un « pacte commissoire ». À cet égard, on peut d'ailleurs s'interroger sur les raisons pour lesquelles les tribunaux n'ont jamais qualifié les contrats-types de contrats mixtes de « nantissement et mandat », préférant les désigner simplement comme contrats de nantissement.

1.1.2. La cession à titre de garantie comme nantissement

Le gage ou nantissement des créances est un contrat connu et admis dans notre droit, où il se présente comme une cession de créance consentie à titre de garantie, le plus souvent par un propriétaire d'immeuble sous forme de cession des loyers échus et à échoir²⁶ et, toujours, accompagné d'un pacte

l'expression « peut prendre ou accorder des sûretés » que l'on trouve dans certains contrats-types : voir, par exemple, B.C.I.C., par. 1; B.N.P., alinéa 7; B.N.C., alinéa 7; B.T.D., alinéa 5.

22. Voir en particulier C.C.B.C., art. 1711. Voir les contrats-types : B.C.I.C., par. 2; B. Mtl., alinéa 7; B.N.E., par. 4; B.N.P., alinéa 7; B.N.C., alinéa 7; B.R.C., par. 9; B.T.D., alinéa 5; C.P. Desj., par. 4(b).

23. Voir les contrats-types : B.C.I.C., par. 2; B.N.E., par. 3; C.P. Desj., par. 4(b).

24. Elles évitent aussi que la mort du commerçant mandant mette fin au contrat, suivant l'article 1755(3) C.C.B.C., lorsqu'elles énoncent que les héritiers sont liés par la cession : voir le contrat-type B.R.C., par. 14.

25. *Supra*, note 16 et le texte correspondant.

26. Voir, par exemple, *In re O.T.E.A. Inc. : Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539; *Les Fiduciaires de la Cité et du District de Montréal Limitée c. Brosseau et Huard*, [1970] C.A. 419; *In re Civano Construction Inc. : Gingras c. Crédit M.-G. Inc. et Tremblay*, [1962] C.S. 45. Beaucoup d'autres arrêts concernant le transport de loyers ne contiennent pas de renseignement sur la qualification de ce genre de cession : voir, par exemple, *Caisse Populaire Ste-Madeleine Sophie c. Caisse Populaire Ste-Cécile de Montréal*, [1980] C.A. 502; *Compagnie Montréal Trust c. Compagnie Financière Canadienne*, [1980] C.S. 148; *Greenberg c. Banque Canadienne Nationale et Rossy Michael Ltd.*, [1977] C.S. 20; *A.L. Green*

commissoire. Nous verrons ainsi, d'une part, le nantissement de créances comme une forme particulière de cession de créances²⁷ et, d'autre part, comme un contrat comportant un pacte commissoire.

1.1.2.1. Le nantissement de créance est une forme particulière de cession de créance

Au Québec, un commerçant peut nantir ses créances²⁸ en vertu de la L.P.S.C.Q.²⁹ ou du *Code civil*³⁰, en accomplissant les différentes formalités

Ltd. c. Michaud, [1975] C.A. 432; *Mastromonaco c. Les Placements L.F. Inc.*, [1973] C.S. 369. Du côté doctrinal, voir Louis PAYETTE, *supra*, note 16; Jacques AUGER, « La clause de transport de loyers et la vente en justice », (1980) 40 *R. du B.* 831; Roger COMTOIS, « Transport de loyers — Signification — Opposabilité au syndic d'une faillite », (1962) 64 *R. du N.* 489; William de Montmollin MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 476-477, n° 988D.

27. Certains auteurs et arrêts révèlent que le nantissement est parfois considéré comme une « cession conditionnelle de créances » : voir, par exemple, Louis PAYETTE, « L'acte d'hypothèque et ses clauses accessoires », (1971) 73 *R. du N.* 89, 94; *General Accident Insurance Co. c. Cie de Chauffage Gaz Naturel*, [1978] C.S. 1160, 1164; *Les Fiduciaires de la Cité et du District de Montréal Limitée c. Brosseau et Huard*, *supra*, note 26, p. 422 : « Il ne s'est agi, dans l'intention des parties, que d'une cession conditionnelle de créance pouvant, sur accomplissement de la condition, devenir un nantissement mobilier [...] ». Une telle façon de s'exprimer devrait être évitée : si le terme « cession » doit encore signifier vente, il semble préférable de réserver l'expression « cession conditionnelle » au cas où les créances sont vendues sous condition : voir, par exemple, *The Travelers Indemnity Co. c. McLeod*, [1981] C.A. 24, 25. Par ailleurs, Yvan DESJARDINS, « Les garanties mobilières », (1972) 74 *R. du N.* 63, 70, déclare que le contrat « s'intitule ordinairement "transport général de créances" plutôt que nantissement, car celles-ci sont en fait cédées et transportées au créancier, en garantie de l'exécution d'une obligation ». Une affirmation aussi générale est certes sujette à la critique, ce que le juge Bernier a rappelé dans *Place Québec Inc. c. Desmarais*, [1975] C.A. 910, 912.

28. Voir cependant Office de Révision du Code Civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, tome 1, Québec, Éditeur officiel, p. 349-351, qui en proposant le regroupement des sûretés réelles ferait disparaître le nantissement (p. 349) :

Ce regroupement réalise une intégration, tant horizontale que verticale, de toutes les sûretés réelles (gage, hypothèque, privilège) et des autres techniques contractuelles poursuivant des buts semblables (vente conditionnelle, vente à réméré et autres) qui se trouvent toutes absorbées dans un seul et simple concept : celui de l'hypothèque. [...] Toutes les formes de sûretés que nous connaissons dans les lois actuelles du Québec seraient remplacées pour ne plus être désignées que sous un seul vocable : l'hypothèque.

29. L.R.Q., ch. P-16. Dans ce cas, le commerçant devra cependant être une personne morale. Voir aussi O.R.C.C., *supra*, note 28, p. 349 et 376.
30. La possibilité de nantir des créances en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les banques*, prédécesseur de l'article 178 actuel, a été âprement contestée dans *Banque Canadienne Nationale c. Lefavre*, *supra*, note 4, par les juges dissidents Bissonnette (p. 112) et Marchand (p. 106) ; pour leur part, les juges Galipeault, Casey et Bertrand n'avaient pas

requis par l'une ou l'autre de ces lois. Dans chaque cas, il consent à son créancier une « garantie » conférant les mêmes droits puisque les droits conférés en vertu de la L.P.S.C.Q., comme l'indique son article 29

sont déterminés dans le Code civil, au titre des *Privilèges et hypothèques* et à celui de l'*Enregistrement des droits réels*, et ils y sont sujets s'il n'y est pas dérogé par les dispositions du présent article.³¹

Aussi faut-il, comme l'a déclaré le juge Rinfret en exprimant l'opinion majoritaire de la Cour suprême du Canada dans la célèbre affaire *Laliberté c. Larue*³², rechercher la nature et l'étendue des droits conférés uniquement dans les dispositions du *Code civil* et éviter d'introduire au Québec des concepts propres à la common law pour interpréter cette loi³³.

Au *Code civil*, les droits du créancier nanti sont décrits aux articles 1968 à 1979, et particulièrement à l'article 1969 qui énonce son « droit de se faire payer sur la chose [nantie] par privilège et préférence aux autres créanciers »³⁴. Ce droit de préférence rattaché à la possession des créances remises en gage³⁵

abordé cette question, étant donné leur conclusion sur la nature du droit conféré aux banques par cette garantie. À cet égard, voir John FENSTON, « Section 88 of the Bank Act and "le droit de suite" », (1951) 11 *R. du B.* 298, 310; Roderick A. MACDONALD et Ralph L. SIMMONDS, « The Financing of Moveables: Law Reform in Quebec and Ontario », (1981) *Meredith Memorial Lectures* 246, 277: ces trois auteurs observent que si la banque est propriétaire *sui generis* des biens soumis à la garantie bancaire, le commerçant peut difficilement disposer (et donc nantir) des créances (*proceeds*) résultant de la vente de ces biens. N'ayant pas le loisir d'examiner ici la nature de la garantie bancaire prévue à l'article 178 de la *Loi sur les banques* (ou de son prédécesseur, l'article 88), nous prenons néanmoins position en faveur de la possibilité de « nantir » des créances en vertu de la *Loi sur les banques*. Voir, sur ce sujet, *R. V. Demmings & Co. Ltd. c. Caldwell Construction Co. Ltd.*, (1955) 4 D.L.R. (2d) 465, 471-472 (Sup. C. N.-B., App. Div.); *Browman c. Canadian Affiliated Financial Corporation*, [1976] C.A. 833, 834:

Lors de la transaction, la Banque s'est fait transporter l'inventaire et les comptes recevables de la compagnie, suivant l'article 88 de la *Loi sur les banques*, en plus d'obtenir de l'appelant des garanties collatérales pour plus de \$26,000.

Voir aussi Pierre-Paul CÔTÉ, « Le financement corporatif par voie d'emprunt », p. 47, dans C.F.P.B.Q. 1980-81, *Droit commercial*, vol. 21, Titre XVI, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 43 s.

31. *Supra*, note 29. En fait, l'alinéa 1 concerne les droits conférés sur les biens *immeubles*; ceux sur les biens *meubles* sont décrits à l'alinéa 2 du même article, qui énonce :

Le nantissement et le gage des meubles donnent un privilège sur les meubles présents et futurs prenant rang immédiatement après les autres privilèges sur les meubles énumérés aux articles 1994, 1994a, 1994b et 1994c du *Code civil*.

32. [1931] R.C.S. 7.

33. *Id.*, p. 17.

34. Comp. avec l'art. 2073 du *Code civil français*.

35. Voir Paul-Henry DELVAUX, « La mobilisation des créances à titre de garantie », dans *Travaux des IX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin, XII La transmission des*

subsiste aussi longtemps que le cédant n'a pas remboursé toutes ses dettes³⁶, ce qui signifie, dans le cas des contrats de cession générale de créances commerciales, que ce droit subsiste de façon permanente car la dette du cédant est constamment renouvelée par les nouvelles sommes avancées par le cessionnaire. Par ailleurs, ce droit de préférence ne peut pas être confondu avec le droit de propriété sur les créances puisque le commerçant, le cédant, en demeure toujours propriétaire et peut réclamer leur restitution après avoir payé sa dette³⁷.

Cette exigence de l'absence nécessaire du transfert de propriété, caractéristique essentielle du nantissement et qui distingue ce contrat de celui de la vente, a été souvent rappelée par les tribunaux³⁸. Le droit de poursuivre le débiteur cédé pour en obtenir paiement, qui découle du droit de propriété sur la créance, a néanmoins été confondu avec lui à l'occasion. Par exemple, lorsque le tribunal a jugé que « le pouvoir de disposition [recouvrement] conféré à la mise en cause [cessionnaire] ne saurait se concilier avec la notion du contrat de gage », car « dans le contrat de gage, la chose qui en fait l'objet demeure en la possession du créancier "comme un dépôt pour assurer sa créance" »³⁹.

Certes, le créancier nanti doit conserver la possession des biens remis en gage pour exercer son droit de préférence dans le cas où son débiteur ne le paierait pas à l'échéance. Mais dans le cas où les biens nantis sont des créances, la simple possession de celles-ci risquerait d'être une garantie peu efficace et rentable pour une institution financière, en ce qu'elle conduirait à

obligations, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1980, p. 517 s, p. 535 : « L'on peut parler, certes, de la propriété ou de la possession d'une créance, mais ce sont là simples licences de langage, utilisées pour leur valeur explicative ». En fait, le commerçant ne peut pas remettre davantage que le titre constatant l'existence de ses créances, ce qui pendant longtemps a laissé croire que seules les créances constatées par de tels titres pouvaient être nanties : voir aussi, p. 529 s., qui signale que la signification de l'acte de nantissement remplace cette exigence de la remise. Pour un exemple récent, en France, voir Jean HÉMARD et Bernard BOULOC, « Chronique de législation et de jurisprudence française », (1984) *Rev. trim. dr. com.* 724.

36. C.C.B.C., art. 1975.

37. *Id.*, art. 1972 et 1975.

38. Voir, par exemple, *In re Farmer : Bell c. The Trust and Loan Co.*, *supra*, note 15, p. 4; *Léonard c. St-Arnaud*, (1887) 13 R.J.Q. 317, 320 (C. Rév.); *Dupuis c. Savoie*, [1950] C.S. 361, 366.

39. Voir *Lemaire c. Tourville*, [1952] C.S. 221, 223. Voir aussi *supra*, note 15, et Louis PAYETTE, « Cession de créances en garantie », (1968) 3 R.J.T. 281, 295 :

À notre avis ce jugement a ignoré à tort les dispositions de l'article 1978 [lire : 1578] qui déclare expressément qu'un transport peut avoir lieu à la suite de d'autres contrats que la vente, et a violé l'intention des parties.

une accumulation de créances et à leur prescription. Aussi les contrats-types de cession générale de créances commerciales comportent-ils une clause permettant au cessionnaire de disposer, de la manière la plus convenable pour lui, des créances cédées en garantie. Reste à déterminer si une telle clause constitue ou non un pacte commissaire.

1.1.2.2. Le nantissement de créance comporte un pacte commissaire

De façon à ce que les biens remis en gage constituent une garantie valable et efficace pour le créancier nanti, le *Code civil* prévoit, à son article 1971 :

À l'exception du prêteur sur gage, le créancier ne peut, à défaut de paiement de la dette, disposer du gage. Il peut le faire saisir et vendre [...] et être payé par préférence sur les deniers prélevés. Néanmoins, cette disposition ne s'applique pas [...] quand il s'agit des banques, aux effets et marchandises donnés en gage conformément à la loi concernant les banques et le commerce de banque.

Le créancier peut aussi stipuler qu'à défaut de paiement il aura droit de garder le gage.

Cette disposition, à sa lecture même, correspond plus ou moins aux clauses des contrats-types. Contrairement à son alinéa 1 d'une part, le cessionnaire peut toujours disposer des créances à sa guise et ceci, sans qu'il soit nécessaire de faire saisir et vendre les créances pour être payé par préférence : dans l'immense majorité des cas, le cessionnaire dispose en effet du gage en recouvrant les créances cédées, tout simplement. Par contre, son alinéa 2 trouve écho dans les contrats-types en ce sens que, sans énoncer expressément que le cessionnaire aura le « droit de garder le gage » à défaut de paiement, une clause prévoit qu'il possède le droit de recouvrer les créances et d'imputer les sommes recouvrées au paiement de la dette du cédant. Une telle clause constitue certainement la façon la plus utile de « garder le gage » dans le cas où il s'agit de créances.

Les contrats-types, cependant, ne mentionnent pas que le cessionnaire aura le droit d'utiliser les créances à sa guise seulement lorsque le cédant sera en défaut de payer sa dette. On pourrait alors se demander s'il ne s'agirait pas plutôt d'un mandat de recouvrer car l'exécution de ce dernier contrat résulte de la simple acceptation par le mandataire⁴⁰, contrairement à celle du pacte commissaire où elle dépend de la survenance d'un défaut. En fait, la solution à cette apparente énigme réside simplement dans la nature même de la dette du cédant : les sommes prêtées ou avancées par le cessionnaire lui sont habituellement remboursables sur demande, de telle sorte que le cédant,

40. C.C.B.C., art. 1701.

susceptible d'être obligé d'effectuer ce remboursement à tout moment, évite de façon artificielle d'être mis en défaut de payer sa dette en renouvelant ses emprunts⁴¹.

Un contrat de nantissement de créances ainsi affublé d'un pacte commissaire se rapproche cependant davantage d'un contrat transférant le droit de propriété, puisqu'il confère au cessionnaire, jusqu'à ce que le cédant ait définitivement remboursé sa dette, le droit de jouir et de disposer des créances de la manière la plus absolue⁴². C'est également, en fin de compte, le résultat auquel la jurisprudence et la doctrine semblent arriver d'un commun accord.

1.2. La cession de créances comme contrat de transfert du droit de propriété

Dans le cas où il vient en conflit avec d'autres créanciers du cédant, surtout dans le cas de faillite de ce dernier⁴³, le cessionnaire doit pouvoir compter — s'il accomplit en temps opportun les formalités prescrites — sur une garantie qui lui permette de faire prévaloir son droit aux créances ou au produit de leur recouvrement. À cette fin, il exige parfois du cédant une garantie de fournir et faire valoir⁴⁴. Le plus souvent, cependant, il s'avère préférable pour lui d'acquérir le droit de propriété sur les créances plutôt que le droit à leur simple possession⁴⁵. À cet égard, on distingue selon que le

41. Voir, de façon générale, Louis PAYETTE, « Prise de possession : demande de paiement et délai raisonnable », (1981) *Meredith Memorial Lectures* 129, 136 à 138, 147 à 149.

42. C.C.B.C., art. 406. Voir aussi Roderick A. MACDONALD et Ralph L. SIMMONDS, *supra*, note 30, p. 270 : « Consequently, one finds in practice almost no examples of a true pledge of receivables. Rather creditors will often take an assignment of book debts [...], yet permit the assignor to act as a mandatary for the purposes of collection ». À la page 300, ils soulignent par ailleurs que « the common law did not recognize a "pledge" of accounts receivable like that in Quebec ». Voir également Roderick A. MACDONALD, « Exploiting the Pledge as a Security Device », (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 551, 607-608 :

In other words, unlike the ordinary pledge, wherever debtor and creditor agree to permit the latter to encroach upon the prerogatives of *usus*, *fructus* and *abusus*, the contract changes its juridical nature and becomes analogous to a sale with a right of redemption.

43. Voir la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 72. Pour deux exemples récents, voir *Banque de Nouvelle-Écosse c. Perras, Fafard, Gagnon Inc.*, [1985] C.A. 21 ; *In re 125258 Canada Inc. (Formerly Cast North America Ltd.) : Bissegger c. Banque Royale du Canada*, [1986] R.J.Q. 1666 (C.S.).

44. Les arrêts concernant la présence d'une clause de garantie de fournir et faire valoir dans un contrat de cession de créances sont de plus en plus rares. Pour un cas relativement récent, voir *Ajel Holdings Canada Inc. c. Chrysler Credit Canada Ltd.*, [1984] C.S. 1210 (en appel).

45. Michel VASSEUR, « Modes nouveaux de cession et de nantissement de créances en droit bancaire 1^{re} suite », *Banque*, avril 1978, 458, à la page 460.

cessionnaire bénéficie d'un transfert pur et simple du droit de propriété, d'un transfert conditionnel ou d'un transfert fiduciaire.

1.2.1. Le transfert peut être pur et simple

Les contrats-types de cession générale de créances commerciales sont, sauf un, consentis « à titre de garantie ». À première vue, il semble donc difficile de les qualifier de contrats de transfert pur et simple du droit de propriété, de vente par exemple. Pourtant la jurisprudence a décidé qu'au-delà de cette expression le transfert avait pu être effectué purement et simplement. Nous verrons ainsi, d'une part la cession de créances comme contrat de dation en paiement et, d'autre part, la vente comme mode traditionnel de cession de créance.

1.2.1.1. La cession de créance comme contrat de dation de paiement

Le contrat de « dation d'une chose en paiement équivaut à vente et rend celui qui la donne ainsi sujet à la même garantie »⁴⁶. En ce qui concerne le « donateur », ce contrat⁴⁷ suppose nécessairement l'existence d'une obligation préalable et ne vise qu'un but, à savoir libérer le donateur de son obligation de payer son créancier⁴⁸. Il ne requiert pas la dation d'une « chose » de nature spécifique de telle sorte qu'il permettrait à un commerçant de donner ses créances, considérées comme « biens »⁴⁹, en paiement ou remboursement d'une somme d'argent empruntée⁵⁰.

46. C.C.B.C., art. 1592, alinéa 1.

47. Les arrêts comparent souvent la cession en garantie à la « clause » de dation en paiement plutôt qu'au « contrat » : voir, par exemple, *Place Québec Inc. c. Desmarais*, *supra*, note 27, p. 912 :

À cet égard, la cession de créance à titre de sûreté accessoire est semblable à la clause de dation en paiement (sauf que vis-à-vis du créancier à qui elle est consentie, il s'agit d'une condition suspensive). Les remarques de M. le juge Fauteux, tel qu'il était alors, dans l'arrêt de la Cour suprême, *Bissonnette c. Cie de finance Laval Ltée*, concernant la clause de dation en paiement, s'appliquent *mutatis mutandis* [...].

48. Léon FARIBAUT, *Traité de droit civil de la province de Québec, tome 11*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1961, p. 55, n° 58.

49. André MONTPETIT, et Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil de la province de Québec, tome III*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945, p. 16.

50. Nous n'avons trouvé qu'un cas où cela s'est produit, au Québec, et il ne s'agissait pas de la dation des seules créances (« crédits ») : voir l'arrêt résumé *Hamel c. Laiterie City Dairy Ltée*, [1955] B.R. 615 :

Le 31 mai 1930, le défendeur devait à la demanderesse \$1 700 et il a alors cédé à sa créancière sa « route de distribution de lait », ses crédits et son camion de livraison [...]. La Cour d'appel déclare que la cession faite par le défendeur à la demanderesse comporte une dation en paiement de toute la dette [...].

Il s'agit là, lorsque la cession de créance a été consentie à titre de garantie, d'une possibilité de qualification, ouverte cependant à au moins deux réserves⁵¹. La première consiste dans l'incompatibilité de la dation en paiement avec l'obligation du cessionnaire de remettre au cédant le produit de la créance cédée qu'il a recouvrée, lorsque le cédant l'aura remboursé⁵². La seconde, c'est que

D'une part le débiteur-cédant ne veut pas se défaire d'une façon définitive de la créance qu'il a nantie ; le créancier-cessionnaire, de son côté, ne veut pas libérer complètement son débiteur contre lequel il entend conserver un recours si la réalisation de la créance nantie ne suffit pas à le désintéresser. C'est là tout le sens de l'expression « garantie collatérale ».⁵³

Malgré ces objections, la jurisprudence aussi bien que la doctrine admettent qu'une cession en garantie puisse constituer une dation en paiement lorsqu'elle est un nantissement de créances — généralement de loyers — assorti d'un pacte comissoire⁵⁴. À leur avis, en effet, « le nantissement se transformera en cession de créances sous forme de dation en paiement lorsqu'une stipulation [un pacte comissoire] aura été prévue dans le contrat »⁵⁵. Comme l'a souligné un auteur, cependant, cette façon de qualifier les contrats de cession de créances en garantie comporte comme inconvenient le fait que

[...] la créance elle-même serait soumise à un régime juridique différent de celui des sommes qui en sont le produit : la créance serait un bien gouverné par les règles du gage, tandis que chaque montant donné en remboursement serait sujet à la convention de dation en paiement.⁵⁶

Par ailleurs, elle produit un curieux résultat car la soi-disant « cession de créance sous forme de dation en paiement » est alors comparable à une vente

51. Pour une étude des autres réserves sur cette qualification, voir Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 543 à 545 ; André AGNEESSENS, « Étude juridique de l'octroi de crédits garantis par des créances dans la pratique bancaire belge », (1966) 30 *Revue de la Banque* 293, p. 294 à 309 ; Michel VASSEUR, *supra*, note 45, p. 467 ; Lazar SARNA, « Assignments of Book Accounts Assignor's Warranties And Standing to Sue », (1978) 56 *R. du B. Can.* 626, 647 à 649.

52. Louis PAYETTE, *supra*, note 39, p. 308 ; *Ward c. The Quebec Bank*, [1894] 3 B.R. 122.

53. Louis PAYETTE, *ibid.*

54. Voir, par exemple, *Jetté c. Dorion*, (1890) 19 R.L. 242 (B.R.) ; Louis PAYETTE, *id.*, p. 309 ; Pierre CIOTOLA, *supra*, note 16, p. 71.

55. Jacques DESLAURIERS, « Les cessions de créance en garantie », p. 193, dans C.F.P.B.Q., 1979-80, *Droit civil et procédure civile II, vol. 8, Titre IV*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 193 s. Voir aussi Michel POURCELET, *La vente*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1980, p. 206 ; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Précis de la vente et du louage*, 2^e éd., Québec, P.U.L., 1986, p. 241.

56. Louis PAYETTE, *supra*, note 39, p. 308.

conditionnelle⁵⁷. Avant d'examiner cette forme de cession toutefois, il convient d'aborder brièvement la cession de créance considérée comme contrat de vente pure et simple.

1.2.1.2. La vente pure et simple comme mode traditionnel de cession

Un contrat de vente pure et simple transfère immédiatement et définitivement, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, dès l'échange du consentement, le droit de propriété sur le bien concerné⁵⁸. Qu'il s'agisse d'une créance ou d'un autre bien, il constitue ainsi une aliénation complète du droit de propriété — *usus, fructus, abusus* — sur l'objet vendu. Dans le cas où cet objet est une créance cependant, la vente ne sera achevée et effective qu'à compter du moment où les formalités requises par la loi auront été accomplies⁵⁹.

L'accomplissement de ces exigences de publicité du contrat de cession de créance a souvent fait l'objet de litiges⁶⁰ et d'analyses⁶¹. Aussi ne nous y

57. *Supra*, note 47 et le texte correspondant.

58. C.C.B.C., art. 1472.

59. C.C.B.C., art. 1570 s. Voir aussi *Lamy c. Rouleau*, [1927] R.C.S. 288, 295 :

Avant l'accomplissement de ces formalités (et sauf que la signification de l'action peut y suppléer, ainsi qu'il a été jugé *Re Bank of Toronto v. St. Lawrence Fire Insurance Company*), la vente du droit de créance reste donc incomplète et ne peut, par conséquent, transférer au cessionnaire le titre de propriétaire.

60. Pour le Québec seulement, nous en avons dénombré plus de six cents. On en trouvera certaines listes dans : J.J. BEAUCHAMP, *Le Code civil de la province de Québec annoté, tome II, Partie I*, Montréal, C. Théoret, 1905, p. 376 s. ; *Supplément au Code civil annoté de la province de Québec, vol. II*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1924, p. 1171 s. ; Édouard Lefebvre DE BELLEFEUILLE, *Le Code civil annoté étant le Code civil du Bas-Canada*, 2^e éd., Montréal, Beauchemin, 1889, p. 415 s. ; J.F. SAINT-CYR, *Supplément au Code civil annoté, vol. II*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1931, p. 94 s. ; William Prescott SHARP, *Civil Code of Lower Canada, vol. I*, Montréal, A. Périard, 1889, p. 705 s. ; *Consolidated Supplement No. 1 to Sharp's Civil Code*, Montréal, C. Théoret, 1896, p. 410 s. ; *Répertoire de jurisprudence et de doctrine, vol. 2, Vente (1965-1981)*, Montréal, SOQUIJ, 1983.

Pour les autres provinces canadiennes, voir Douglas R. JOHNSON, « Accounts Receivable Financing in Canada : Nature of the Charge and Rights of Priority », (1981) 15 *U.B.C.L. Rev.* 87 ; *Canadian Abridgment Second Edition, vol. 6*, 1967, « Choses in action », p. 1 à 65, et sous la même rubrique les suppléments permanents de 1974 (*vol. 2*, p. 367 s.), 1979 (*vol. 1*, p. 320 s.), 1982 (*vol. 1*, p. 340 s.) et 1984 (*vol. 1*, p. 296 s.).

61. Outre les ouvrages mentionnés à la note précédente, voir Charles C. DE LORIMIER, *La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec, vol. XII*, Montréal, Cadieux et Derome, 1885, p. 475 s. ; François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec, tome 5*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, p. 127 s.

Nous avons également dénombré près de deux cents articles de doctrine sur divers aspects de la cession de créance, auxquels il faudrait ajouter les passages pertinents des divers ouvrages sur le contrat de vente.

attardons-nous pas dans le cadre limité de notre propos, surtout en raison du fait que la nature juridique du contrat de cession de créance n'est pas affectée par l'accomplissement ou l'inaccomplissement de ces formalités⁶². Nous tenons par contre à mentionner un facteur déterminant pour la qualification de ce contrat, à savoir l'intention des parties telle qu'elle est exprimée dans les termes utilisés.

L'expression typique « cède et transporte », lorsqu'elle est employée seule⁶³, signifie en effet que le commerçant aliène son droit de propriété sur le bien cédé, généralement par un contrat de vente⁶⁴. Se pose alors, à propos de l'emploi de cette expression, le problème de savoir si les parties changent la nature du contrat quand elles stipulent, dans une clause distincte de celle par laquelle le commerçant « cède et transporte » ses créances, que la cession est consentie à titre de garantie. L'affaire *Bastien c. J.M. Dessureault Inc.*⁶⁵ illustre bien ce problème et mérite un bref commentaire.

Dans cette affaire, les clauses du contrat de cession de créances pertinentes à sa qualification se lisaient comme suit :

Pour bonne et valable considération, Agel Construction Limitée [...] cède et transporte à J.M. Dessureault Inc. [...] les sommes d'argent actuellement dues ou qui pourront lui être dues par Dame J. Antoine Mercier, née Bastien [...].

La présente garantie est ainsi consentie sous la réserve des autres garanties que J.M. Dessureault Inc. peut actuellement ou pourra détenir.⁶⁶

La Cour suprême du Canada, confirmant à l'unanimité le jugement de la Cour du Banc du Roi⁶⁷, unanime lui aussi, décida qu'il s'agissait là d'un contrat de vente pure et simple et non pas d'une cession en garantie.

62. Voir, à cet effet, C.C.B.C., art. 1578.

63. *Laliberté c. Larue*, *supra*, note 32, p. 18-19.

64. On se rappellera à cet égard la nuance apportée par P.-B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, tome III, Montréal, C. Théoret, p. 229 :

Les mots *vendre* et *acheter* ne sont pas synonymes des mots *aliéner* et *acquérir*. Il y a la même différence entre l'*aliénation* et la *vente*, qu'entre le genre et l'espèce : car on aliène non seulement par vente, mais encore par *donation*, par *échange*... Bien plus, il se peut qu'il y ait *vente*, et qu'il n'y ait pas *aliénation*.

65. [1962] R.C.S. 97. Voir Louis PAYETTE, *supra*, note 39, p. 296 :

Cet arrêt est d'ailleurs en contradiction avec une autre décision de cette même cour [*Laliberté c. Larue*]. Quoiqu'il semble avoir été raisonnable de sanctionner le droit du créancier-cessionnaire de poursuivre le cédé, l'opinion de la cour à l'effet que cette transaction pour fins de sûreté eût les effets d'une vente nous semble douteuse.

66. *Id.*, p. 98-99. On notera que le solde dû au moment de la signature du contrat était connu et inscrit au contrat (\$6 841.42) : ce montant peut donc constituer le « prix » que la jurisprudence cherche pour établir qu'il y a eu « vente ».

67. *J.M. Dessureault Inc. c. Bastien*, [1960] B.R. 1052.

Exprimant l'opinion de la Cour suprême, le juge Abbott déclara que les mots « cède et transporte » employés seuls dans la première clause « mean a transfer of the ownership of the debt »⁶⁸ et que la clause finale indiquant que le contrat en était un de garantie ne peut rien y changer⁶⁹.

À notre avis, cette décision va directement à l'encontre de deux grands principes d'interprétation, à savoir qu'il faut interpréter toutes les clauses les unes en rapport avec les autres pour établir le sens de l'acte entier⁷⁰ et qu'il faut, dans le doute, rechercher avant tout l'intention des parties⁷¹. Or ici les tribunaux ont mis de côté l'expression claire de la volonté commune des parties contenue dans la dernière clause. Le fait que les termes de cette clause, indiquant l'intention des parties de considérer cette cession comme une « garantie », ne soient pas contenus dans la clause par laquelle le commerçant « cède et transporte » ne justifie nullement, avec déférence, la conclusion à laquelle les savants juges sont arrivés⁷². Car si l'on devait accepter le raisonnement, le point de vue de la Cour suprême dans cette affaire, l'on arriverait à un curieux résultat en ce qui concerne la qualification des contrats-types étudiés⁷³.

D'une part, il semblerait en effet superflu, dans le contrat-type de la Banque Canadienne Impériale de Commerce, de préciser que le commerçant « vend » toutes ses créances en même temps qu'il les « cède et transporte »⁷⁴. En l'absence de la stipulation habituelle des autres contrats-types ajoutant que la cession est consentie « à titre de garantie », l'emploi de l'une ou de l'autre des deux expressions suffirait pour que ce contrat soit considéré comme un contrat de vente pure et simple de l'universalité des créances du commerçant tel que prévu à l'article 1571d C.C.B.C., ce que la jurisprudence a admis⁷⁵.

68. *Supra*, note 65, p. 99.

69. *Id.*, p. 100. Pour la Cour du Banc de la Reine, voir *supra*, note 67, p. 1055.

70. C.C.B.C., art. 1018.

71. *Id.*, art. 1013 et 1020.

72. *Supra*, note 65 et le texte correspondant ; voir aussi C.C.B.C., art. 1015.

73. On se rappellera cependant que dans le cas des contrats-types aucun montant ou solde n'est spécifié, contrairement à l'affaire *Bastien*, *supra*, note 67.

74. Voir le contrat-type, clause préliminaire.

75. Voir, par exemple, *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Hoffman*, [1975] C.A. 407, 408 ; *Canadian Snow Fence Limited c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1974] C.A. 476, 477. Voir cependant la situation particulière survenue dans *Canadian Imperial Bank of Commerce c. General Factors Ltd.*, [1968] R.C.S. 435, confirmant *In re Aluminium Door and Window Co. Ltd. : Canadian Imperial Bank of Commerce c. General Factors Ltd.*, [1966] B.R. 994, où la cession semble avoir été considérée comme une vente malgré que des créances aient été ensuite vendues individuellement à un *factor*. Voir *contra*, *Canadian*

D'autre part, dans chacun des sept contrats où la cession générale de créances est consentie « à titre de garantie », cette expression est contenue dans une clause distincte de celle par laquelle le commerçant « cède et transporte » l'ensemble de ses créances à l'institution financière⁷⁶. Si l'on appliquait le raisonnement suivi dans l'affaire *Bastien* précitée, il faudrait alors considérer l'expression « à titre de garantie » comme superflue et qualifier ces contrats de cession comme des contrats de vente pure et simple, ce que la jurisprudence postérieure n'a fait que dans un cas⁷⁷ : si une cession de créances en garantie est un contrat de transfert de propriété, ce devrait en effet être plutôt un contrat où ce transfert est conditionnel.

1.2.2. Le transfert peut être conditionnel

Nous sommes portés à croire que le contrat de cession générale de créances commerciales en garantie, en droit québécois, ne peut pas être qualifié comme contrat de vente à réméré⁷⁸. D'une part, les articles 1546 ss

Imperial Bank of Commerce c. Zwaig, [1976] C.A. 682, 685-686, où le juge Yves Bernier déclara à deux reprises que la cession générale de créances intervenue constituait un nantissement.

76. La clause par laquelle le commerçant « cède et transporte » précède d'ailleurs toujours la clause où la cession est dite faite « à titre de garantie ».

77. *Canadian Terrazzo and Marble Co. Ltd. c. B. Kaplan Construction Co. Ltd.*, [1966] C.S. 505, 508 :

Or, d'après les termes du transport en question, il s'agit évidemment d'un transport absolu [...].

Le tribunal est d'avis qu'il ne s'agit pas en l'occurrence d'un transport pur et simple en garantie, mais bien d'une cession absolue en faveur de la banque. Vu la conclusion du tribunal qu'il s'agit d'une cession et non pas d'une garantie [...].

Le texte du jugement ne comprend aucun extrait du contrat intervenu mais le juge mentionne (p. 506) que la défenderesse était « directed to pay to the bank all money due » et que le transport était fait en faveur de la Banque Provinciale du Canada « jusqu'à concurrence de la somme de \$5,700 ». Le juge cite l'affaire *Bastien* (p. 507), où il s'agissait également d'une créance résultant d'un contrat de construction et dont le montant est déterminé et indiqué au contrat. Il cite aussi des arrêts anglais qui, sans aucun doute, expliquent pourquoi il a utilisé les expressions « transport pur et simple en garantie » (voir *assignment by way of charge only*) et « cession absolue » (voir *absolute assignment*) à la page 508. Voir le commentaire de Louis PAYETTE, *supra*, note 39, p. 296 :

L'application de cet arrêt [*Bastien c. J.M. Dessureault Inc.*] à la présente cause aurait donc dû entraîner une conclusion opposée à celle rejointe par le tribunal puisqu'ici, précisément et très clairement, à l'intérieur d'un même paragraphe, les parties déclarent que le transport est fait à titre de garantie !

78. C'est aussi l'opinion de Louis PAYETTE, *id.*, p. 292. Pour la France, voir Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 543 :

Le recours, pour réaliser une cession en pleine propriété à titre de garantie, à la vente à réméré est théoriquement possible pour les meubles incorporels comme pour les meubles

C.C.B.C. traitent en effet de la faculté de réméré réservée au vendeur, mais non d'une obligation de rachat mise à sa charge⁷⁹. Or, « le débiteur cédant demeure obligé au paiement de la créance principale (obligation de rachat) »⁸⁰. D'autre part,

[...] le créancier cessionnaire n'entend aucunement que le cédant soit libéré dans l'hypothèse où la créance cédée n'est pas « rachetée » ; il se réserve tous les recours pour le solde si la créance cédée ne produit pas une somme suffisante pour désintéresser sa créance principale.⁸¹

Aussi les tribunaux préfèrent-ils considérer la cession générale de créances en garantie comme un contrat de transfert sous condition résolutoire pour le cessionnaire et sous condition suspensive pour le cédant, surtout depuis la célèbre décision de la Cour d'appel dans *Place Québec Inc. c. Desmarais*⁸².

Deux règles ont été établies lors de cette affaire. La première, relative au terme « garantie », c'est qu'il ne faut « pas prendre pour acquis que la cession de créance à titre de sûreté accessoire au remboursement d'un emprunt, comme c'est ici le cas, est un nantissement, un gage [...] »⁸³. La seconde, qui concerne le terme « cession », est fondée sur le principe qu'une « cession » de créance est nécessairement un acte translatif de propriété⁸⁴, soit pur et simple ce qui entraîne le dessaisissement absolu et définitif de la créance du cédant, soit conditionnel, ce qui produit alors un dessaisissement absolu mais que seule la réalisation de la condition rendra définitif⁸⁵. La deuxième s'énonce donc ainsi :

La cession de créance à titre de sûreté accessoire est un transfert conditionnel et résolutoire quant au cessionnaire, son droit de propriété cessant de plein droit,

corporels. À notre connaissance, cependant, la jurisprudence n'en fournit pas d'exemple en matière de cession de créance [...].

Voir *supra*, note 28 et le texte correspondant, à propos des techniques contractuelles poursuivant des buts semblables aux sûretés réelles : ainsi s'explique qu'une cession en garantie puisse être considérée comme une vente à réméré ou une vente conditionnelle : voir, par exemple, *supra*, note 42 et le texte correspondant.

79. L'article 1546 est très explicite sur ce point. Voir aussi Louis PAYETTE, *ibid.* Comparez avec la note 159, *infra*, et le texte correspondant.

80. Louis PAYETTE, *ibid.*

81. *Ibid.*

82. *Supra*, note 27. Voir, parmi les arrêts qui ont suivi cette décision, *BNP Canada Inc. c. Riff's Ltd.*, [1982] C.P. 208, 209-210 ; *In re Les Investissements Habibec Ltée : Druker et associés Inc. c. Banque de Montréal*, [1981] C.S. 188, 190, confirmé en appel à [1983] C.A. 244 ; *L. Desrosiers & Frères Inc. c. Thibault*, [1979] C.P. 282, 284.

83. *Ibid.*

84. *Id.*, p. 911.

85. *Id.*, p. 912.

sans la nécessité d'un acte de rétrocession, lorsque la condition est accomplie, soit l'extinction de la créance principale, la dette du cédant au cessionnaire. [...]

Quant au cédant, dans le cas d'une cession de créance à titre de sûreté accessoire, si le transfert est absolu, il n'est cependant pas définitif; celui-ci, d'une part, continue à détenir un droit de propriété dans la créance cédée, affecté cependant d'une condition suspensive; la condition est l'extinction de la dette à la sûreté de laquelle la créance a été cédée.⁸⁶

Cet énoncé était correct pour le cas soumis à la Cour d'appel dans cette affaire, quoique l'exigence de la stipulation d'un prix pour qu'il y ait vente n'était pas remplie en l'espèce et ne fit l'objet d'aucun commentaire de la part des juges⁸⁷. Par ailleurs, on peut se demander si les circonstances particulières de cette affaire n'en restreignent pas la portée. En effet, il s'agissait de la cession d'une seule créance actuelle à la Banque Royale du Canada⁸⁸: or l'on se rappellera que cette institution financière est la seule dont le contrat-type de cession générale de créances prévoit que le commerçant non seulement « cède et transporte » ses créances mais aussi les « transfère »⁸⁹. Son contrat-type est également le seul où une clause autorise le cessionnaire à recouvrer les créances « aussi amplement et avec le même effet que si la Banque en était le propriétaire absolu et sans égard à l'état des comptes entre le soussigné et la Banque »⁹⁰.

Certes, si les parties stipulent ainsi que le cessionnaire devient le propriétaire absolu des créances, on ne peut qualifier la convention intervenue de contrat de nantissement, « lequel ne confère au créancier que le droit de se faire payer par préférence sur le produit de la vente de la chose gagée, et ce, par procédure dirigée contre son débiteur »⁹¹. Pourtant, le professeur Jean-Louis Baudouin écrit :

Il semble maintenant admis que ce type de sûreté [nantissement de créance] entraîne une cession véritable sous condition résolutoire pour le cessionnaire et suspensive pour le cédant, la condition étant l'exécution de l'obligation principale pour laquelle la créance est donnée en garantie.⁹²

La similitude de ce passage avec celui de l'affaire *Place Québec Inc.* sur la vente conditionnelle, cité plus haut, est frappante et inquiétante. En effet,

86. *Ibid.*

87. Sur l'exigence de la stipulation du prix, voir *infra*, note 165 et le texte correspondant.

88. *Supra*, note 27, p. 911.

89. Voir le paragraphe 1 du contrat-type.

90. Voir le paragraphe 3 du même contrat.

91. *Place Québec Inc. c. Desmarais*, *supra*, note 27, p. 912.

92. *Les obligations*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, p. 523, n° 937. Voir aussi *supra*, note 28 et le texte correspondant sur le « regroupement des sûretés réelles ».

elle témoigne de la confusion régnant en matière de qualification des contrats-types de cession générale de créances commerciales. Elle laisse prévoir qu'une autre solution doit être envisagée.

1.2.3. Le transfert peut être fiduciaire

Depuis près d'un siècle, l'article 981a C.C.B.C., « d'inspiration anglaise »⁹³, énonce qu'une personne peut transporter ses biens « à des fiduciaires par donation ou par testament, pour le bénéfice des personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des donations ou des legs ». Présentée sous cet angle, la fiducie du droit québécois n'est donc qu'une modalité d'une donation ou d'un testament par laquelle on transfère des biens à quelqu'un pour le bénéfice d'autrui⁹⁴. Un tel procédé pourrait certes servir à transporter des créances, mais il ne convient guère aux besoins du commerce.

Jusqu'à tout récemment, la jurisprudence et la doctrine québécoises n'avaient en conséquence pas tenté d'analyser la cession des créances commerciales à titre de garantie comme un transport fiduciaire. Peut-être est-ce dû aussi au fait que

[...] au Québec, la fiducie est exceptionnelle et ne peut être constituée que lorsque la loi le prévoit expressément, et seulement dans la poursuite des objectifs prévus par cette loi. Si, malgré ce caractère très restrictif de notre droit à l'égard de la fiducie, des contrats sont conclus à l'image de la fiducie, ces contrats ne constituent pas des fiducies mais des contrats innommés « régis par les règles générales du Code civil concernant les obligations et les contrats ».⁹⁵

Mais le contrat-type de cession générale de créances commerciales ne pourrait-il pas être un contrat conclu « à l'image de la fiducie »? Plusieurs dispositions du *Code civil* relatives à la fiducie ne trouvent-elles pas un écho particulier en matière de cession générale de créances à titre de garantie? Pour en voir l'application *mutatis mutandis*, il suffit de faire abstraction pour

93. Marcel FARIBAUT, *supra*, note 9, p. II de l'*Avant-propos*. Voir l'*Acte concernant la fiducie*, L.Q. 1879, ch. 29, maintenant les articles 981a s., C.C.B.C.

94. *Id.*, p. 71, n° 50.

95. Yvon RENAUD, « L'efficacité de l'acte de fiducie comme sûreté », (1979) *C.P. du N.* 199, p. 207. Voir François RAINVILLE, « Aliénation par fidéicommissaire », (1979) *C.P. du N.* 257, 263 :

Nous avons retracé cette même expression [cessionnaire fiduciaire] dans une étude de M^c Yves Sylvestre publiée dans la *Revue du Barreau* : « Étant translatrice de propriété, cette cession a fait du créancier hypothécaire un véritable cessionnaire fiduciaire pour les détenteurs des titres en circulation ».

L'expression « cessionnaire fiduciaire » n'a pu être retracée nulle part ailleurs. Elle pourrait être le présage d'une nouvelle tendance appuyée récemment par M^c Daniel N. Mettarlin dans un article intitulé « The Quebec Trust and the Civil Law ».

un instant du fait qu'il faut procéder par testament ou donation⁹⁶ et qu'une fiducie est constituée en faveur d'un tiers distinct du fiduciaire et du légateur ou donateur⁹⁷.

Mentionnons, par exemple, les dispositions et clauses concernant les pouvoirs du fiduciaire sur les biens transférés et son absence de responsabilité. Ainsi, tout comme les cessionnaires de créances commerciales⁹⁸, les fiduciaires ont la « saisine » des biens transportés en fiducie et « peuvent prendre tous procédés judiciaires pour les affaires de la fiducie »⁹⁹. Comme les frais de recouvrement des créances remboursés à même les sommes perçues¹⁰⁰, « les dépenses encourues par les fiduciaires, dans l'accomplissement de leurs devoirs, sont à la charge de la fiducie »¹⁰¹. De même que le cessionnaire dispose des pouvoirs les plus étendus sur les créances¹⁰², « les fiduciaires, sans l'intervention des parties bénéficiaires, gèrent la propriété qui leur est confiée et en disposent [...] conformément aux dispositions et conditions du document créant la fiducie »¹⁰³. Par ailleurs, « les fiduciaires ne sont pas personnellement responsables envers les tiers avec qui ils contractent »¹⁰⁴ et ils ne sont responsables devant les bénéficiaires que s'ils ont agi de mauvaise foi dans la gestion de la fiducie¹⁰⁵.

96. Certes, un commerçant peut transporter ses créances par acte de fiducie en vertu des articles 27 s. de la *L.P.S.C.Q.* Mais il ne procède pas alors à un transfert fiduciaire ou « cession en pleine propriété à titre de garantie » au sens où on l'entend en France : voir la *Section 2* du *Chapitre* suivant. En effet, nous avons vu il y a un instant ce qu'est la fiducie en droit québécois, et c'est en fonction des concepts de ce droit que la *L.P.S.C.Q.* doit être interprétée : voir *Laliberté c. Larue*, *supra*, note 32, p. 17.

97. C.C.B.C., art. 981a. Cependant, le commerçant cède ses créances pour garantir le remboursement de sa dette et demeure, pour cette raison, l'ultime bénéficiaire des sommes recouvrées et gérées par l'institution financière cessionnaire. Et si celle-ci en bénéficie autant que lui dans la mesure où elle est remboursée, son obligation d'affecter les sommes reçues au paiement de la dette confirme que la cession est effectuée en faveur du commerçant cédant.

98. Voir les contrats-types : B.C.I.C., par. 1 ; B. Mtl., alinéa 6 ; B.N.E., par. 3 ; B.N.P., alinéa 6 ; B.N.C., alinéa 6 ; B.R.C., par. 3 ; B.T.D., alinéa 4 ; C.P. Desj., par. 4(b). Une telle clause ne sera pas nécessaire dans le contrat d'hypothèque de créances proposé par l'Office de révision du Code civil, puisque la situation y est inversée : c'est le cessionnaire qui « perçoit » et qui « peut néanmoins autoriser le débiteur hypothécaire [le cédant] à percevoir » : voir O.R.C.C., *supra*, note 28, vol. 1, *Livre IV, Titre V*, art. 338-339.

99. C.C.B.C., art. 981b.

100. Voir les contrats-types : B.C.I.C., par. 2 ; B. Mtl., alinéa 6 ; B.N.E., par. 3 et 5 ; B.N.P., alinéa 6 ; B.N.C., alinéa 6 ; B.R.C., par. 10 ; B.T.D., alinéa 4 ; C.P. Desj., par. 4(b).

101. C.C.B.C., art. 981g.

102. Jean RHÉAUME, *supra*, note 18, *Titre I*, les notes 159–173 ainsi que le texte correspondant.

103. C.C.B.C., art. 981j.

104. *Id.*, art. 981i.

105. *Id.*, art. 981k.

En plus de cette correspondance à certaines dispositions du *Code civil*, le contrat de cession générale de créances commerciales semble tenir sa ressemblance avec la fiducie de la notion même de « *fides* » inhérente à plusieurs contrats :

Fides c'est une obligation qui n'a point pour objet une dation ou une prestation ou une série de dations ou de prestations, dont l'exécution libère une fois pour toutes le débiteur ; c'est l'obligation de tenir vis-à-vis du créancier une certaine attitude et de se prêter, au fur et à mesure des circonstances, à toutes sortes d'activités ou d'abstentions que viendra exiger le maintien de cette attitude ; c'est une obligation dont l'objet n'est limité que par une certaine finalité, par la spécification d'une certaine « ligne ».¹⁰⁶

Un exemple des activités auxquelles le débiteur peut être appelé à se prêter pour « le maintien de cette attitude » consiste dans la clause par laquelle le commerçant s'engage à signer tous les documents et à accomplir tous les actes nécessaires à l'exécution de la cession et en particulier au recouvrement des créances¹⁰⁷.

En somme, le contrat-type de cession générale de créances paraît beaucoup être conclu « à l'image de la fiducie ». Cette qualification, « quasi-fiducia », a été retenue récemment par un auteur pour décrire les droits du créancier sur les créances résultant de la disposition des biens couverts par la garantie prévue à l'article 178 de la *Loi sur les banques*¹⁰⁸. Mais ce n'est pas celle qu'il suggère pour décrire les droits du créancier bénéficiant d'une cession générale de créances en vertu de l'article 1571d ou de l'alinéa 2 de l'article 1966 C.C.B.C., auquel cas il préfère parler de « *imperfect pignus* »¹⁰⁹. À cet égard, mentionnons qu'aucun des contrats-types ne mentionne expressément l'existence d'une garantie accordée en vertu de l'article 178 de la *Loi sur les banques*¹¹⁰.

106. Georges RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, Recueil Sirey, p. 289, note 2, cité dans Marcel FARIBAUT, *supra*, note 9, p. 20, n° 19, sa note 1.

107. *Supra*, note 98 et le texte correspondant.

108. Roderick A. MACDONALD, *supra*, note 42, p. 577 et 582-583.

109. *Id.*, p. 577, 580 et 585.

110. Dans l'hypothèse où la nature juridique d'une cession générale des « *proceeds* », i.e. des droits du créancier sur les créances résultant de la disposition des biens couverts par la garantie prévue à l'article 178 de la *Loi sur les banques*, pourrait être reliée à la nature de cette garantie ou déterminée par elle, il faudrait qualifier chaque contrat de cession générale de créances selon la nature des différentes garanties affectant les biens dont la vente ou même la location donnent lieu à des créances. Le cadre restreint du présent travail ne permet cependant pas d'examiner cette hypothèse et ses importantes conséquences. Voir aussi *supra*, note 30.

Par ailleurs, le *Projet de Code civil* de l'O.R.C.C. propose des changements majeurs en matière de cession de créance¹¹¹. D'une part, il fait disparaître le nantissement de créances du *Code civil* et la cession de créances en garantie en vertu de la L.P.S.C.Q.¹¹² pour introduire au *Code civil* l'hypothèque de créances¹¹³. Largement inspirées du droit des provinces de common law et du droit américain¹¹⁴, les nouvelles dispositions concernant l'hypothèque de créances doivent cependant être interprétées selon les concepts du droit civil et être distinguées du « *mortgage* »¹¹⁵. D'autre part, le *Projet* introduit relativement à la fiducie plusieurs dispositions de droit nouveau¹¹⁶, inspirées des règles du *trust* du droit anglais¹¹⁷ et permet notamment la création d'une fiducie par contrat¹¹⁸.

Conclusion de la première partie

Le contrat de cession générale de créances commerciales est synallagmatique, solennel, réel, à titre onéreux, d'exécution successive et d'adhésion. Est-il un contrat nommé? Malgré l'absence de stipulation d'un prix, le contrat de cession générale de créances commerciales utilisé au Québec par la Banque Canadienne Impériale de Commerce est à sa face même un contrat de vente. Par contre, les contrats-types des autres institutions

111. O.R.C.C., *supra*, note 28, *Livre V, Titre VII*, art. 424-437. Les nouvelles dispositions seraient toutefois davantage dans l'intérêt du cédé que dans celui du cessionnaire : voir O.R.C.C., *vol. 2, tome 2*, p. 576.

112. *Id.*, *vol. 2, tome 2*, p. 349 à 350, 376; voir aussi la note 28 et le texte correspondant.

113. *Id.*, *vol. 1, Livre IV, Titre VII*, art. 338 à 345. Assez curieusement, les dispositions concernant la sûreté qu'est l'hypothèque seraient désormais insérées dans le *Livre des biens*.

114. *Id.*, *vol. 2, tome 1*, p. 349, par. 6 et p. 350-351; *tome 2*, p. 716. Voir aussi Peter M. BISCOE, *Law and Practice of Credit Factoring*, London, Butterworths, 1975, p. 159-160.

115. O.R.C.C., *vol. 2, tome 1*, p. 349, par. 7. Soulignons par ailleurs que dans la version anglaise du *Rapport sur le Code civil du Québec* de l'O.R.C.C., le terme « hypothèque » est traduit par « *hypotheec* » et non par « *mortgage* ». Si l'O.R.C.C. avait voulu proposer l'introduction du *mortgage* au Québec, il nous semble qu'il aurait au moins employé ce terme dans la version anglaise de son *Rapport*.

116. O.R.C.C., *vol. 1, Livre IV, Titre VII*, art. 600 à 638, et la table de correspondance aux pages 742-743 du même volume. Voir aussi C.C.B.C., art. 981a s.

117. Par exemple, en ce qui concerne la constitution des biens transportés en fiducie en un patrimoine distinct, qui est une caractéristique du *trust* anglais : voir Henri PETITJEAN, *Fondement et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959, p. 26-29, n^{os} 45-50; O.R.C.C., *ibid.*, *vol. 1, Livre IV, Titre VII*, art. 603, et *vol. 2, tome 1*, p. 379-380.

118. O.R.C.C., *supra*, note 28, *vol. 1, Livre IV, Titre VII*, art. 601 : « La fiducie peut être établie par contrat ou par testament. Elle doit en suivre les règles de fond et de forme ».

financières sont généralement qualifiés de contrats de vente conditionnelle. Cette qualification résulte principalement d'un arrêt où le contrat-type dont il fallait déterminer la nature était celui de la Banque Royale du Canada, ce contrat particulier où le commerçant « transfère » ses créances. Elle ne vaut peut-être pas pour les autres contrats-types, dont la clause essentielle énonce seulement que le commerçant « cède et transporte » ses créances en garantie. Mais, même si l'absence de stipulation d'un prix de vente favorise alors la qualification comme contrat de nantissement, cette dernière possibilité soulève également des difficultés. La qualification comme contrat innommé de fiducie conviendrait aussi à certains égards, mais elle cause également des problèmes de taille. Il est donc permis de se demander si nous sommes en présence d'un contrat dont la qualification serait encore inconnue en droit québécois.

2. La qualification du contrat de cession générale de créances commerciales en droit français et anglais

Forme particulière de cession de créances commerciales, le contrat de *credit factoring* était connu et utilisé au Canada avant de l'être en Angleterre puis en France¹¹⁹. Il s'agit d'un cas exceptionnel, c'est vrai, car les autres contrats de cession de créances employés au Canada et plus spécifiquement au Québec sont d'abord apparus dans ces deux pays d'Europe¹²⁰. Ils y ont puisé leur terminologie et souvent même leur cadre et leur contenu juridiques,

119. Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 6, qui mentionne que le *factoring with recourse* existe au Canada depuis 1951, ce qui correspond, bien qu'il n'y fasse aucun renvoi, à l'entrée en vigueur de l'article 1571d C.C.B.C., au Québec. Il mentionne aussi que le *factoring without recourse* est apparu au Canada vers 1930 (p. 37). On trouve parfois des arrêts qui en révèlent l'existence chez nous avant 1951 : voir, par exemple, *Paramount Fabrics Ltd. and North American Textile Sales Corp. c. Imperial Bank of Canada*, [1961] B.R. 602. Voir, de façon générale, Ian F.G. BAXTER, *The Law of Banking*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1981, p. 190 à 192; Robert DEMERS, *Le financement de l'entreprise*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1985, p. 311 s.; Bernard DHAeyer, « Le contrat de factoring en droit belge », (1974) 9 R.J.T. 11; Christian GAVALDA, « Factoring », dans *Répertoire de droit commercial*, Encyclopédie Juridique Dalloz, vol. II, 2^e éd., 1973, p. 1; R.M. GOODE, *Commercial Law*, Harmondsworth, Penguin Books, 1982, p. 856 s.; *Simard c. Royer*, [1975] C.S. 124, confirmé par [1978] C.A. 222. Depuis la nouvelle *Loi sur les banques*, une banque peut faire de l'affacturage mais seulement par l'intermédiaire d'une filiale : voir la *Loi sur les banques*, art. 173(1)(i), 173(3), 193.

120. Les législateurs des différentes provinces sont cependant intervenus plus rapidement, parfois, pour établir les règles applicables à certains contrats : voir, en Ontario par exemple, *An Act to make Debts and Choses in action assignable at Law*, S.O., 1871-1872, ch. 13.

de telle sorte que les problèmes de qualification rencontrés là-bas se sont également retrouvés ici et que les solutions suggérées par le droit français et le droit anglais peuvent inspirer celles dont le droit québécois aurait besoin.

Pour respecter cette évolution historique et même géographique du contrat sous étude, nous verrons brièvement quelques-unes des règles générales de la cession de créances en garantie¹²¹ en droit français puis anglais. Cependant, le contrat examiné y étant perçu par certains auteurs comme rattaché à la *fiducia* de droit romain, il nous a paru opportun de rappeler d'abord certaines notions sur la cession de créances en droit romain.

2.1. La cession à titre de garantie en droit romain

L'omission des termes « de créances » dans l'intitulé de cette section, si nous considérons leur présence dans les titres de sections suivantes comme significative — et elle l'est —, est volontaire. En effet, la cession de créances n'était pas admise en droit romain¹²².

À cette époque où un créancier pouvait faire emprisonner son débiteur incapable de le payer à échéance, le caractère personnel des créances ne permettait pas de leur reconnaître un caractère cessible¹²³. Mais dans les

121. Nous devons laisser de côté la vente ou cession pure et simple de créances d'une part parce que les contrats-types sont des cessions « à titre de garantie » et, d'autre part, parce que cela nous obligerait à des développements trop considérables et secondaires en rapport avec les contrats étudiés. Pour la France, on pourra consulter tous les ouvrages et traités de droit civil relatifs au contrat de vente, et particulièrement ceux énumérés par Alfred RIEG, « Cession de créance », dans *Répertoire de droit civil, Encyclopédie Juridique Dalloz*, vol. II, 2^e éd., 1970, p. 1, ainsi que le texte de ce professeur. Pour l'Angleterre, comme nous le verrons, les règles de la vente sont les mêmes que celles du *mortgage* et seront donc implicitement étudiées ici.

122. Voir, par exemple, W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3^e éd., par Peter STEIN, Cambridge, University Press, 1966, p. 520 et 554; Marcel DUBÉ, *La distinction entre la subrogation et la cession de créance*, thèse, Université de Montréal, 1969, p. 6 à 14; A.E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français. Les obligations*, 4^e éd. par Robert VILLERS, Paris, Dalloz, 1976, p. 325; Dominique LEFEBVRE, *Le contrat comme acte juridique consensuel*, Montréal, P.U.M., 1962, p. 43; Robert VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris, A. Michel, 1977, p. 366.

123. *Ibid.* Un auteur français manifeste toutefois son désaccord sur cette explication : voir Laurent AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 27 :

[...] l'incessibilité de la créance en droit romain ne résultait pas tant du caractère personnel du lien de droit, que de l'inexistence d'une technique juridique apte à assurer le maintien de la force obligatoire en dépit du changement de l'un des titulaires du rapport d'obligation [...]. Avec le recul progressif du formalisme, la cession de créance réalisée au moyen d'une opération translatrice devait s'imposer.

faits, cette inaccessibilité théorique des créances a cédé le pas devant les exigences du commerce et les astuces des juristes. Ces derniers, en effet, imaginèrent deux moyens de parvenir, indirectement mais véritablement, à la cession de créances : la novation et le mandat.

Comme aujourd'hui, le créancier pouvait par la novation éteindre sa créance pour la remplacer par une autre au profit d'un tiers¹²⁴. Ce procédé par changement de créancier comportait toutefois des inconvénients sérieux en ce que, notamment, les sûretés attachées à l'ancienne créance avaient été éteintes du même coup et que le débiteur dont le consentement est nécessaire ne peut pas être contraint à le donner¹²⁵.

Le mandat sous forme de *procuratio in rem suam* était plus efficace et avantageux. Contrairement à la *procuratio in litem* qui obligeait le mandataire à rendre compte des sommes recouvrées au profit du créancier mandant¹²⁶, la *procuratio in rem suam* autorisait le mandataire à recouvrer les sommes dues dans son propre intérêt (*in rem suam*) et par conséquent sans reddition de compte¹²⁷. Même s'il ne présentait pas les deux inconvénients de la novation mentionnés plus haut, ce procédé suscitait néanmoins des difficultés. Par exemple, le mandataire devait agir au nom du cédant¹²⁸ et son droit de poursuivre pouvait être révoqué, par une décision ou la mort du mandant, de telle sorte qu'il risquait de se retrouver privé de ses droits même s'il avait payé pour les obtenir¹²⁹. De même, il ne bénéficiait d'aucune protection contre une cession de la même créance ou contre une remise de dette de la part du cédant¹³⁰.

Par ailleurs, suivant le principe voulant que les choses qui ne peuvent être vendues ne puissent pas être nanties¹³¹, il semble logique d'affirmer que

124. Voir, par exemple, Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 96-97; Dominique LEFEBVRE, *supra*, note 122, p. 43; A.E. GIFFARD, *supra*, note 122, p. 329. Voir aussi C.C.B.C., par. 1169(3).

125. Voir, par exemple, A.E. GIFFARD, *supra*, note 122, p. 325-326. Voir aussi C.C.B.C., art. 1176, 1177 et 1179, alinéa 2.

126. Voir, par exemple, Robert VILLERS, *supra*, note 122, p. 366-367; W.W. BUCKLAND, *supra*, note 122, p. 520.

127. *Ibid.* Voir aussi A.E. GIFFARD, *supra*, note 122, p. 326 à 328.

128. *Ibid.*

129. *Ibid.*

130. *Ibid.*

131. W.W. BUCKLAND, *supra*, note 122, p. 478.

les créances ne pouvaient pas être cédées en garantie en droit romain. Mais Pothier a prétendu le contraire ¹³².

Sans tenter de réfuter ou de justifier cette prétention, nous essaierons de découvrir si les contrats de sûretés en droit romain peuvent aider à qualifier un contrat de garantie dans un contexte où la cession de créances est maintenant permise. Dans cette perspective, la nature des contrats par lesquels certains biens ou droits sur des biens sont donnés en garantie pourra peut-être, par analogie, déterminer la nature de ceux où des créances sont à leur tour données en garantie. Nous verrons ainsi le *pignus* et la *fiducia*, les deux formes de garantie connues en droit romain ; l'*hypotheca*, issue du *pignus*, sera étudiée en même temps que celui-ci.

2.1.1. Le *pignus*

Les auteurs divergent d'opinion sur la question de savoir si le *pignus* est apparu avant la *fiducia* dans l'ancien droit romain ¹³³. Ils s'accordent toutefois pour affirmer que le *pignus* transférait la *possessio* au créancier et conservait le *dominium* ¹³⁴ au débiteur ¹³⁵, caractéristiques que le gage possède encore dans notre droit moderne. Mais ce gage avec dépossession s'avérerait peu avantageux pour le débiteur qui, même s'il pouvait reprendre possession de son bien en s'acquittant de ses obligations, se trouvait privé de l'usage des biens remis pendant une période indéterminée. De même, le droit de rétention du créancier valait peu s'il n'était accompagné d'un pacte commissaire ou d'un pacte de vente ¹³⁶. Aussi a-t-il cédé sa place au gage sans dépossession ou hypothèque.

132. M. BUGNET, *Œuvres de Pothier*, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, tome 5, p. 393, par. 6 et surtout sa note 2, et tome 9, p. 482, par. 211. La prétention est peut-être celle de Bugnet plutôt que celle de Pothier. À notre avis, il n'est pas clair que ce soit aussi à propos du droit romain, et non seulement pour le droit français, que Pothier ait affirmé que le nantissement était possible pour les créances. Il semble que sa mise au point soit destinée à reconnaître cette possibilité en droit français seulement : autrement, le droit romain n'aurait pas admis la vente de créances mais aurait admis leur nantissement, ce qui serait étrange. Voir aussi *supra*, note 122 et le texte correspondant.

133. La majorité considère toutefois que la *fiducia* est apparue en premier lieu : voir, par exemple, W. W. BUCKLAND, *supra*, note 122, p. 473 à 475 ; A. E. GIFFARD, *supra*, note 122, p. 391 s. Sur ce sujet voir György DIÖSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, Akadémiai Kiado, 1970, p. 116, ses notes 52 et 53.

134. Sur la notion de « *dominium* », qui n'est pas l'équivalent du droit de propriété, et sur les autres notions reliées au droit de propriété telles que *usus*, *fructus*, *abusus*, *possessio*, voir l'ouvrage de György DIÖSDI, *ibid.*

135. Voir, par exemple, W. W. BUCKLAND, *supra*, note 122, p. 475 ; Robert VILLERS, *supra*, note 122, p. 323-324.

136. Voir, par exemple, Robert VILLERS, *supra*, note 122, p. 324-325.

L'*hypotheca* était désignée sous le nom de *pignus* jusqu'au II^e siècle¹³⁷. Mais elle s'en distingua alors pour désigner un gage qui n'exigeait pas la possession du bien remis en garantie. Elle servit à l'affectation des biens meubles mais aussi à celle des immeubles, des créances et même d'une autre hypothèque¹³⁸. Cependant, du fait que le débiteur demeurait encore propriétaire jusqu'à ce qu'il soit en défaut d'exécuter ses obligations, l'hypothèque se distinguait également de la *fiducia*.

2.1.2. La *fiducia*

En droit romain, la *fiducia cum creditore* apparaissait « comme une vente formaliste dans laquelle l'acquéreur s'oblige à remettre la chose au vendeur ou plus largement à s'en dessaisir dans les circonstances déterminées entre les parties »¹³⁹. Il s'agissait en fait d'une « forme assez simplifiée de vente fictive »¹⁴⁰ car elle visait à accorder au créancier « une sûreté réelle jusqu'au remboursement de la somme prêtée », une sûreté réunissant « tous les éléments d'un gage ou nantissement »¹⁴¹. C'est d'ailleurs à cause de cette nature de sûreté réelle qu'elle est disparue lorsque fut reconnu le contrat de gage sans dépossession, plus avantageux pour le débiteur¹⁴².

La *fiducia cum creditore* est par ailleurs à l'origine de la vente à réméré, en droit français et québécois, de même que du *mortgage* anglais. Comme l'explique le doyen Roderick A. MacDonald dans un article relativement récent :

[...] most security interests can be grouped under one of three categories — (i) mortgage (or title) transactions, (ii) possessory securities, and (iii) hypothecations (or charges) — categories which correspond roughly to the Roman Law transactions of *fiducia*, *pignus*, and *hypotheca*. The Roman security *fiducia* contemplated the transfer of property to the creditor who then assumed an obligation (resting on contract only) to retransfer the object to the debtor upon full repayment of the debt. Thus, the creditor obtained both possession and an unencumbered right of *dominium* which was not tied to any default by the debtor.

[...]

137. *Id.*, p. 327.

138. *Ibid.* Voir aussi W.W. BUCKLAND, *supra*, note 122, p. 478.

139. Marcel FARIBAUT, *supra*, note 9, p. 21, n° 20.

140. *Ibid.*

141. *Id.*, p. 27, n° 23.

142. *Id.*, p. 28, n° 23. Voir aussi Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 540.

The truest modern reflection of *fiducia* is the sale with a right of redemption under articles 1546–1560 C.C.¹⁴³

La *fiducia* des créances n'était cependant pas possible en droit romain. Il reste à savoir si, en droit français et en droit anglais, ses formes modernes le sont.

2.2. La cession de créances en garantie dans le droit français

La vente et le nantissement de créances sont connus depuis le XII^e siècle en droit civil français¹⁴⁴. Le *Code civil français* de 1804, ou *Code Napoléon*, en a fixé les règles dans des dispositions qui ont très peu changé depuis¹⁴⁵. En droit commercial toutefois, la mise en garantie des créances a beaucoup évolué en France, particulièrement au cours de la dernière décennie. À cet égard, il convient d'examiner, dans leurs grandes lignes, d'une part le nantissement comme cession de créances à titre de garantie et, d'autre part, la cession consentie en pleine propriété à titre de garantie.

2.2.1. Le nantissement comme cession de créances à titre de garantie

Les règles du droit français relatives au gage correspondent généralement à celles du droit québécois¹⁴⁶. À une exception près, car le pacte comissoire est prohibé en France, aussi bien par l'alinéa 2 de l'article 2078 du *Code civil* que par l'alinéa 4 de l'article 93 du *Code de commerce*, ce qui comporte des inconvénients certains pour le cas où le nantissement porte sur des créances.

Ainsi, en vertu des règles ordinaires du gage, le cessionnaire a « le droit de se faire payer sur la chose [gagée], par privilège et préférence aux autres créanciers »¹⁴⁷, mais non celui de disposer du gage, si ce n'est à la suite d'un

143. *Supra*, note 42, p. 566 et 582. Voir aussi Marcel FARIBAULT, *supra*, note 9, p. 29, n° 23. Sur ce point, voir aussi les notes 159 et 211, ainsi que le texte correspondant.

144. Dominique LEFEBVRE, *supra*, note 122, p. 45.

145. Au 15 octobre 1985, les articles 1689–1701 du *Code civil français* relatifs à la vente des créances étaient encore ceux adoptés en 1804 ; pour leur part, parmi les articles 2073 à 2084 du même *Code* relatifs au gage, seuls les articles 2074 et 2075 ont été modifiés, en juillet 1980, un article 2075-1 étant par ailleurs ajouté en juillet 1972.

146. *Ibid.* ; pour le Québec, voir les articles 1968–1979 C.C.B.C. En France, il faut cependant ajouter les articles 91–93 du *Code de commerce* introduits par la *Loi du 23 mai 1863*. Voir, de façon générale, Jean DERRUPPE, « Nantissement » et « Nantissement des créances », dans *Répertoire de droit commercial, Encyclopédie Juridique Dalloz*, vol. IV, 2^e éd., 1974 ; Pierre DUPONT DELESTRAINT, *DROIT CIVIL Sûretés, Privilèges et Hypothèques Publicité foncière*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 7–12.

147. Voir le *Code civil français*, art. 2073.

jugement ¹⁴⁸. Il ne peut donc pas réclamer paiement du capital de la créance, car de cette façon il disposerait du gage ; le cédant ne le peut pas non plus, parce qu'il enlèverait ainsi à son créancier le gage qu'il lui a consenti ¹⁴⁹. Pour sortir de cette impasse à laquelle les conduit « la décomposition du droit de créance » opérée par le gage ¹⁵⁰, le cessionnaire et le cédant peuvent recourir à divers procédés.

Le premier consiste pour eux à intervenir ensemble pour recevoir paiement et consigner la somme reçue ¹⁵¹, ce qui n'est guère commode dans le cas d'une cession générale de créances. Le second est le recours à une clause particulière qui confère au créancier gagiste — le cessionnaire — le droit de toucher paiement de la créance et que la jurisprudence a interprétée comme un mandat ou une délégation de paiement ¹⁵². Malgré que l'on accomplisse ainsi de façon indirecte ce qu'il est défendu de faire directement, la licéité d'une telle clause a en effet été reconnue par la Cour de cassation parce que les raisons sur lesquelles se fonde la prohibition du pacte promissoire ne se rencontrent pas dans un cas où, suivant les termes employés, le droit de recevoir paiement constitue un mandat ¹⁵³. À cet égard, cependant, il faudra qu'il s'agisse d'un mandat révocable, sinon la clause sera un pacte commissaire ¹⁵⁴.

148. *Id.*, art. 2078. Voir, sur ce point, Alex WEILL, *DROIT CIVIL Les sûretés — La publicité foncière*, Paris, Dalloz, 1979, p. 98, n° 101. Voir cependant Marthe FOURNIER, « Dation en paiement », dans *Répertoire de droit civil. Encyclopédie Juridique Dalloz*, vol. III, 2^e éd., 1971, p. 3, n° 28 :

Par ailleurs, la prohibition édictée par l'article 2078 relativement aux pactes commissaires ne vise que les pactes contemporains de la constitution du gage [...]. Une autre limitation à l'interdiction de l'article 2078 s'est imposée dans la pratique : on admet que le créancier nanti, à titre de gage, d'une créance de son débiteur peut, s'il n'est pas payé à l'échéance se faire ultérieurement céder la même créance, sans recourir au juge.

149. Jean-Pierre APPRILL, « Le nantissement des créances et des comptes », dans *Le gage commercial (Études de Droit commercial sous la direction de Joseph Hamel)*, Paris, Dalloz, 1953, p. 485 s., aux pages 495-496.

150. *Ibid.* ; voir aussi Louis PAYETTE, *supra*, note 39, p. 297. Voir aussi O.R.C.C., *supra*, note 28, vol. 2, tome I, p. 458, où l'expression est utilisée à propos de la nouvelle sûreté qui remplacerait le gage : « L'hypothèque d'une créance opère en quelque sorte une décomposition du droit de créance. Le débiteur en demeure propriétaire et le créancier y acquiert un droit de sûreté. »

151. Jean-Pierre APPRILL, *supra*, note 149, p. 496.

152. *Ibid.* ; voir aussi Jean DERRUPPE, « Nantissement des créances », *supra*, note 146, p. 2, n° 12.

153. Voir Civ. 30 mai 1947, S. 1947. I. 140, et le commentaire de Jean HÉMAR, « Chroniques de législation et de jurisprudence », (1948) 1 *Rev. trim. dr. com.* 122, 128-129. Voir aussi Jean DERRUPPE, *ibid.*

154. Jean DERRUPPE, *ibid.* ; Jean-Pierre APPRILL, *supra*, note 149, p. 496.

Face à toutes ces complications et difficultés entourant les effets du contrat de nantissement de créances, la pratique bancaire a imaginé d'autres techniques pouvant conférer au cessionnaire une cause de préférence semblable à celle obtenue par un gage mais sans en comporter les inconvénients. C'est ainsi qu'elle a introduit le nantissement de comptes où, par le jeu de la compensation et d'une convention liant les comptes bancaires du client, celui-ci peut « affecter le solde créditeur éventuel de l'un de ses comptes à la garantie du solde débiteur éventuel d'un autre »¹⁵⁵. Mais elle a eu recours, surtout, à une forme de cession de créances qui pouvait lui procurer une garantie encore meilleure, la cession en pleine propriété à titre de garantie.

2.2.2. La cession en pleine propriété à titre de garantie

Pour un juriste de tradition civiliste, l'expression « cession en pleine propriété à titre de garantie » est pour le moins surprenante. Elle contient en effet une antinomie inévitable car une cession en pleine propriété ne peut résulter que d'un contrat principal et une garantie constitue nécessairement l'accessoire d'un contrat principal¹⁵⁶. Pourtant, en France¹⁵⁷ et même en Belgique¹⁵⁸, la doctrine estime que c'est vraiment une cession en pleine propriété mais à titre de garantie qui se produit lorsque les parties procèdent au transfert de la propriété du bien de l'emprunteur au prêteur à charge, pour ce dernier, « de restituer cette propriété ou, en cas de cession d'une créance, de rendre compte de sa valeur, si le prêt est remboursé »¹⁵⁹.

Tant du point de vue de la doctrine que de celui de la jurisprudence, une telle qualification soulève toutefois un problème en raison de l'absence, jusqu'à une date encore récente, de dispositions législatives régissant un tel contrat. Considérant le silence de la loi, elles pouvaient difficilement

155. Jean-Pierre APRILL, *supra*, note 149, p. 500, qui en traite aux pages 498 à 511. Voir aussi Joseph HAMEL, Gaston LAGARDE et Alfred JAUFFRET, *Traité de Droit commercial*, tome 2, Paris, Dalloz, 1954, p. 371, n° 1290. Il s'agit d'une possibilité dont nous n'avons pas le loisir d'examiner à fond toutes les applications dans notre droit québécois, et qui semble d'ailleurs utilisée dans les contrats-types étudiés, avec les nuances qui s'imposent et les difficultés qu'elle soulève.

156. Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 541-542.

157. Voir, par exemple, Michel VASSEUR, *supra*, note 45, p. 458; Yves CHAPUT, « La transmission des obligations en droit bancaire français », dans *Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, *supra*, note 35, p. 371, 372.

158. Voir, par exemple, André AGNEESSENS, *supra*, note 51, p. 293; Jean PARDON, « La transmission des obligations en droit bancaire belge », dans *Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, *ibid.*, p. 387, 388-389.

159. Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 540.

qualifier ce contrat de garantie puisque — pour assurer l'équilibre, la stabilité et l'efficacité du régime des sûretés — seul le législateur peut introduire, par de nouvelles dispositions, des sûretés mobilières conventionnelles qui dérogent aux règles du gage¹⁶⁰.

Nous verrons ainsi, d'une part, que la jurisprudence et la doctrine ont tenté de comparer le contrat de cession en pleine propriété à titre de garantie avec des contrats traditionnels, et, d'autre part, les mesures adoptées récemment par le législateur français pour remédier à cette situation.

2.2.2.1. Les tentatives doctrinales et jurisprudentielles de comparaison avec les contrats traditionnels

Le contrat par lequel un commerçant cède ses créances, par une vraie cession en propriété mais à titre de garantie, pour obtenir une avance de fonds, a souvent été utilisé en France au XIX^e siècle. C'est ce que le professeur Michel Vasseur a démontré¹⁶¹, faisant observer que, d'après les arrêts étudiés, les entrepreneurs de travaux privés et publics¹⁶² aussi bien que d'autres commerçants¹⁶³ y recouraient. De plus, seule une raison d'ordre fiscal expliquerait à son avis le délaissement subit de ce contrat en faveur du nantissement, du fait que « la cession de créance était frappée d'un droit proportionnel, alors que le nantissement de créance était seulement soumis à un droit fixe »¹⁶⁴.

Malgré sa fréquente utilisation, le contrat de cession de créance consentie à titre de garantie n'en soulevait pas moins de nombreuses

160. *Id.*, p. 547-548. Au Québec, le même argument trouverait appui dans le préambule de la *Loi concernant les pouvoirs de certaines compagnies, d'émettre et de réémettre des obligations, débetures et autres valeurs*, L.Q. 1924, ch. 63.

161. *Supra*, note 45; il reprenait sur ce point son texte « La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger », (1977) *Rev. trim. dr. com.* 1, 26 s., nos 35 s.

162. *Id.*, p. 464, sa note 16, où il mentionne :

Req. 12 déc. 1831, S. 1832-I-275; civ. 4 janv. 1847, D.P. 1847-I-134; civ. 29 août 1849, D.P. 1849-I-273; civ. 24 juin 1868, D.P. 1868-I-326; civ. 23 févr. 1869, D.P. 1869-I-196; Req. 20 mars 1894, jurisprudence Caen-Rouen, 1894, p. 291 et même Cass. com., 4 mai 1960, *Bull.*, 1960-III, p. 150, n° 163; trib. com. Béziers, 2 mars 1970, *Gaz. Pal.*, 1970-II-Jur. p. 215.

163. *Id.*, p. 465, sa note 17, où il mentionne :

Cass., 8 mai 1844, S. 1844-I-612; Cass. civ., 30 déc. 1874, D. 1876-I-25; Cour d'appel de la Guadeloupe, 21 mai 1855, confirmé par Cass., 17 mai 1858, D. 1858-I-212; Grenoble, 13 mars 1858, D. 1858-2-176; Grenoble, 28 janv. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884-2-203.

164. *Ibid.*

difficultés en ce qui a trait à sa qualification. À prime abord, une cession de créance constitue en effet une vente de créance, mais il faut stipulation et versement d'un prix pour qu'il y ait vente¹⁶⁵, et le contrat de cession de créance à titre de garantie n'en prévoyait alors comme aujourd'hui aucun. Aux yeux de la jurisprudence et de la doctrine, il était donc difficile d'y voir un contrat de vente¹⁶⁶. Pouvaient-elles y découvrir un contrat de dation en paiement ?

La cession de créance peut servir à réaliser une dation en paiement¹⁶⁷. Mais ce dernier contrat entraîne normalement paiement immédiat de la dette — et par conséquent extinction immédiate de l'obligation du cédant —, ce qui n'est pas le but poursuivi par les parties car la cession en pleine propriété à titre de garantie est destinée à couvrir le remboursement, au cessionnaire, des avances à être consenties au cédant¹⁶⁸. Par contre, et malgré la réticence de certains auteurs¹⁶⁹, on peut concevoir que la dation en paiement ait été conclue sous condition suspensive, soit à la condition de l'octroi d'avances par le cessionnaire¹⁷⁰, et que la cession de créance en pleine propriété dite consentie à titre de garantie soit en réalité faite à titre de dation en paiement :

C'est bien, en effet, de paiement qu'il s'agit. Certes, l'expression de cession à titre de garantie n'est pas fautive ; suivant l'expression des vieux arrêts, le but poursuivi est d'« assurer le paiement » (ou le remboursement) et de garantir [...] le remboursement de ses avances. Mais le terme de garantie n'est utilisé qu'avec son sens économique et financier. Il serait en tout cas inexact d'en conclure [...] que l'opération s'analyse en un nantissement. [...] La cession, dite à titre de garantie, est un procédé de paiement par cession de créance, sous réserve de la réalisation des conditions convenues.¹⁷¹

Le mérite de cette qualification ne suffisait cependant pas à rendre certaine la validité de ce contrat comme sûreté ou garantie, d'où le risque de le voir considéré comme un gage irrégulier¹⁷². Aussi une intervention du législateur était-elle souhaitable.

165. Voir, par exemple, Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 545.

166. Voir, par exemple, Michel VASSEUR, *supra*, note 45, p. 466, et les arrêts qu'il mentionne à sa note 26.

167. Henri Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 1, 6^e éd., par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1978, p. 1227, n° 1257.

168. Michel VASSEUR, *supra*, note 45, p. 467.

169. Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 544-545. En fait, le professeur Delvaux est d'accord avec le professeur Vasseur pour le cas étudié par celui-ci, soit la cession en vertu de la loi française de 1978, mais non dans les autres cas possibles.

170. Michel VASSEUR, *supra*, note 45, p. 467.

171. *Id.*, p. 467-468. Voir aussi, sur la qualification comme dation en paiement, André AGNEESSENS, *supra*, note 51, p. 294 à 309.

172. Marcel FONTAINE, « La transmission des obligations *de lege ferenda* », dans *Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, *supra*, note 35, p. 611 s., à la page 657.

2.2.2.2. Les interventions récentes du législateur

En France, la cession des créances en pleine propriété à titre de garantie est légalement reconnue depuis la *Loi n° 78-13 du 4 janvier 1978*¹⁷³. Mais elle ne l'est que de façon très restreinte car cette loi ne s'applique qu'aux cessions, consenties par les petites ou moyennes entreprises, de créances nées de commandes d'un montant supérieur à 100 000 francs à propos des marchés conclus avec l'État ou l'un de ses établissements publics à caractère administratif¹⁷⁴. En outre, seule la Caisse nationale des marchés de l'État peut être cessionnaire d'une telle créance¹⁷⁵ et elle n'avance au cédant que 90% de la somme due par le débiteur cédé, la différence de 10% étant destinée à constituer une marge de sécurité¹⁷⁶.

En admettant enfin le principe que des créances puissent être cédées en pleine propriété en même temps qu'à titre de garantie, le législateur laissait prévoir la possibilité d'en étendre l'application à plus ou moins brève échéance. Il la concrétisa à peine trois ans plus tard, avec l'adoption de la *Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises*¹⁷⁷, profondément remaniée par les articles 61 à 64 de la *Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*¹⁷⁸. Les articles 1^{er} et 1^{er}-1 de la *Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981* se lisent aujourd'hui comme suit :

1^{er}. Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale [...] ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance [...].

173. Son titre au long est : *Loi n° 78-13 du 4 janvier 1978 relative aux procédures d'intervention de la Caisse nationale des Marchés de l'État dans le paiement de certaines créances de petites et moyennes entreprises*. Elle est intégrée dans le *Code des Marchés publics*, qui n'est pas disponible à l'Université Laval : n'ayant pas pu consulter cette source première, nous avons dû prendre pour acquises et correctes les affirmations du professeur Michel VASSEUR, *supra*, note 45, sur la portée (et le titre !) de cette loi.

174. Michel VASSEUR, *supra*, note 45, p. 461.

175. *Id.*, p. 459, où l'auteur cite l'article 2, alinéa 2 de la loi.

176. *Id.*, p. 462-463.

177. Cette loi constitue la « deuxième suite » à laquelle le professeur Michel VASSEUR, *supra*, note 45, p. 468, avait fait allusion à la fin de son article. Nous en avons consulté le texte commenté du *Code de commerce* des Petits Codes Dalloz, 24^e éd., 1984-85, où il est inséré après l'article 189 du *Code de commerce*, p. 228 à 232.

178. Jacques HEMMELE et Ollivier VANGASSE, « Réflexions sur les apports de la loi du 24 janvier 1984, dite "loi bancaire", à la loi du 2 janvier 1981 et sur la cession à titre de garantie », *Banque*, mars 1984, p. 297; Michel CABRILLAC et Bernard TEYSSIE, « Chroniques de législation et de jurisprudence françaises », (1984) *Rev. trim. dr. com.* 307.

Peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés.

[...]

Le titre [bordereau] dans lequel une des mentions indiquées ci-dessus fait défaut ne vaut pas comme acte de cession ou de nantissement de créances professionnelles au sens de la présente loi.

1^{er}-1. Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée.¹⁷⁹

De l'alinéa 1 de l'article 1^{er}, il ressort clairement que tout commerçant peut céder en pleine propriété à titre de garantie toutes les créances reliées à l'exercice de sa profession¹⁸⁰, peu importe le montant de sa créance et le statut de personne publique ou privée de son débiteur, contrairement à l'entrepreneur qui se prévaut de la *Loi n° 78-13 du 4 janvier 1978* déjà citée. De même, l'alinéa 2 du même article rend encore plus explicite la possibilité de céder des créances futures.

Pour sa part, l'alinéa 1 de l'article 1^{er}-1 réduit au silence l'objection de la doctrine et de la jurisprudence voulant qu'une cession de créance ne puisse être une vente en l'absence de stipulation d'un prix¹⁸¹. Il enlève aussi beaucoup d'intérêt à la qualification comme contrat de dation en paiement sous condition suspensive, dans la mesure où cette qualification ne peut encore servir que dans les cas où la cession ne serait pas effectuée conformément à l'article 1^{er} de la loi¹⁸². Il dissipe, surtout, l'incertitude concernant la validité de la cession en pleine propriété à titre de garantie, en introduisant une disposition prévoyant spécifiquement cette nouvelle « sûreté »¹⁸³. Reste à voir, comme le craignent certains, si cette nouvelle sûreté constituera « une nouvelle étape dans la surenchère des garanties »¹⁸⁴.

Reconnue par la loi, la cession de créances en pleine propriété à titre de garantie constitue la meilleure garantie qu'un commerçant puisse consentir sur ses crédits¹⁸⁵. Elle risque ainsi de reléguer à l'arrière-plan le nantissement

179. *Supra*, note 177 et le texte correspondant.

180. Voir le *Code de commerce*, art. 1 : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Les créances dites « professionnelles » sont donc les créances commerciales.

181. *Supra*, note 165 et le texte correspondant.

182. Voir sur ce point le dernier alinéa de l'article 1^{er} de la *Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981*.

183. Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 546 à 549 ; Marcel FONTAINE, *supra*, note 172, p. 657.

184. Michel CABRILLAC et Bernard TEYSSIE, *supra*, note 178, p. 314.

185. Michel VASSEUR, *supra*, note 45, p. 460.

de créances¹⁸⁶. Elle permet surtout au contrat de « fiducie » de devenir à nouveau un contrat important en droit français. De l'avis du professeur Paul-Henry Delvaux en effet, il faut voir dans le contrat de cession de créances en pleine propriété à titre de garantie :

la résurgence de la « *fiducia cum creditore* » du droit romain, contrat réel et solennel réservé à certaines catégories de biens, les « *res Mancipi* », ancêtre du contrat de gage ; ce dernier ne devait disparaître et évincer complètement la fiducie qu'une fois admise la possibilité pour un débiteur de remettre une chose en garantie à son créancier sans en perdre la propriété.¹⁸⁷

Cette « résurgence », nous le verrons bientôt, s'est également produite en droit anglais.

2.3. La cession de créances en garantie dans le droit anglais

Au XII^e siècle, la cession de créances était également connue et admise en Angleterre¹⁸⁸. À cette époque, l'influence du droit français sur celui de ce pays se faisait d'ailleurs encore sentir¹⁸⁹. Plus tard, la juridiction des cours de common law et de celles d'*equity* — et le conflit qui en est résulté — a conféré un caractère très particulier au droit anglais. En ce qui concerne le droit de propriété par exemple, les juges de ces différentes cours en sont arrivés à le diviser en *legal property* et *equitable property*¹⁹⁰, une dissociation inconnue

186. *Ibid.* :

Cette sécurité, un nantissement de marché au profit de la Caisse ne pouvait la lui donner. Le nantissement, spécialement le nantissement de créance, est une médiocre sûreté ; son efficacité n'est ni certaine ni totale [...]. Cette sécurité ne pouvait venir que d'une cession de créance ; seule la propriété constitue l'arme absolue de sécurité.

Voir aussi Michel CABRILLAC et Bernard TEYSSIE, *supra*, note 178, p. 314.

187. Paul-Henry DELVAUX, *supra*, note 35, p. 540. Il ajoute à la même page :

Si les intérêts du débiteur et des tiers ont, à Rome, condamné à disparaître l'archaïque fiducie, c'est, aujourd'hui, par un curieux mouvement pendulaire, l'intérêt du créancier qui lui offre sa revanche.

188. Voir, par exemple, Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 95 :

The earliest English legal records of assignments of debts date back to the twelfth century and indicate that they were by and to Jews who at that time had a virtual monopoly on moneylending [...]. This period of royal patronage ended with the expulsion of the Jews from England at the end of the thirteenth century. Thereafter the royal judges adopted a hostile policy towards the assignment of choses in action and to this day the common law refuses to recognise them, excepting crown debts and by the law merchant, bills of exchange and promissory notes.

189. Dominique LEFEBVRE, *supra*, note 122, p. 10-11, 29 et 38.

190. Voir Eugène SCHAEFFER, « Le gage sans dépossession en droit comparé (allemand et anglais) », dans *Le gage commercial*, *supra*, note 149, p. 626 s., p. 632 ; Jean GAGNON, « Le

en droit civil. Sans aborder toutes les conséquences de cette division du droit de propriété ni même les grandes lignes de l'évolution juridique qui y a conduit, il convenait de rappeler cette particularité car elle se reflète aussi en matière de cession de créances où l'on distingue la *legal assignment* de l'*equitable assignment*.

Nous verrons ainsi, d'une part, que la cession de créances peut être *legal* ou *equitable*, et, d'autre part, qu'elle est alors *absolute* ou *by way of charge*¹⁹¹ selon le cas.

2.3.1. La cession peut être *legal* ou *equitable*

Les cours de common law ont longtemps refusé, pour diverses raisons, de reconnaître la validité des contrats de cession des *legal choses in action*¹⁹². Elles s'y sont opposées, notamment¹⁹³, pour le motif que cela favoriserait la

transfert de la propriété comme garantie des obligations en droit anglais et en droit civil », (1982) 13 *R.D.U.S.* 1. Pour une nouvelle approche en droit civil français, voir Charles GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 191 s.

Pour une brève illustration de la différence entre le droit français et le droit anglais, voir Henri PETITJEAN, *supra*, note 117, p. 25, sa note 45 :

[...] on pourrait dire que la propriété française se fractionne dans l'espace en petits morceaux juxtaposés [nue-propriété et usufruit : *usus, fructus* et *abusus*] tandis que la propriété anglaise se tronçonne dans le temps en segments de diverses longueurs.

191. On distingue parfois, à l'intérieur des cessions *equitable*, entre la *conditional assignment* et l'*assignment by way of charge*. Pour notre part, nous les assimilons pour les fins précises poursuivies ici, puisque selon *Halsbury's Laws of England*, vol. 6, 4^e éd., 1974, p. 18, n° 28, « these categories overlap, for an assignment by way of charge is commonly subject to the condition subsequent that it will determine when a debt owed by the assignor to the assignee is repaid ».

192. L'expression « droits d'action » a une portée plus restreinte que l'expression anglaise « *choses in action* » qui se trouve également dans le contrat-type de la B.N.E. en usage au Québec. En droit anglais, les *choses in action* constituent en effet les termes génériques pour désigner « all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical possession » : voir *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 2, n° 1. Jusqu'en 1873, ces « *choses* » étaient qualifiées selon leur mode de cession (p. 3, n° 4, note 2) ; depuis, elles le sont selon la procédure nécessaire pour en prendre possession (p. 3, n°s 4-5). Voir aussi Eugène SCHAEFFER, *supra*, note 190, p. 666-667, pour qui

Les « *legal choses in action* » sont des droits précis et certains tandis que les « *equitable choses in action* » sont des droits futurs conditionnels, des « *equitable interest* » tel que le droit à une chose future [...].

Pour notre part, nous estimons préférable d'utiliser l'expression anglaise, tout comme pour la désignation de la cession, de façon à éviter toute erreur.

193. Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 96-97, qui en énumère et analyse quatre.

multiplication des poursuites judiciaires — une objection qui fut contrée d'abord par l'exigence d'une « dette pré-existante » puis celle d'une « considération valable »¹⁹⁴ — et pour le motif qu'une créance revêtait un caractère trop personnel pour être cessible¹⁹⁵. En adoptant une attitude aussi hostile à l'égard de ce genre de contrat, ces cours forçaient les personnes intéressées à céder leurs créances à y parvenir en procédant à des opérations produisant le même résultat.

Ainsi, certaines personnes ont eu recours à deux moyens déjà utilisés en droit romain, soit la novation et, surtout l'équivalent de la *procuratio in rem suam*¹⁹⁶, le *power of attorney*¹⁹⁷. Par ce dernier procédé, le cédant conférait au cessionnaire soit le pouvoir de recouvrer les créances comme un mandataire avec l'obligation de lui rendre compte, soit celui de recouvrer et de conserver les sommes recouvrées sans reddition de compte¹⁹⁸. Une telle stipulation présentait une importance et une utilité réelles car sans elle le cessionnaire ne pouvait pas poursuivre le débiteur, en common law, autrement qu'en intentant la poursuite en employant le nom du cédant. C'était là une source d'ennuis car le cédant refusait à l'occasion qu'une action en justice soit prise en son nom, ce qui obligeait le cessionnaire à demander à la cour d'*equity* une ordonnance pour joindre le cédant à la poursuite entamée contre le débiteur¹⁹⁹. Jusqu'à ce moment-là, en effet, une *chose in action*

194. *Id.*, p. 96, et les arrêts cités. Voir par ailleurs René DAVID, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd. par David PUGSLEY, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 287 :

Le problème s'est posé de savoir si, dans les rapports entre cédant et cessionnaire, la cession de créance demandait, pour être valable, le support d'une *valuable consideration*. L'institution s'est développée à l'origine dans le cadre de l'*equity*, qui ignore cette exigence ; l'on est porté pour cette raison à donner effet à la cession de créance, même si toute considération est absente [...].

195. Peter M. BISCOE, *supra*, note 193, p. 96, qui, soulignant que cette objection était reliée à la possibilité d'emprisonner les débiteurs, a observé que l'abolition de cette peine par la *Debtors Act 1869*, (U.K.) 1869, ch. 62, a été suivie moins de cinq ans plus tard par la loi de 1873 rendant possible la cession de créances en *common law*.

196. Dominique LEFEBVRE, *supra*, note 122, p. 43. Voir aussi *supra*, note 127 et le texte correspondant.

197. Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 97. Sur le *power of attorney*, voir *Halsbury's Laws of England*, vol. 1, 4^e éd., 1973, p. 429, n^{os} 717-718, p. 438 s., n^{os} 730 s. ; *Halsbury's Statutes of England*, vol. 1, 4^e éd., 1985, p. 63-68, n^{os} 1 à 11.

198. Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 97.

199. *Id.*, p. 97-98.

pouvait être cédée seulement en *equity*²⁰⁰ et si elle était « connected with property »²⁰¹.

L'adoption du paragraphe 6 de l'article 25 de la *Supreme Court of Judicature Act 1873* mit un terme à cette situation insoutenable pour les cessionnaires en reconnaissant la validité des cessions de créances en common law :

25(6). Any absolute assignment by writing under the hand of the assignor (not purporting to be by way of charge only) of any debt or other legal chose in action, of which express notice in writing shall have been given to the debtor [...] shall be, and be deemed to have been effectual in law [...], to pass and transfer the legal right to such debt or chose in action from the date of such notice, and all legal and other remedies for the same [...] without the concurrence of the assignor [...].²⁰²

Ce paragraphe et son successeur, le paragraphe 1 de l'article 136 de la *Law of Property Act 1925*²⁰³, n'admettaient cependant ainsi comme *legal assignment*, comme cession contractuelle de créances reconnue par la loi (*effectual in law*), que celle qui remplissait les conditions indiquées. Il ne rendait toutefois pas nulle la cession que les parties veulent *legal* mais qui ne rencontre pas l'une des exigences : en effet, une telle cession demeure valable comme *equitable assignment*, la loi de 1873 puis celle de 1925 n'ayant pas fait disparaître cette forme de cession²⁰⁴.

Ainsi, une cession de créance doit respecter les trois conditions suivantes pour constituer une *legal assignment*²⁰⁵ :

- être *absolute* et *not purporting to be by way of charge only* ;
- être constatée par un écrit signé par le cédant ;
- être signifiée par écrit au débiteur cédé.

200. Par exception, elle pouvait être cédée en *common law* dans trois cas : voir *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 8, n° 10 :

1) in the case of certain particular choses in action, by an assignment in accordance with the provisions of special statutory enactments [...] 2) in the case of certain negotiable instruments, by delivery of the documents under the law merchant, or 3) in the case of a transfer by or to the Crown, under the special privileges the law allows in such a case.

201. *Halsbury's Statutes of England*, vol. 25, 3^e éd., 1970, p. 23 ; *Ellis c. Torrington*, (1920) 1 K.B. 399 (C.A.).

202. (U.K.) 1873, ch. 66.

203. (U.K.) 1925, ch. 20.

204. Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 103 ; Eugène SCHAEFFER, *supra*, note 190, p. 669, n° 117.

205. Le fait que la loi exige qu'il s'agisse de « other legal choses in action » n'a pas été jugé constituer une condition supplémentaire par la doctrine et la jurisprudence, qui considèrent que l'expression doit être interprétée de façon large, à la condition que les créances soient actuelles et entières : voir, par exemple, Eugène SCHAEFFER, *supra*, note 204, p. 668,

Soulignons que les deuxième et troisième conditions ont suscité très peu de difficultés d'interprétation²⁰⁶. Quant à la première par contre, la jurisprudence et la doctrine en ont traité tellement de fois que nous devons l'aborder de façon distincte.

2.3.2. La cession peut être *absolute* ou *by way of charge only*

Les lois anglaises de 1873 et 1925 ne précisait pas ce qu'il fallait entendre par « *absolute assignment* », de telle sorte qu'il faut donner à cette expression son sens ordinaire. Or, selon une définition communément admise :

An absolute assignment is one by which the entire interest of the assignor in the chose in action is for the time being transferred unconditionally, to the assignee and placed completely under his control.²⁰⁷

Ainsi, la vente pure et simple se présente tout de suite comme un cas de cession « *absolute* »²⁰⁸. Le « *mortgage* » en est un autre, bien qu'à première vue il puisse paraître exclu de la définition. En effet, « a mortgage is a disposition of property as security for a debt. It may be effected [...] by a charge [...] for securing money or money's worth, the security being redeemable on repayment or discharge of the debt or other obligation »²⁰⁹. Contrairement à un contrat où le débiteur concède une « *charge only* » sur ses biens, le *mortgage* permet au cédant (*mortgagor*) de transférer tout son droit de propriété au cessionnaire (*mortgagee*), sur le bien cédé, et le fait que le contrat comporte un droit de rachat ou de réméré (*redemption*) n'enlève pas à la cession effectuée son caractère « *absolute* »²¹⁰.

L'on ne saurait donc confondre le *mortgage* avec la vente conditionnelle de droit civil²¹¹ : même s'il constitue une cession du droit de propriété à titre

n° 114; *Chitty on Contracts*, vol. 1 *General Principles*, 24^e éd., A.G. GUEST gen. ed., London, Sweet and Maxwell, 1977, p. 540-541, n° 1154; M.P. FURMSTON et A.W.B. SIMPSON, *Cheshire & Fifoot's Law of Contract*, 10^e éd., London, Butterworths, 1981, p. 460-461.

206. *Chitty on Contracts*, *supra*, note 205, p. 542 à 544, nos 1156 à 1158, p. 551, n° 1168; M.P. FURMSTON et A.W.B. SIMPSON, *supra*, note 205, p. 461 à 464; Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 100 à 102.

207. M.P. FURMSTON et A.W.B. SIMPSON, *supra*, note 205, p. 457.

208. Voir, par exemple, Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 89.

209. *Halsbury's Laws of England*, vol. 32, 4^e éd., 1980, p. 187, n° 401.

210. *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 12, n° 16; Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 89; M.P. FURMSTON et A.W.B. SIMPSON, *supra*, note 205, p. 457.

211. Voir, sur ce point, Louis PAYETTE, *supra*, note 39, p. 290 à 292; Eugène SCHAEFFER, *supra*, note 190, p. 634, nos 20-21.

de garantie, le *mortgage* est une *absolute assignment* et non une *conditional assignment*²¹². Cette dernière est un contrat, en effet, « which is to become operative or to cease to be operative upon the happening of an uncertain event »²¹³. Par ailleurs, le fait que le *mortgage* soit une cession à titre de garantie (*as security*) n'en fait pas pour autant une cession *purported to be by way of charge only* au sens de la loi car :

An assignment by way of charge is one which merely entitles the assignee to payment out of a particular fund and which, unlike the case of a mortgage, does not transfer the fund to him.²¹⁴

Toutefois, la vente pure et simple, le *mortgage* ou une forme de cession de créances « *by way of security* »²¹⁵ ne produisent pas nécessairement une *absolute assignment* au sens de la loi. Pour ce faire, il faut aussi que ces contrats prévoient la cession de créances entières et actuelles²¹⁶. D'une part, la loi ne permet pas que les créances soient cédées partiellement parce que le terme « *absolute* » doit être interprété, comme le souligne Eugène Schaeffer²¹⁷, « comme signifiant que le droit transféré devait l'être absolument, c'est-à-dire globalement »²¹⁸. D'autre part, la doctrine et la jurisprudence considèrent que des créances futures, *e.g.* des créances résultant de contrats qui

212. Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 99-100; *Durham Brothers c. Robertson*, [1898] 1 Q.B. 765 (C.A.).

213. M.P. FURMSTON et A.W.B. SIMPSON, *supra*, note 205, p. 458.

214. *Ibid.* ; voir aussi *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 12, n° 16; Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 89-90, 99-100; *Hughes c. Pump House Hotel Company Limited*, (1902) 2 K.B. 190 (C.A.); *Mercantile Bank of London Limited c. Evans*, [1899] 2 Q.B. 613 (C.A.).

215. *Halsbury's Laws of England*, *ibid.* :

The fact that the assignment is expressed to be by way of security is not by itself sufficient to make it purport to be by way of charge only, but such an expression coupled with other circumstances may have that effect. [...] where there is an assignment of a debt, absolute in form but in fact made by way of security, it will be within the Act, although an equitable right to reassignment on redemption will be implied.

216. *Id.*, p. 10, nos 13-14, p. 19, n° 29; voir aussi, par exemple, Eugène SCHAEFFER, *supra*, note 190, p. 634, n° 20; Peter M. BISCOE, *supra*, note 114, p. 100.

217. Eugène SCHAEFFER, *supra*, note 190, p. 669, n° 116.

218. Le résultat auquel arrive Schaeffer est vrai — seules les créances entières peuvent faire l'objet d'une *absolute assignment* — mais son explication laisse perplexe. Par définition, l'*absolute assignment* confère « the entire interest » du cédant, ce qui vise à notre avis l'étendue du droit conféré et non le caractère entier ou fractionné (partiel) du bien sur lequel porte le droit (*entire interest*) conféré. Pour leur part, les auteurs anglais consultés ne se sont pas attardés à l'explication de ce point.

n'existent pas encore, ne peuvent pas faire l'objet d'une *absolute assignment*²¹⁹. Néanmoins, elles considèrent que :

sums which are certain to become payable in the future under an existing contract or other legal obligation are not treated for this purpose as future choses in action, but as existing choses in action. So, for instance, a loan repayable at a fixed future date, or rent payable in the future under an existing lease [...].²²⁰

Par ailleurs, même si elle n'est pas valide comme *absolute assignment* au sens de la loi, une cession de parties de créances n'est pas nulle pour autant : elle demeure valable comme *equitable assignment*²²¹. La cession de créances futures semble cependant impossible même en *equity*²²² : ainsi, un contrat qui viserait à la cession de telles créances serait tout au plus un *agreement to assign*²²³, valable en *equity* à compter du moment où les créances existent, si celles-ci appartiennent alors au cédant et que ce dernier reçoit une « considération valable » de la part du cessionnaire²²⁴.

Ainsi délimitée, l'*absolute assignment* à laquelle la loi réfère se présente comme une forme de cession de créances sujette à de nombreuses exigences, qui en restreignent l'utilisation à la vente et au *mortgage* des créances actuelles et entières. Certes, elle peut parfois comprendre aussi une cession « à titre de garantie » (« *by way of security* ») car l'emploi d'une telle expression n'équivaut pas à celle de « *by way of charge only* », à moins que le contraire ne résulte de l'ensemble des clauses du contrat²²⁵. Par ailleurs, il est plutôt rare qu'un cessionnaire accepte une « *charge only* », qu'elle soit « fixe » ou « flottante »²²⁶, en raison de ses avantages minimes si on la compare avec le *mortgage*²²⁷.

219. Voir, par exemple, *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 10, n° 14 ; *Chitty on Contracts*, *supra*, note 205, p. 547, n° 1163.

220. *Chitty on Contracts*, *ibid.* Voir aussi *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 20-21, n°s 32-33.

221. Voir, par exemple, *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 19, n° 29.

222. *Id.*, p. 20, n° 32. Voir aussi *Chitty on Contracts*, *supra*, note 205, p. 540, n° 1154.

223. Voir, par exemple, *Chitty on Contracts*, *supra*, note 205, p. 547, n° 1163 ; P.M. FURMSTON et A.W.B. SIMPSON, *supra*, note 205, p. 464.

224. Voir, par exemple, *Chitty on Contracts*, *supra*, note 205, p. 540, n° 1154 003 ; P.M. FURMSTON et A.W.B. SIMPSON, *ibid.* ; *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 20, n° 32.

225. *Halsbury's Laws of England*, *supra*, note 191, p. 12, n° 16.

226. Comme c'était le cas en droit français et comme l'a suggéré Schaeffer, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de voir en détail chacune de ces formes de garantie du droit anglais. Sur la « charge flottante » en droit québécois, cependant, voir LOUIS PAYETTE, « La charge flottante », (1976) *Meredith Memorial Lectures* 43 ; Yvon RENAUD, *supra*, note 95, p. 208 s.

Enfin, que l'*absolute assignment* soit un *mortgage* ou une *assignment by way of security*, elle correspond à la *fiducia* du droit romain :

D'ailleurs toutes ces cessions de droit à titre de garantie, tout comme les ventes à titre de garantie, ne renferment plus de clause relative au retransfert, cette clause y étant sous-entendue. Ces contrats sont donc devenus de véritables conventions fiduciaires comparables à la *fiducie* romaine [...].

En accusant les traits distinctifs entre « choses in action » et « in possession » on pourrait dire que deux constructions s'opposent : pour les « personal chattels » on serait en présence d'une vente sous condition tacite avec des droits réels du débiteur quant au retransfert de la propriété, pour les « choses in action », une *fiducie* du type romain ne donnant au débiteur qu'un droit personnel.²²⁸

Il nous faut alors en déduire que le droit anglais, depuis l'adoption de la *Supreme Court of Judicature Act 1873* reconnaissant la validité de l'*absolute assignment* des *choses in action*, reconnaît au moins implicitement la validité du contrat de *fiducia* des créances.

Conclusion de la deuxième partie

Ainsi, une loi française de 1981 et une loi anglaise de 1873 reconnaissent toutes deux la cession de créances en pleine propriété à titre de garantie. La première l'énonce expressément et en admet la validité même pour les créances futures. La seconde ne la reconnaît que tacitement et qu'à l'égard de la cession de créances actuelles et entières. Dans les deux cas, une loi fut adoptée pour dissiper les doutes et l'incertitude des juges appelés à se prononcer sur la validité et les effets de ces contrats de cession de créances utilisés par des citoyens, des commerçants surtout, pour répondre à leurs besoins de financement. Et dans les deux cas, la doctrine décèle dans ces contrats de garantie une ressemblance avec la *fiducia* du droit romain.

Voir, par ailleurs, *Halsbury's Encyclopaedia of Forms and Precedents*, vol. 2, 4^e éd., 1964, *Banking Documents*, p. 766, n° 2 :

The banker [...] may require special security, normally by way of mortgage, whether legal or equitable, by way of assignment, pledge or hypothecation or guarantee. Each form of charge or guarantee contains an undertaking by the customer or guarantor to repay on demand.

227. *Halsbury's Encyclopaedia of Forms and Precedents*, *supra*, note 226, p. 790 s., 823, 859, 878, 889 s. ; voir aussi le vol. 4, 4^e éd., 1965, *Choses in Action*, pour des modèles de cession *absolute for value* (voir p. 564, n° 2), et le vol. 14, 4^e éd., 1967, *Mortgages*, pour des modèles de contrats de *mortgage* sur des créances.

228. Eugène SCHAEFFER, *supra*, note 190, p. 634, n°s 20-21.

Conclusion générale

L'analyse des différentes qualifications proposées chez nous comme à l'étranger démontre que le commerçant peut céder et de fait cède en garantie son droit de propriété sur ses créances. Il y procède par une « cession en pleine propriété à titre de garantie » en France, par une « *absolute assignment* » ou « *mortgage* » en Angleterre, et par un « nantissement » ou une « vente conditionnelle » au Québec.

Sous ces diverses désignations se cache cependant un contrat de même nature : la *fiducia cum creditore*. Institution du droit romain, ce contrat est à l'origine du contrat de transfert fiduciaire en droit français et en droit anglais. C'est une forme de vente fictive, ce qui explique pourquoi elle est au Québec qualifiée, à défaut de mieux, de « vente conditionnelle ».

Cette unité de nature, dissimulée sous des appellations différentes, correspond à une identité de finalité. En effet, ces contrats possèdent en commun d'être des « cessions de créances à titre de garantie » : peut-on alors s'étonner que nous suggérions maintenant de leur attribuer un même nom ? Certainement pas. Il est cependant inévitable de s'interroger dès lors sur le nom qui convient le plus à ce contrat en droit québécois.

La présence des *choses in action* parmi les « créances » cédées témoigne de l'influence du droit anglais en la matière. Mais pour conserver et préserver le concept de « droit de propriété » de notre droit civil, il semble préférable d'écarter la qualification comme « *mortgage* ». Adopter l'expression française pourrait être une solution acceptable, à cet égard, puisque le concept de droit de propriété est le même. Encore une fois cependant, on peut se demander s'il n'est pas convenable de dire plutôt « vente à titre de garantie », pour éviter l'emploi du terme « cession ». Par ailleurs, choisir l'expression « vente conditionnelle » paraît tout à fait inapproprié pour décrire la vraie nature du contrat de cession en garantie des créances. Enfin, la qualification comme contrat de fiducie ne serait pas non plus sans danger : comme nous l'avons vu en droit français, l'absence au *Code civil* d'un article concernant le *contrat* de transfert fiduciaire ne permet pas d'employer le terme « *fiducie* » pour qualifier le contrat de cession de créances en garantie²²⁹, car cela aurait pour effet d'introduire une nouvelle sûreté. De plus, la fiducie est un terme générique²³⁰ utilisé pour décrire plusieurs institutions et relations contractuelles, de telle sorte que l'expression « fiducie de créances » serait tout aussi vague que celle de « cession de créances en garantie ».

229. *Supra*, les notes 160 et 172 ainsi que le texte correspondant.

230. Henri PETITJEAN, *supra*, note 117, p. 26, n° 44 ; O.R.C.C., *supra*, note 28, vol. 2, tome 1, p. 379-380.

À cet égard l'O.R.C.C. a proposé d'introduire au *Code civil* le contrat de fiducie et, comme unique contrat de garantie, l'hypothèque. Cependant, le contrat d'hypothèque de créances ne correspond pas entièrement avec les contrats usuels de cession générale de créances commerciales. Pour qualifier ceux-ci, par conséquent, il faudra continuer d'analyser chacune de leurs clauses et ne pas prendre pour acquis que la qualification énoncée dans un arrêt ou par un auteur s'applique nécessairement dans tous les cas. Il semble bien que ce soit là, en définitive, la seule façon de déterminer adéquatement la nature du contrat par lequel un commerçant procède, à titre de garantie, à une « cession de créances ».