

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Arrêt *Val-Brillant*: évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois ?*

Pierre CIOTOLA** et Antoine LEDUC***

Résumé

En rendant sa décision dans l'arrêt Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin, [2003] 1 R.C.S. 666, la Cour suprême du Canada n'a pas, contrairement à la croyance générale, définitivement réglé le débat entourant la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession du Code civil du Québec, en rapport avec les titres de créances non négociables. Au contraire, cet arrêt soulève plus

Abstract

Contrary to popular belief, the recent ruling by the Supreme Court of Canada in Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin, [2003] 1 S.C.R. 666 has not settled the debate concerning the scope and validity of a movable hypothec with delivery on a claim not represented by negotiable instrument under the Civil Code of Québec. Indeed, this decision raises more questions than

* La recherche est à jour au 23 décembre 2004. Cette étude a également été publiée dans les *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006. Nous tenons à remercier sincèrement les responsables des Mélanges Frenette d'avoir ainsi autorisé cette autre publication. Des remerciements s'adressent également à M^e Benoît Lavigne, alors stagiaire en droit, pour son aide précieuse dans la vérification des notes infrapaginales. Toute erreur ou omission est toutefois la seule responsabilité des co-auteurs, qui s'expriment ici à titre personnel, sans engager la responsabilité des institutions pour lesquelles ils œuvrent.

** Notaire et docteur en droit, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du Notariat.

*** B.C.L./LL.B. (McGill), LL.M. (Montréal), avocat, associé du cabinet Heenan Blaikie s.e.n.c.r.l., s.r.l. (Montréal), candidat au doctorat en droit et chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI).

de questionnements qu'il n'apporte de solutions; l'analyse du tribunal s'arrête, en fait, là où commencent les difficultés.

Ainsi, le présent article a pour objectif de démontrer que si la dépossession peut conserver une place, en certains cas particuliers, comme mécanisme de constitution d'une sûreté mobilière, voire même comme mécanisme de publicité, elle n'a toutefois plus sa raison d'être en tant que mécanisme de publicité dans la grande majorité des cas. De plus, une réflexion est amorcée en ces pages sur le rôle des tribunaux dans l'interprétation du message législatif, en droit civil, et sur l'impact d'une approche téléologique extensive eu égard à la cohésion et à la cohérence de la véritable réforme du droit, c'est-à-dire celle émanant du législateur.

Tout en s'attardant à illustrer les limites et les failles du jugement rendu par la majorité dans l'arrêt Val-Brillant, particulièrement à l'aune du concept de «dépossession», les auteurs retracent les fondements de cette notion en matière de constitution et de publication de l'hypothèque mobilière avec dépossession ou gage du droit civil québécois, remontant aux sources de la tradition civiliste en ce domaine, les comparant aussi aux avancées nord-américaines et internationales.

En second lieu, une analyse des modalités relatives à l'exercice des droits hypothécaires et des prérogatives conférées à cette sûreté, notamment en matière de rang, permet de constater que le gage du nouveau Code civil du Québec s'éloigne considérablement du gage de la tradition civiliste: il s'agit bien, désormais,

it answers; the Court's analysis ends where the difficulties arise.

This paper aims to demonstrate that, even if possession or control can still be considered as a way of creating a hypothec or pledge in certain situations, it should nevertheless be discouraged as an effective means of publication of rights in the majority of cases. Moreover, the authors put forth a critique of the Courts' role in interpreting legislation under the Civil Law tradition, and conduct an assessment of the impact of an overly liberal functional approach by the Courts on the coherence and cohesiveness of genuine law reform, i.e., reform deriving from the legislative process.

Intending to illustrate the flaws and limitations of the majority ruling in Val-Brillant, particularly with respect to the notion of "possession" or "control", the authors first explore the foundations of "possession" or "control" as a means of creation and of perfection of a hypothec with delivery or pledge under Quebec Civil Law, going back to traditional Civil Law sources in this field, and undertaking a comparative analysis of recent developments in North America and on the international scene.

Secondly, an analysis of the hypothecary recourses and of the prerogatives associated with the pledge under the Civil Code of Québec, notably with respect to its ranking, suggests that the pledge is markedly different than the traditional Civil Law pledge. This security device has effectively become a hypothec; constructive or fictitious delivery of the pledged property, especially with respect to incorporeal (i.e. intangible) property, is no longer suitable

d'une hypothèque, et non plus d'un gage au sens propre, le nouveau droit ne s'accommodant plus, dorénavant, du mécanisme de la « dépossession fictive » en matière de sûreté grevant des biens incorporels, ayant fait place à la publicité par voie d'inscription au moyen d'un registre moderne, informatisé, uniforme et centralisé, existant pour le bénéfice de l'ensemble des justiciables vivant en sol québécois.

En dernière partie d'analyse, les auteurs soutiennent qu'une réforme législative en matière de mécanismes de publicité des droits et de sûretés s'avère nécessaire. Tout en déplorant le nihilisme du législateur québécois ces dernières années en ces domaines, ils suggèrent, notamment, de clairement circonscrire la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession aux seuls biens corporels et titres négociables, à défaut d'abroger purement et simplement ce mécanisme, et de permettre un accès universel à l'hypothèque mobilière sans dépossession à tout type de constituant. Ces pistes de réflexion pourraient s'avérer utiles non seulement pour la réforme du droit québécois, mais également dans le cadre des projets de réformes ou d'harmonisation du droit des sûretés mobilières à l'échelle internationale.

under the law, with perfection now being achieved via a modern, public, uniform, centralized and computerized registry system, for the benefit of all the citizens living throughout Québec.

In the end, the authors find it deplorable that the Québec Legislator has chosen to ignore the needs for reform of the law of security over the last decade, and they conclude that legislative reform is absolutely necessary, particularly in respect of mechanisms for perfection. The movable hypothec with delivery, if not completely repealed and abrogated, should at least be clearly restricted to corporeal property and negotiable instruments, and every person or entity should have full access to the use of a movable hypothec without delivery. The authors' proposals could prove useful not only in the context of Québec law reform, but also in the context of international harmonization projects in respect of the law governing secured transactions.

Plan de l'article

Introduction	11
I. Modalités relatives à la constitution et à la publication de l'hypothèque mobilière avec dépossession	15
A. Le constituant de l'hypothèque mobilière avec dépossession	15
B. La « dépossession » comme mécanisme de constitution et de publicité de l'hypothèque mobilière avec dépossession	19
1. Notion, nature et fonction de la « dépossession ».....	21
2. La « remise » du bien ou du titre : constitution de la sûreté.....	22
a. Généralités.....	23
b. De la remise d'un bien meuble incorporel ou d'un titre non négociable	24
i. <i>De la dépossession fictive sous l'empire du Code civil du Bas Canada</i>	25
ii. <i>De la dépossession fictive sous l'empire du Code civil du Québec</i>	26
iii. <i>Des titres non négociables qui ne constituent pas des créances</i>	30
iv. <i>De la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit</i>	32
3. La « détention » paisible et continue du bien ou du titre : publicité de la sûreté	35
4. La problématique des règles de conflits de lois.....	36

II. Modalités relatives à l'exercice des droits (ou recours) hypothécaires et rang de l'hypothèque mobilière avec dépossession	40
A. Les prérogatives conférées aux gages de l'ancien droit (C.c.B.C.).....	40
1. Droit de rétention et privilège	40
2. Droit de revendication.....	41
B. Les prérogatives conférées à l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau droit (C.c.Q.).....	42
1. Portée de la dépossession et de la notion de « gage »	42
a. Juxtaposition du gage traditionnel et de l'hypothèque immobilière de l'ancien droit (C.c.B.C.)	43
b. Juxtaposition du gage traditionnel, du nouveau gage et de l'hypothèque mobilière du nouveau droit (C.c.Q.)	44
i. <i>Effets amoindris de la dépossession</i>	44
ii. <i>Perte du caractère réel et public du nouveau gage</i>	45
iii. <i>Le gage de l'arrêt Val-Brillant : retour à la cession de créance en garantie?</i>	46
2. Exercice des droits hypothécaires et autres prérogatives en matière d'hypothèque de créance	51
a. Droits hypothécaires et perception des créances	51
b. Paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession	57
III. Nécessité d'une nouvelle réforme législative en matière de mécanismes de publicité des droits	60
Conclusion	69

L'avènement du *Code civil du Québec*¹ a transformé le régime hypothécaire sous au moins deux volets. Sous le *Code civil du Bas Canada*², l'hypothèque mobilière n'était pas admise³ et son simulacre, les nantissements sans dépossession, tel le nantissement commercial, agricole ou forestier, étaient parfois qualifiés d'hypothèque mobilière par un désir apparent de modernisme⁴. Sous le nouveau Code civil, d'entrée de jeu, l'hypothèque est présentée comme un droit réel sur un meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation⁵. Voilà d'ores et déjà une première transformation significative : l'hypothèque, comme sûreté, peut affecter un bien, autant meuble qu'immeuble. Sous le *Code civil du Bas Canada*, le gage, sûreté mobilière exclusive, était en principe avec dépossession. L'absence de dépossession n'est survenue que tardivement par la reconnaissance de nantissements, d'abord agricole et, par la suite, commercial : l'absence de dépossession pour une sûreté mobilière se révélait, initialement, exceptionnelle. Il en était autrement dans le domaine hypothécaire, réservé aux immeubles : le constituant conservait la possession de l'immeuble hypothéqué mais, exceptionnellement, le législateur admettait la dépossession dans le contrat d'antichrèse⁶. Sous le nouveau Code civil, l'hypothèque peut être sans dépossession, ce qui devient la règle ; la dépossession n'est mentionnée, à titre exceptionnel, que pour l'hypothèque mobilière : bien malencontreusement, en ce cas, la sûreté peut être appelée « gage ».

La réforme du droit des sûretés impliqua une réforme majeure des règles de publicité qui prévalaient sous l'ancien droit⁷. D'une multiplicité de registres étalés partout sur le territoire québécois et

¹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après le « Code civil » ou « C.c.Q. »).

² L.C. 1865, c. 41 (ci-après « C.c.B.C. » ou l'« ancien Code »).

³ Art. 2022 C.c.B.C. : « Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, sauf les dispositions contenues aux titres : *Des Bâtiments Marchands* et *Du Prêt à la Grosse* ».

⁴ Yvan DESJARDINS, « Du nantissement commercial à l'hypothèque mobilière », (1968-1969) 71 *R. du N.* 87.

⁵ Art. 2660 C.c.Q.

⁶ Art. 1967 C.c.B.C.

⁷ Voir, notamment : Lise CADORET, « RDPRM : de plus en plus connu », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 161, *Développements récents en droit civil (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 55, aux pages 59-62 ; Lise CADORET et Nicole PAGÉ, « RDPRM, facile comme 2 + 2 = 4 ! », (2001) 1 *C.P. du N.* 93.

s'appliquant à diverses formes de sûretés mobilières sans dépossession aux règles tout aussi diverses, la création du *Registre des droits personnels et réels mobiliers*, un registre unique, centralisé et informatisé, permettrait enfin la simplification et l'uniformisation tant souhaitée des règles de constitution et de publicité des sûretés mobilières sans dépossession, ainsi que l'édification d'un ordre de priorité cohérent entre les créanciers, idéal autrefois pratiquement impossible avant l'apparition des nouvelles avancées technologiques et progrès informatiques⁸.

L'objectif du présent texte consiste à démontrer que si la dépossession peut conserver une place, en certains cas particuliers, comme mécanisme de constitution d'une sûreté mobilière, voire même comme mécanisme de publicité, elle n'a toutefois plus sa raison d'être en tant que mécanisme de publicité dans la grande majorité des cas. Hormis les cas particuliers des biens corporels et des titres négociables, tout mécanisme de dépossession fictive de biens incorporels n'accomplit jamais parfaitement sa fonction privative permettant de rendre publique l'hypothèque avec dépossession ainsi constituée. Le mécanisme de la dépossession sape l'efficacité et l'intégrité d'un régime de publicité fonctionnant sur le principe de l'inscription de droits à un registre informatisé, unique, centralisé et accessible à tous. Il favorise l'occultisme. Il permet, dans les faits, la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession déguisée, contournant les règles d'inscription au registre.

⁸ Le professeur Yves Caron, de regrettée mémoire, avait déjà l'occasion de s'exprimer comme suit, dès 1969 :

Il n'est pas erroné de dire que sans les difficultés résultant de l'identification des biens meubles et celles d'en suivre les déplacements ou ceux de leurs possesseurs, l'hypothèque mobilière aurait déjà été définitivement acquise il y a bien longtemps. [...] [La] difficulté majeure est [donc] celle de l'identité des biens meubles et de la publicité des contrats qui les affectent. C'est là la justification historique de la prohibition des hypothèques mobilières. [...] Le système de publicité et d'enregistrement est [par conséquent] la clef de voûte d'une loi sur les garanties réelles, et en particulier sur les garanties réelles mobilières.

Voir : Yves CARON, « L'article 9 du Code uniforme de commerce peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois », dans Jacob S. ZIEGEL et William F. FOSTER (dir.), *Aspects of Comparative Commercial Law: Sales, Consumer Credit, and Secured Transactions*, Montréal, Eugène Doucet, 1969, p. 374, aux pages 381 et 390.

La décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'arrêt *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*⁹ nous donne l'occasion de réfléchir à ces problématiques. La question à laquelle la Cour suprême tenta de répondre, dans cet arrêt, est posée clairement et brièvement par la juge Deschamps : « [u]n titre non négociable peut-il faire l'objet d'un gage sous le Code civil du Québec ? » Un certificat de dépôt constitue-t-il un titre qui puisse faire l'objet d'une hypothèque mobilière avec dépossession¹⁰ ? La majorité répondit par l'affirmative, avalisant ainsi la thèse dite de la « dématérialisation » du gage. Cette interprétation de la Cour suprême du Canada n'est probablement pas définitive, d'une part compte tenu de l'importante dissidence exprimée par la juge Deschamps, qui reflète un fort courant jurisprudentiel et doctrinal¹¹ ; d'autre part, compte tenu du fait que les précédents n'ont qu'une autorité persuasive en droit civil, c'est-à-dire reposant sur la qualité de leurs motifs¹². Les conclusions que l'on peut tirer de cette décision soulèvent plus de questionnements que de certitudes, comme nous le verrons dans cet article. Pour ces raisons, nous espérons que cette approche ne sera pas suivie, et que le législateur procédera rapidement aux réformes qui s'imposent¹³.

⁹ *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666, 2003 CSC 31 (ci-après cité : « *Val-Brillant* »). Dans le présent article, référence sera faite aux jugements respectifs du juge Gonthier (s'exprimant pour la majorité) et de la juge Deschamps (s'exprimant pour la minorité), dans cette affaire, sous les seuls noms de l'arrêt et du juge, suivis de la mention « précité », des numéros de pages et de paragraphes du jugement concernés.

¹⁰ Voir : *Val-Brillant*, précité, note 9, 692 et 696, par. 33 et 49 (j. Deschamps).

¹¹ Voir les autorités citées, *infra*, note 29.

¹² Voir le commentaire d'Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 259, en particulier aux pages 260, 263, 270, 271, 275, 284 et 285 ; voir aussi : Adjutor RIVARD, *Manuel de la Cour d'appel*, Montréal, Éditions Variétés, 1941, p. 55 : « [l]es précédents ne valent que ce que valent leurs motifs ». Nous constatons qu'aujourd'hui, cet enseignement, pourtant toujours d'actualité, semble malheureusement tomber en désuétude. En effet, on semble admettre, de façon générale et sans discussion, l'analyse de la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant*. Par exemple, voir : Denise PRATTE, « Titre IV. Les priorités et les hypothèques », dans *Collection de droit 2004-2005 : Contrats, sûretés et publicité des droits*, vol. 6, École du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 109, aux pages 132 et 133. Notons que Mme Pratte avait autrefois pris position en sens contraire. Voir : Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1995, n° 244-248 p. 112-114 [ci-après cité : *Priorités et hypothèques*].

¹³ À l'heure actuelle, l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 9, fut suivi dans au moins deux affaires : *Fercal inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, J.E. 2004-12 (C.S.)

N'eussent été des restrictions imposées par le législateur, aux termes de l'article 2683 C.c.Q., à la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession par une « personne physique qui n'exploite pas une entreprise »¹⁴, le débat sur la dématérialisation du gage n'aurait probablement pas eu lieu. Ces restrictions n'ont certainement pas leur place dans un régime moderne de crédit, au surplus lorsque l'on songe que plusieurs autres techniques ayant l'effet de sûretés sont disponibles aux particuliers, notamment la fiducie-sûreté, les réserves de propriété et la location à long terme.

Nous tenterons donc de cerner la portée de la décision rendue dans l'arrêt *Val-Brillant*. Nous verrons par ailleurs que l'hypothèque avec dépossession n'équivaut pas au gage traditionnel du droit civil, même si le nouveau Code civil en a conservé l'appellation. Ainsi, en première partie, nous analyserons les modalités de constitution et de publicité de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en particulier en ce qui a trait à son objet, c'est-à-dire le bien grevé (I).

Nous verrons que cette distinction entre l'objet apparent (la chose matérielle) et l'objet véritable de l'hypothèque (le droit effectivement grevé), déjà brillamment articulée par le professeur Frenette dans un article important publié à ce sujet¹⁵, prend une nouvelle résonance dans le contexte de la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau Code civil portant sur des biens incorporels. Nous tenterons d'en tirer les enseignements qui s'imposent et d'en articuler les applications à ce domaine précis. En seconde partie, nous analyserons les modalités relatives à l'exercice des droits et recours hypothécaires propres à ce type d'hypothèque, en plus d'analyser les règles propres à son rang (II).

(en appel) ; *L.B. c. Caisse populaire de Frampton*, J.E. 2004-1460 ; REJB 2004-66835 (C.S.). L'arrêt *Val-Brillant* fut mentionné et distingué dans une autre affaire : *Bélanger (syndic de)*, J.E. 2004-114 (C.A.).

¹⁴ Au fil du présent article et par commodité, nous utiliserons indistinctement les termes « particulier » ou « consommateur », afin de parler de la « personne physique qui n'exploite pas une entreprise » du *Code civil du Québec*.

¹⁵ Voir : François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.* 803, 811 et 812 : « Ainsi qu'il a été démontré, l'hypothèque porte sur un droit et uniquement sur un droit. Cet objet du droit réel d'hypothèque impose sa loi et empêche de considérer les attributs traditionnels de la propriété de la même façon que lorsqu'ils s'exercent sur la matérialité de la chose. Qui plus est, et comme nous l'avons déjà indiqué, c'est le droit grevé d'hypothèque et non l'objet de tel droit grevé qui a une valeur patrimoniale ».

En conclusion, nous tenterons d'explorer, brièvement, certaines pistes de solutions visant à modifier les textes du Code civil en matière d'hypothèques mobilières grevant des biens incorporels, et de souhaiter l'avènement d'une nouvelle réforme en matière de mécanismes de publicité des droits (III).

I. Modalités relatives à la constitution et à la publication de l'hypothèque mobilière avec dépossession

Nous énoncerons d'abord les règles concernant le constituant de l'hypothèque mobilière avec dépossession (A), pour ensuite nous attarder au concept de la « dépossession » (B).

A. Le constituant de l'hypothèque mobilière avec dépossession

L'hypothèque mobilière avec dépossession bénéficie à tout créancier, que la créance soit à terme ou conditionnelle, qu'elle soit fixe ou qu'il s'agisse d'une ouverture de crédit.

Il est opportun de rappeler que la personne physique qui n'exploite pas une entreprise ne peut se prévaloir de l'hypothèque mobilière sans dépossession que dans un nombre restreint de cas, c'est-à-dire « dans les conditions et sur les véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par règlement »¹⁶. Elle ne peut consentir une hypothèque sur une universalité de biens, ni une hypothèque ouverte, ni une hypothèque sur un meuble représenté par un connaissance¹⁷. À l'inverse, la personne ou le fiduciaire qui exploite une entreprise peuvent consentir une hypothèque mobilière sans dépossession, une hypothèque sur une universalité de biens et une hypothèque ouverte. Aux termes de l'article 2685 C.c.Q., seule la personne qui exploite une entreprise peut consentir une hypothèque sur un meuble représenté par un connaissance. Enfin, mention-

¹⁶ Voir : art. 2683 C.c.Q. Les biens meubles déterminés par règlement comprennent : un véhicule de promenade, une motocyclette, une habitation motorisée, une motoneige d'un modèle postérieur à 1988, certains véhicules tout terrain, une caravane ou une semi-caravane, une maison mobile, un bateau, une motomarine, un aéronef. Voir l'article 15.01 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 8058, art. 15 modifié par (1998) 130 G.O II 2015, art. 5 et par (1999) 131 G.O. II, 3846, art. 1 et 2.

¹⁷ Voir : art. 2684-2686 C.c.Q.

nons que toute personne peut consentir une hypothèque mobilière avec dépossession¹⁸.

Les restrictions à la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession par un particulier trouvent explication dans le désir du législateur, lors de la codification de 1994, d'éviter le surendettement du consommateur. Les pressions des groupes de protection des droits des consommateurs eurent raison d'un accès plus universel à cette sûreté. Par conséquent, l'hypothèque sans dépossession est initialement complètement interdite au particulier¹⁹; ce n'est qu'en 1999 que le législateur a permis que certains biens dits d'« importance », comme les véhicules routiers, puissent être hypothéqués sans dépossession par un particulier²⁰. Notons toutefois qu'à cette occasion, le législateur n'a pas étendu l'hypothèque sans dépossession du particulier aux divers biens incorporels, dont les créances et les titres non négociables, laissant ainsi en plan des demandes de modifications législatives importantes présentées à ce chapitre, notamment, par le Barreau du Québec²¹. La juge

¹⁸ Pour le cas particulier d'une société, voir: Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, n^o 3.7, p. 207-210 [ci-après cité: *Droit des sûretés*, 3^e éd.].

¹⁹ Voir: Pierre CIOTOLA, «La réforme des sûretés sous le *Code civil du Québec*», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 303, aux numéros 23-26, p. 317-319.

²⁰ Voir: *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, art. 9, modifiant l'article 2683 C.c.Q. (ci-après citée: «*Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*»).

²¹ Le Barreau du Québec avait en effet proposé une rédaction différente de l'article 2683 C.c.Q., dans le cadre des travaux ayant mené à l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*, précitée, note 20, afin de permettre la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession par les particuliers sur des placements ou autres biens incorporels, «dont la "dépossession" est soit impossible soit impraticable». En cela, le Barreau proposait que seuls les biens meubles corporels soient réglementés par l'article 2683 C.c.Q., élargissant ainsi l'étendue de l'hypothèque mobilière sans dépossession. Voir: Comité permanent du Barreau du Québec sur le droit des sûretés, *Mémoire concernant la publicité des droits personnels et réels mobiliers et la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession (P.L. 181)*, février 1998, p. 13 et 14 (non publié), disponible sur Internet à l'adresse suivante: [<http://www.barreau.qc.ca/opinions/memoires/1998/pl181.pdf>] (date de consultation: 23 déc. 2004). Le législateur n'a pas retenu ces propositions. Voir, à cet égard: Marc BOUDREAULT et Stéphane BRUNELLE, «L'impact des modifications entrées en vigueur le 17 septembre 1999 relativement à la création et à la publication de certains droits mobiliers», (1999) 2 *C.P. du N.* 19, 25-30.

Deschamps en a d'ailleurs, et à juste titre, pris acte dans son jugement²².

Le législateur souhaitait-il, lors de la codification de 1994 et par la suite, également soustraire l'hypothèque mobilière avec dépossession de la portée de la personne physique qui n'exploite pas une entreprise, ou en limiter la constitution aux seuls biens corporels et titres négociables ? Autrement dit, a-t-il voulu empêcher que certains biens, qui pouvaient être l'objet d'un gage sous l'empire de l'ancien Code, ne puissent plus l'être sous l'empire du nouveau Code civil ? La réponse n'est pas simple. Dans la mesure où les restrictions de l'article 2683 C.c.Q. n'avaient pas été adoptées, l'on aurait pu concevoir, sans trop d'inconfort, que l'hypothèque mobilière avec dépossession se limita désormais aux biens meubles corporels et aux seuls titres négociables, puisque les particuliers auraient été en mesure de constituer une hypothèque mobilière sans dépossession sur tous types de biens. Cependant, compte tenu de ces restrictions, le juge Gonthier n'hésite pas à affirmer ce qui suit :

[...] Par ailleurs, les droits en question [i.e. l'hypothèque sur la part dans une société en nom collectif (art. 2211) et l'hypothèque sur les droits résultant d'une police d'assurance-vie (art. 2461 et 2462)] n'étant pas normalement représentés par des titres négociables, ils ne pourraient plus faire l'objet d'un gage. Étant donné la nature de ces droits, qui sont le plus souvent détenus par des particuliers, il paraît invraisemblable que le législateur ait voulu limiter ainsi la possibilité de les hypothéquer [...]. Il est à cet égard intéressant de noter que les Commentaires du ministre de la Justice [...] concernant l'art. 2461, al. 2, indiquent que cet article s'applique à des situations autrefois couvertes par « [l]a notion de gage du droit antérieur », ce qui suggère que l'hypothèque envisagée par cet article est une hypothèque mobilière avec dépossession.²³

La perception peut être tout autre pour qui veut adopter une interprétation restrictive du gage. La juge Deschamps emprunte la

²² Val-Brillant, précité, note 9, 708-711, par. 93-95, 98 et 99 (j. Deschamps).

²³ *Id.*, 678, par. 8 (j. Gonthier) (références omises). Le cas de l'article 2461 C.c.Q. constitue une problématique importante en matière d'uniformisation des règles de publicité et de priorité entre les créanciers. Nous en traitons plus loin, en conclusion du présent article, p. 71. Mentionnons que cette notion de « gage du droit antérieur » n'a pas été remplacée par l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau Code civil; ainsi, cet argument du juge Gonthier peut s'analyser sous un autre angle, et dans cette perspective, ne nous semble donc pas concluant. En cela, nous souscrivons à ce qu'écrit la juge Deschamps à cet égard : Val-Brillant, précité, note 9, p. 710, par. 95.

voie restrictive et le premier élément de cette démarche est évidemment de refuser le gage sur les biens incorporels non représentés par un titre négociable aux personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise :

*La règle de l'art. 2683 C.c.Q. traduit un choix de politique législative clair. Ni les commentaires des auteurs, émis avant la réforme, ni les dispositions finalement adoptées ne semblent soutenir l'affirmation voulant que la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession doive être élargie.*²⁴

Ainsi, pour la majorité, le législateur a tout probablement voulu accorder aux particuliers et aux entreprises la possibilité de consentir des sûretés mobilières, afin de « favoriser une certaine uniformité dans ce domaine essentiel à la poursuite de nombreuses activités commerciales, tout en respectant la lettre et l'esprit du *Code civil du Québec* et les origines civilistes du concept de gage »²⁵. Le juge Gonthier y perçoit même un objectif « [...] de favoriser l'accès par les particuliers et les entreprises du Québec au crédit garanti par des sûretés mobilières [...] »²⁶. Pour la minorité, il en sera autrement ; la démarche démontre « la préoccupation des opposants à la libéralisation de l'hypothèque pour les consommateurs [...] »²⁷.

Là où les juges de la majorité et ceux de la minorité se rejoignent, c'est sans doute sur l'objectif de la politique législative de vouloir moderniser le droit des sûretés et de l'uniformiser sous un même type de garantie, l'hypothèque, et également de rapprocher le système québécois des autres systèmes nord-américains. Chacun emprunte par la suite une ramification. Pour la majorité, le législateur n'a jamais voulu restreindre le domaine du gage. Pour la minorité, il en va autrement : le surendettement possible du consommateur l'expose à la prolifération des garanties mobilières. Reprenons les propos de la juge Deschamps : « [...] [i]l est clair que l'accès au crédit est facilité indirectement par la modernisation des institutions, mais il ne l'est pas, de façon directe, par l'élargissement du concept de gage »²⁸.

²⁴ Val-Brillant, précité, note 9, 710, par. 97 (j. Deschamps).

²⁵ *Id.*, 688, par. 24 (j. Gonthier).

²⁶ *Id.*, 688, par. 25 (j. Gonthier).

²⁷ *Id.*, 708, par. 94 (j. Deschamps).

²⁸ *Id.*, 711, par. 99 (j. Deschamps).

Il faut prendre garde tant des propos de la majorité que de ceux de la minorité, bien que ceux de la minorité s'intègrent mieux dans l'esprit du nouveau Code civil. Nous sommes toujours dans un système civiliste et alors la cohésion des textes est primordiale. Nous sommes dans un nouveau droit codifié : il a certes rompu avec le droit antérieur, mais l'on ne peut faire abstraction du contexte qui prévalait sous l'ancien Code, pas plus que l'on ne doit se limiter au contexte unique des travaux préparatoires ayant mené à l'adoption du nouveau Code civil. Nous sommes en présence d'objectifs de politique législative contradictoires : d'une part, favoriser l'accès au crédit ; d'autre part, éviter le surendettement des consommateurs. Au-delà de ces deux objectifs contradictoires, s'en ajoute un troisième qui, à notre avis et pour les raisons que nous exposerons plus loin, permet d'envisager une conclusion à ce débat qui procède d'arguments différents : l'établissement d'un régime de publicité simple, uniforme, cohérent. Malheureusement, on peut constater que ce dernier objectif est trop souvent oublié et occulté dans le cadre de cette discussion.

Le débat entourant la portée de l'hypothèque mobilière avec dépossession est donc nourri, d'une part, par les restrictions de l'article 2683 C.c.Q. et, d'autre part, par certaines ambiguïtés rédactionnelles entourant la constitution et la publicité du gage dans les dispositions pertinentes du Code civil. Ces ambiguïtés rédactionnelles doivent néanmoins s'analyser à la lumière du concept de dépossession comme mécanisme de constitution et de publicité.

B. La « dépossession » comme mécanisme de constitution et de publicité de l'hypothèque mobilière avec dépossession

La nature des biens qui peuvent faire l'objet d'un gage est une question qui divise profondément la doctrine et la jurisprudence québécoises. Elle est source de l'une des controverses importantes du nouveau droit des sûretés. Certains soutiennent que seuls les biens meubles corporels et les titres négociables peuvent être engagés. C'est la thèse dite de la « matérialisation » du gage²⁹. D'autres, au contraire,

²⁹ Voir : John B. CLAXTON, *Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n° 3.3.2, p. 33 ; Michel DESCHAMPS, « La fiducie pour fins de garantie », dans *Conférences Meredith Lectures 1997 : Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain / Contemporary Utilisation of Non-Corporate*

sont d'avis que l'on puisse effectivement gager non seulement les biens meubles corporels et les titres négociables, mais également les autres biens meubles incorporels (dont les créances et les titres non négociables), à condition que le créancier s'en voit conférer la « maîtrise de fait ». C'est la thèse dite de la « dématérialisation » du gage³⁰. On a prétendu, entre ces deux pôles, que l'on pouvait soutenir avec ambiguïté l'une ou l'autre de ces thèses, invitant le législateur à préciser clairement le domaine du gage en rapport avec les créances, par l'adoption d'une modification législative à cette fin³¹.

Il y a lieu, afin de bien saisir les enjeux soulevés par ce débat, de cerner, en premier lieu, la nature et la fonction de la dépossession (1). Par la suite, l'analyse des modalités de cette dépossession, c'est-à-dire la remise du bien ou du titre comme mécanisme de constitution (2) et la détention paisible et continue, comme mécanisme de publicité (3) est plus aisée, et permet d'entrevoir les problématiques soulevées par les règles de conflits de lois applicables à la validité et à la publicité des sûretés mobilières avec dépossession sur des biens meubles incorporels (4).

Vehicles of Commerce, Faculté de droit, Université McGill, 1997, p. 139 [ci-après cité : « La fiducie »]; Maxime B. RHÉAUME, « Le gage des valeurs mobilières par un particulier », (1995) 98 *R. du N.* 90, 96; D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, *op. cit.*, note 12, p. 112-114, n° 244-248. Cette thèse a reçu l'aval de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Blouin (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 321, J.E. 2001-272, REJB 2001-22101 (C.A.), renversé par la Cour suprême par la suite dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 9; voir aussi : *Morcos (Syndic de)*, J.E. 2000-863 (C.S.); *Lambert (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 217, J.E. 2001-273, REJB 2001-22278 (C.A.).

³⁰ Voir : Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, n° 862-874.1 et 886, p. 359-366 et 371; Louis RABEAU, « L'insaisissabilité des REER et autres produits connexes », dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit/Nouvelle série*, vol. 1, « Faillite et insolvabilité », Doctrine – Document 2, Montréal, novembre 1995, n° 275-283; voir aussi : *Bolduc c. Caisse populaire Desjardins de Bonsecours*, J.E. 2000-1985 (C.S.); *Caisse populaire St-Raymond de Hull c. Dériger*, J.E. 2001-616 (C.S.).

³¹ Voir : Pierre CIOTOLA, « Droit des sûretés : épizootisme législatif ou contre-réforme? », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de Benoît MOORE, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 42, aux pages 64-66 [ci-après cité : « Contre-réforme »], texte également publié à la *Revue du Notariat*, (2003) 105 *R. du N.* 853, 878 [ci-après cité : « Épizootisme législatif »]; P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n° 3.33, p. 238; voir aussi : Marc BOUDREAULT et Pierre CIOTOLA, « Présentation et critique des dispositions du Projet de loi 125 portant sur les sûretés réelles », (1991) 22 *R.G.D.* 697, 737-740.

1. Notion, nature et fonction de la dépossession

La dépossession peut se définir comme étant la « [p]erte de la possession »³²; il ne s'agit pas tant de la « possession juridique »³³ elle-même, que de la « possession précaire ou naturelle »³⁴, qui procède par le dessaisissement du débiteur au profit du créancier, le créancier devenant alors « détenteur » du bien, et non pas « possesseur » du bien; certes, possède-t-il le droit réel d'hypothèque; cette hypothèque ne saurait, par ailleurs, s'acquérir par prescription, résultant de la possession de la chose ou du bien, faute d'*animus domini*³⁵. En cela, la terminologie anglaise du Code civil est plus juste que celle de la version française, puisque cette idée du dessaisissement menant à la détention du bien y est exprimée clairement: il s'agit bien d'une « *movable hypothec with **delivery*** », selon les termes de l'article 2702 C.c.Q. et aucune référence à la « dépossession » n'y est faite.

À la fois mécanisme de constitution et de publicité du gage, la dépossession opère une fonction qualifiée de traditionnelle chez les uns³⁶ et de modèle chez les autres³⁷. Dans le gage traditionnel ou modèle, la dépossession atteint deux objectifs qui sont décrits systématiquement par la doctrine française.

En premier lieu, la dépossession est une mesure de constitution, qui est parfaite par la remise du bien au créancier gagiste. C'est un déplacement de la détention du bien du constituant au créancier gagiste et, parfois, à un tiers convenu dans le cadre de l'entiercement. Traditionnellement, cette dépossession au profit du créancier

³² Voir: Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 169, s.v. « dépossession ».

³³ *Id.*, p. 433 et 434, s.v. « possession juridique ». Cette notion est articulée aux articles 921-933 C.c.Q.

³⁴ *Id.*, p. 434, s.v. « possession naturelle », « possession précaire ». Ainsi, le créancier gagiste n'est qu'un détenteur précaire du bien grevé.

³⁵ Voir: Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2004, n^o 608, p. 506. Le gagiste a une détention, pour ne pas dire une possession, « entachée de précarité »; il « ne possède pas à titre de propriétaire ». Voir: Marc BILLAU, « Réflexions sur le gage », J.C.P. 1996, 1^{re} éd., G. 3897; *contra*: Denis VINCELETTE, *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, n^o 500, p. 204.

³⁶ Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 5^e éd., Paris, Litec, 1999, n^o 664, p. 531.

³⁷ Dominique LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002, n^o 374, p. 298.

gagiste lui assure la possibilité d'exercer le droit de rétention du bien nanti, non seulement à l'encontre du constituant, mais aussi des créanciers de ce constituant. Elle permet donc au créancier gagiste de faire obstacle aux recours que peuvent exercer les autres créanciers, chirographaires ou privilégiés, en leur opposant le droit de retenir le bien sous réserve d'être désintéressés.

En second lieu, puisqu'elle a pour effet de priver le constituant de la détention du bien grevé, la dépossession est une mesure de publicité: elle informe les tiers de l'existence du contrat de gage³⁸. La doctrine française lui attribue principalement un « rôle de publicité matérielle »³⁹. Cette fonction privative confère habituellement au créancier gagiste un privilège opposable aux tiers, permettant ainsi son plein accomplissement. C'est une mesure de protection contre la fraude et le détournement du bien mis en gage, qui « protège le créancier gagiste contre un risque de détournement du gage par le constituant »⁴⁰, qui « évite les gages généraux, grevant un ensemble de biens indifférenciés »⁴¹, qui contraint le constituant à la prudence lors du dessaisissement, l'invitant ainsi à une meilleure compréhension de la gravité du geste posé et de ses conséquences. La dépossession devient donc l'acte fondateur du gage ainsi qu'une formalité de protection du constituant⁴².

Cette fonction constitutive et privative de la dépossession prévalait, bien sûr, pour les gages constitués en vertu de l'ancien Code; on peut douter qu'il en soit ainsi sous l'empire du *Code civil du Québec*. Tout dépendra, en effet, de la façon de constituer un gage et des mécanismes (ou artifices) mis en place à cette fin.

2. La « remise » du bien ou du titre : constitution de la sûreté

Si, de manière générale, la remise d'un bien corporel ou d'un titre négociable ne pose pas de difficultés conceptuelle et pratique (a), il

³⁸ *Id.*, n° 382, p. 301.

³⁹ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.* note 36, n° 665, p. 532.

⁴⁰ Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 8^e éd., Paris, Cujas, 1996, n° 506, p. 188.

⁴¹ *Id.*

⁴² Voir : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 35, n° 602, p. 501 et 502.

en va autrement lorsqu'il s'agit de remettre un bien meuble incorporel ou un titre non négociable en vue de constituer un gage (b).

a. Généralités

L'hypothèque mobilière avec dépossession ou gage est constituée par la remise du bien ou du titre au créancier. Elle n'est pas obligatoirement soumise à la forme écrite⁴³, sauf s'il y a entiercement⁴⁴. Ainsi, la dépossession elle-même devient un mécanisme (ou une formalité) de constitution de la sûreté⁴⁵. Le gage est donc un contrat réel, car il se forme par la tradition de la chose sur laquelle il porte⁴⁶. Nous verrons cependant que le caractère réel de l'hypothèque avec dépossession du nouveau Code civil n'est plus aussi affirmé que celui de l'ancien Code.

Ainsi, il n'y a pas de difficulté conceptuelle à admettre que la remise physique d'un bien meuble corporel par le constituant au titulaire opère la dépossession requise pour effectivement constituer le gage. De même, la remise d'un titre négociable n'est pas problématique : qu'il soit négociable par endossement et délivrance, ou par délivrance seulement, elle s'accomplira par l'endossement et/ou la délivrance du titre en faveur du titulaire de l'hypothèque⁴⁷.

⁴³ Pour le régime général des hypothèques mobilières avec dépossession, imparfaitement appelées gages, voir : art. 2702-2709 C.c.Q.

⁴⁴ Art. 2705 C.c.Q. Cet article parle d'une « preuve écrite de l'hypothèque ». Il s'agit là d'une différence majeure en comparaison du droit français, qui fait de l'écrit une exigence traditionnelle en vue de la constitution d'un gage, dont l'objectif est d'éviter les fraudes : voir l'article 2074 C. civ. français ; voir aussi : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 35, n° 601, p. 500 et 501. Nous notons que le juge Gonthier ferme les yeux sur cette exigence lorsqu'il réfère au droit français, ce que relève justement la juge Deschamps : *Val-Brillant*, précité, note 9, 685 et 686, par. 20 et 21 (j. Gonthier) ; 714, par. 111 (j. Deschamps). Voir notre discussion, *infra*, I.B.2.b.iv, p. 32.

⁴⁵ Sur le sens de la dépossession, voir : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n° 3.33, p. 234-238.

⁴⁶ Voir : Paul-André CRÉPEAU, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 88, s.v. « contrat réel ».

⁴⁷ Art. 2702 et 2709 C.c.Q.

b. De la remise d'un bien meuble incorporel ou d'un titre non négociable

Toutefois, la remise d'un bien meuble incorporel ou d'un titre non négociable est plus délicate. La remise d'un bien meuble incorporel, qui n'est pas un titre négociable, suppose un mécanisme de dépossession fictif, établi par les critères énoncés par le législateur ; l'on constate cependant, depuis l'arrêt *Val-Brillant*, que le tribunal se fait législateur à cet égard⁴⁸. Dépossession fictive, car la tradition de la chose ne s'opère pas matériellement ou physiquement. Cette dépossession fictive implique que soit conféré au créancier la maîtrise de fait ou le contrôle du bien. Cette maîtrise de fait signifie que le créancier acquiert le pouvoir de transiger seul ou de percevoir la valeur du bien, sans autre autorisation de la part du constituant. Partant, cette maîtrise de fait « dépossède » le créancier du bien affecté, assurant ainsi la constitution du gage ; d'autre part, ce contrôle exclusif et privatif ainsi conféré au créancier titulaire suffirait à rendre « public » le gage, donc à le publiciser, puisque le bien affecté échapperait aux autres créanciers ; comme nous le verrons, ce dernier élément ne se vérifiera que dans la mesure où le créancier se voit conférer, par ce mécanisme de constitution, un rang prioritaire ne s'appuyant pas nécessairement sur le principe de l'ordre du temps⁴⁹. Cette dépossession fictive s'accomplira de diverses façons, soit par la notification ou la signification de cette remise du bien incorporel au débiteur cédé, soit par l'acceptation de cette remise par le débiteur cédé, soit par la notification et par l'acceptation de cette remise du bien par le constituant et par le débiteur cédé ou par le tiers visé, lorsque l'on sort du contexte de la cession de créance. Si cette dépossession fictive était bien articulée sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* (i), il n'en va pas de même lorsque l'on analyse la situation

⁴⁸ Normalement, ces mécanismes doivent être établis par le législateur exclusivement. Dans ce cas précis, les dispositions législatives du nouveau Code civil présentent une certaine ambiguïté, notamment eu égard à l'interprétation des termes « bien », « titre » et « créance » des articles 2702, 2703 et 2708 C.c.Q., ce qui permettrait, soutient-on, une interprétation judiciaire des règles entourant la remise du bien ou du titre, comme l'illustre l'arrêt *Val-Brillant*.

⁴⁹ Ce qui est des plus discutable, parce que constituant une dérogation au principe de l'ordre du temps entre les créanciers, dont les justifications, en dehors de l'accomplissement de cette fonction privative du gage, sont des plus nébuleuses et incertaines. À cet égard, voir notamment : James J. WHITE, « Reforming Article 9 Priorities in Light of Old Ignorance and New Filing Rules », 79 *Minn. L. Rev.* 529 (1995).

sous l'empire du nouveau Code civil (*ii*). Dans cette veine, nous verrons que l'arrêt *Val-Brillant* opère une distinction entre les titres non négociables qui ne constituent pas des créances et ceux qui représentent, justement, des créances (*iii*). Enfin, nous concluons en discutant de la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit afin que cette dépossession fictive puisse s'opérer, sous l'empire du nouveau Code civil (*iv*).

i. De la dépossession fictive sous l'empire du Code civil du Bas Canada

La dépossession fictive se justifiait comme modalité de constitution et de publicité, à une époque où l'hypothèque mobilière sans dépossession n'existait pas, où les avancées informatiques qui auraient permis l'établissement d'un registre unique, central et informatisé de publicité n'existaient pas non plus⁵⁰. Le *Code civil du Bas Canada* permettait explicitement la constitution d'un gage sur créances, peu importe leur nature⁵¹. La « possession utile » de la créance s'accomplissait par la signification de l'acte constitutif écrit, authentique ou sous seing privé, au débiteur cédé, ou par l'acceptation du débiteur cédé⁵². Ainsi, la signification de l'acte au débiteur cédé faisait-elle perdre au débiteur gagiste le pouvoir sur sa créance ; toutefois, l'on admit que ce mécanisme posait difficulté, particulièrement si le gage portait sur une universalité de créances ; pour cela, le législateur édicta, en 1968, l'article 1966 C.c.B.C. *in fine*, qui prévoyait que l'exécution d'un acte authentique ou la délivrance d'un acte sous seing privé tenaient lieu de remise de possession⁵³. Dans la même veine, rappelons que l'enregistrement, pour les transports généraux de dettes, tenait lieu de la signification et de la délivrance à l'égard des créances ou comptes de livres non

⁵⁰ Voir : Y. CARON, *loc. cit.*, note 8.

⁵¹ Voir : art. 1974, 1966 (3), 1570, 1571, 1578 et 2127 C.c.B.C.

⁵² Art. 1570 et 1571 C.c.B.C., sous réserve de l'article 2127 C.c.B.C., concernant l'enregistrement.

⁵³ Art. 2, *Loi modifiant le Code civil*, S.Q., 1967-68, c. 81. Voir : Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1987, p. 90 et 91 [ci-après cité : *Droit des sûretés*, 2^e éd.]. On comprendra en effet que la remise de possession par la signification aux multiples débiteurs cédés ou par l'acceptation de tous ces débiteurs auraient constitué un obstacle majeur à une remise simple et efficace des créances engagées, à l'étape de la constitution du gage. Voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n^o 850, p. 353 et 354.

encore acquittés à la date de la publicité dans les journaux⁵⁴. La dépossession était fondée sur la remise du bien mais s'adaptait selon les circonstances et les types de créances : elle pouvait consister en la signification ou même, par une fiction de la loi, en l'enregistrement, ou en l'exécution ou la délivrance d'un acte écrit, authentique ou sous seing privé, qui pouvait tenir lieu tant de la remise que de la signification.

ii. De la dépossession fictive sous l'empire du Code civil du Québec

Sous l'empire du *Code civil du Québec*, la situation est plus complexe, alors qu'elle devrait être plus simple. Le nouveau Code civil permet la constitution d'une hypothèque mobilière sans dépossession ou d'un gage portant sur une créance, voire même sur une universalité de créances⁵⁵. Le gage qui porterait sur une universalité de créances devrait néanmoins faire l'objet d'une inscription au registre mobilier⁵⁶. Peut-on constituer un gage sur un titre non négociable ? Dans ce cas, comment s'effectue la remise du titre au créancier gagiste ? Le nouveau Code civil permet-il une dépossession fictive, comme le permettait l'ancien Code ? Une interprétation lit-

⁵⁴ Art. 1571d C.c.B.C. Dans l'arrêt *Québec Gaz Naturel inc. (Syndic de)*, [1987] R.J.Q. 984 (C.A.), 987, la Cour d'appel rappelle la fonction de l'enregistrement, tant comme mesure de possession que comme technique d'opposabilité du transport général de dettes :

C'est l'enregistrement lui-même qui tient lieu de signification et qui donne une possession utile à l'encontre des tiers. L'avis de cet enregistrement n'a qu'un rôle très limité, soit celui d'empêcher le cessionnaire de pouvoir réclamer aux cédés les créances que ceux-ci auraient acquittées avant la parution de cet avis.

Ce n'est pas l'avis qui tient lieu de signification, c'est l'enregistrement lui-même.

Voir au même effet : *In re Pomerleau, Sand and Gravel Co. Ltd : Huard c. Banque provinciale du Canada*, [1976] C.S. 1309, 1311.

⁵⁵ Art. 2710 C.c.Q.

⁵⁶ Art. 2710 (2), 2711, 1642 et 2950 C.c.Q. Ainsi, on ne voit pas pourquoi un tel mécanisme serait permis, puisque ses exigences de formes sont plus incertaines que celles de l'hypothèque mobilière sans dépossession. De toute façon, dans les faits, le gage sur une universalité de créances n'existe pas : il s'agit bien d'une hypothèque mobilière sans dépossession. Voir, de façon générale : P. CIO-TOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., op. cit., note 18, n^o 3.83 et 3.84, p. 295-297.

térale des textes du Code civil permettrait de conclure par la négative⁵⁷ ; une interprétation téléologique extensive, par l'affirmative⁵⁸.

Tous s'entendent pour dire que la remise matérielle d'un titre non négociable par le débiteur au créancier gagiste ne peut, sans autre formalité, suffire à constituer sa remise au créancier gagiste aux termes de l'article 2702 C.c.Q.⁵⁹. La remise de possession doit donc s'effectuer par la notification du gage au débiteur de la créance cédée, ou par l'acceptation de ce dernier, afin de conférer au créancier la maîtrise de fait de la créance. Selon une certaine interprétation, le Code civil permet cette dépossession fictive, par le truchement des articles 2710, *in fine*, et 1641 C.c.Q.⁶⁰. Selon une autre interprétation, le Code civil ne permet pas cette dépossession fictive, car les articles 2710, *in fine*, et 1641 C.c.Q. traitent de la façon de rendre opposable à l'encontre des débiteurs des créances hypothéquées toute hypothèque grevant de telles créances, et ce, pour la seule fin de faire ainsi valoir l'hypothèque, qu'il s'agisse d'un gage ou d'une hypothèque sans dépossession, et non pas de la façon de constituer

⁵⁷ C'est l'interprétation retenue par la juge Deschamps, dissidente, dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 9, que nous préférons. À cet égard, reprenons ses termes éloquents, énoncés à la page 715, par. 116 : « Malgré l'attrait que l'approche proposée par le juge Gonthier présente, je ne puis me résoudre à l'accepter. Ce serait, pour moi, ajouter au texte et y substituer une vision de ce que le texte devrait être alors qu'un choix clair a été fait par le législateur en 1991. *Ce serait, pour moi, récrire le Code* ». (Nos italiques).

⁵⁸ C'est l'interprétation retenue par le juge Gonthier, s'exprimant pour la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 9. Voir, concernant l'approche téléologique extensive des lois par les tribunaux et ses méfaits quant à la véritable réforme du droit : Roderick A. MACDONALD, « How Far Functionalism », conférence prononcée au Insolvency Institute of Canada's 14th Annual Conference and General Meeting, Mont-Tremblant, du 3 au 5 octobre 2003 (non publiée). Nous constatons que M^e Louis Payette, tout en déplorant les limites posées par l'article 2683 C.c.Q., n'en propose pas pour autant de modifications par le législateur. Il suggère même que, dans un nombre grandissant de circonstances, des entreprises veulent publier une hypothèque mobilière par dépossession plutôt que par inscription, même si l'hypothèque mobilière sans dépossession leur est disponible. À notre avis, une telle tendance favorise l'occultisme au détriment de la clarté, ceci dit avec déférence pour l'opinion contraire. Voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n^o 858, p. 357.

⁵⁹ *Val-Brillant*, précité, note 9, 681, par. 14 (j. Gonthier).

⁶⁰ *Id.*, 678-685 et 690-692, par. 9-19 et 28-31 (j. Gonthier) ; voir aussi : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n^o 864, 865 et 1094, p. 359, 360 et 466.

une telle hypothèque⁶¹. Ainsi, selon cette dernière interprétation, les textes de ces dispositions confèreraient au mécanisme de la notification du gage au débiteur cédé (ou de son acceptation par ce dernier), une simple fonction d'opposabilité aux fins de faire valoir l'hypothèque, car les termes employés par le législateur n'indiquent pas que ces mécanismes tiennent lieu de « remise de possession » ou qu'ils confèrent « possession utile », à l'instar des termes autrefois utilisés aux articles 1571 et 1966 (3) C.c.B.C. De plus, le gage du *Code civil du Québec* ne nécessite pas d'écrit, contrairement au gage de créance du *Code civil du Bas Canada*⁶². En découle une interprétation restrictive de la portée du gage, à laquelle nous souscrivons :

[106] *D'ailleurs, il eut été étonnant que le législateur ait voulu laisser cohabiter l'hypothèque sans dépossession, constatée dans un écrit et assujettie à l'inscription, et l'hypothèque avec dépossession, elle aussi constatée dans un écrit, mais non assujettie à l'inscription. Ce résultat me paraîtrait contraire à la logique découlant de l'instauration du registre des droits réels et personnels [sic]. L'exclusion de l'inscription n'a de sens que pour les cas où l'inscription n'ajoute rien à la publicité et à la protection des tiers.*

[107] *Contrairement à l'interprétation que le juge Gonthier fait de mon analyse, je ne prétends pas que la « présence » de l'écrit est incompatible avec la notion de gage. C'est plutôt l'exigence de l'écrit qui l'est. D'ailleurs, les conclusions qu'il tire dans le présent cas se fondent sur l'analyse des droits qui découlent de l'acte d'hypothèque [grevant des titres de créances non négociables] consenti à la Caisse et non sur l'analyse des droits qui résulteraient de la simple remise des certificats [de dépôt stipulés non négociables et incessibles].*⁶³

⁶¹ *Id.*, 705, 706 et 711-716, par. 85-88 et 100-121 (j. Deschamps) ; voir également, en ce sens : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n^o 3.83, p. 295 et 296 : « Le renvoi aux modalités des cessions de créance ne concerne que l'opposabilité de l'hypothèque des créances aux débiteurs cédés ; ces modalités n'affectent pas le rang des créanciers bénéficiaires d'une hypothèque sur les créances ou sur une universalité de créances, car ce rang est essentiellement lié à l'inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers [ou à la détention de la créance, dans le cas d'un gage] ». Voir, enfin : M. DESCHAMPS, « La fiducie », *loc. cit.*, note 29, 143.

⁶² Contrairement, aussi, au gage de créances du droit français. Voir : art. 2074 et 2075 C. civ. français ; voir aussi : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 35, n^o 601 et 625, p. 500, 501, 518 et 519.

⁶³ *Val-Brillant*, précité, note 9, 712 et 713, par. 106 et 107 (j. Deschamps). (Références omises, nos non-italiques).

La Cour d'appel du Québec⁶⁴ avait avalisé l'approche restrictive de la thèse de la matérialisation du gage, qui s'avère plus cohérente, compte tenu de la formulation actuelle des dispositions du Code civil, ce que les tenants de la thèse opposée admettent d'emblée⁶⁵. La Cour suprême du Canada a cependant fait sienne, sur division, la thèse de la dématérialisation du gage en droit civil québécois⁶⁶. Ainsi, si l'on accepte cette interprétation proposée par le juge Gonthier, l'on peut constituer un gage sur une créance non représentée par un titre négociable comme suit :

[16] *En conséquence, lorsque le gage porte sur une créance non représentée par un titre négociable, le mécanisme prévu par les art. 2710 et 1641 s'inscrit en parallèle avec celui prévu par l'art. 2709 pour les titres négociables. En effet, il permet d'accomplir les trois étapes conceptuelles du gage d'une créance : dès que le droit du créancier d'obtenir paiement en cas de défaut est rendu opposable au débiteur de la créance conformément à l'art. 1641, le créancier obtient la maîtrise effective de celle-ci et le gage est donc constitué et publié. Par ailleurs, étant donné que le maintien matériel d'un titre, même non négociable, entre les mains du débiteur serait susceptible d'induire les tiers en erreur en suggérant que celui-ci continue à disposer librement de la créance, il sera également nécessaire, lorsqu'un tel titre existe et que sa remise est possible, qu'il soit matériellement remis au créancier pour que la remise prévue à l'art. 2702 soit complète. Il me semble donc que le législateur a prévu dans les dispositions du nouveau Code toutes les conditions nécessaires à la création d'un gage portant sur une créance non représentée par un titre négociable, qu'elle soit constatée ou non par un titre non négociable.*

[...]

[28] *Ainsi, une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est valablement constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part ; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier ; et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'art. 1641 C.c.Q.*⁶⁷

⁶⁴ Blouin (*Syndic de*), précité, note 29, renversé par la Cour suprême par la suite dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 9.

⁶⁵ Voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 861, p. 359.

⁶⁶ C'est l'interprétation retenue par le juge Gonthier, s'exprimant pour la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, précité, note 9.

⁶⁷ *Val-Brillant*, précité, note 9, 683, 690 et 691, par. 16 et 28 (j. Gonthier). (Nos non-italiques).

Plusieurs commentaires s'imposent.

iii. Des titres non négociables qui ne constituent pas des créances

Tout d'abord, il convient de se demander si les principes énoncés par la majorité dans cette décision s'appliqueront également aux titres non négociables qui ne constituent pas des créances. Nous ne le croyons pas : il faudra trouver un rapport débiteur-créancier, donc une créance, pour que cette interprétation vaille⁶⁸.

À titre d'exemple, cette question ne se pose pas dans le cas des valeurs mobilières dématérialisées ou indirectement détenues, qui sont admises à l'inscription en compte auprès d'une chambre de compensation agréée par l'Agence nationale d'encadrement du secteur financier (l'« Agence ») : dans ce cas, les articles 10.2, 10.3 et 10.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*⁶⁹ édictent qu'une hypothèque sur une telle valeur peut se faire par virement dans les comptes tenus par la chambre de compensation, qui confère « possession utile » au créancier gagiste, « bien que les titres ne soient pas individualisés »⁷⁰. La *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit donc explicitement une remise ou dépossession fictive dans un tel cas, ce qui renforce l'idée que les dispositions du Code civil ne sont pas suffisantes pour accomplir le même résultat en matière de gage de créances constatées par d'autres titres⁷¹. Ces dispositions seraient toutefois d'application limitée, d'une part parce que seuls les établissements financiers membres

⁶⁸ *Id.*, 700, par. 63 (j. Deschamps), qui confirme ainsi la portée de cet arrêt ; voir également, en ce sens, les commentaires de Pierre d'ETCHEVERRY, « L'affaire Caisse populaire de Val-Brillant : la Cour suprême rend possible la prise en garantie des placements des particuliers », *Troisième conférence annuelle sur les sûretés*, Montréal, Insight Information Co., 22 et 23 septembre 2003, p. 9 et 10 [non publié].

⁶⁹ L.R.Q., c. V-1.1 (ci-après citée : « LVMQ »). On peut déplorer que ces mécanismes se retrouvent dans une loi particulière et souhaiter qu'ils soient rapatriés dans le Code civil et, bien sûr, qu'ils y soient mieux articulés afin de tenir compte des réalités commerciales.

⁷⁰ Voir : Michel DESCHAMPS, « Les sûretés sur les valeurs mobilières », *Troisième conférence annuelle sur les sûretés*, *op. cit.*, note 68, p. 8-10 [ci-après cité : « Valeurs mobilières »] ; voir aussi : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 989-991 et 997-1001, p. 414-416 et 420-422.

⁷¹ La juge Deschamps l'a d'ailleurs bien noté, observant qu'aucun régime spécial n'est prévu pour le gage de titres : Voir : *Val-Brillant*, précité, note 9, 699, par. 61 (j. Deschamps).

d'une chambre de compensation peuvent s'en prévaloir et qu'il ne s'agirait pas d'un usage répandu en pratique⁷²; d'autre part, puisque la seule chambre de compensation qui soit reconnue par l'Agence est la *Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée* (« CDS »)⁷³, ce qui signifie, par conséquent, que toute valeur mobilière dématérialisée non inscrite auprès de la CDS mais auprès d'une autre chambre de compensation, par exemple *The Depository Trust & Clearing Corporation*⁷⁴ aux États-Unis, ou *Euroclear*⁷⁵ en Europe, ne bénéficierait pas de ce mécanisme de dépossession fictive prévu à la *Loi sur les valeurs mobilières*.

Néanmoins, dans cette dernière situation, de même que dans le cas où un particulier veut engager les parts qu'il détient dans un fonds commun de placements ou dans un compte de courtage, l'on a soutenu que le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant* recevrait sans doute application⁷⁶, dans la mesure où ce n'est pas tant le droit de propriété de l'investisseur sur ses actions dématérialisées qui est analysé, mais plutôt les droits découlant de sa relation avec le courtier, l'intermédiaire de marché, comme étant constitutifs d'une créance⁷⁷. Toutefois, ce droit n'est pas nécessairement représenté par un titre. De plus, dans la mesure où ce droit de

⁷² L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 999 et 1000.1, p. 421 et 422. Pour M^e Payette, il serait néanmoins possible, pour le particulier, de créer une hypothèque sur des valeurs dématérialisées par l'intermédiaire de son courtier qui, lui, procéderait à l'intervention de titres avec la chambre de compensation pour le compte de son client. Il détiendrait l'hypothèque pour le compte du particulier en vertu de l'article 2705 C.c.Q. Avec déférence, cette hypothèse nous semble discutable. En effet, l'hypothèque n'est pas, dans ce cas, constituée par le particulier, mais par le courtier, malgré ce qu'en dit l'article 10.4 LVMQ.

⁷³ Art. 169 LVMQ; art. 59, *Loi sur l'agence nationale d'encadrement du secteur financier*, L.R.Q., c. A-7.03; Commission des valeurs mobilières du Québec, Bulletin hebdomadaire, vol. XV, n° 34, 24 août 1984 (décision du 22 août 1984, n° 7167, « Reconnaissance de la Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée à titre d'organisme d'autoréglementation »). Voir également le site Web de CDS, à l'adresse Internet suivante : [http://www.cds.ca] (date de consultation : 22 sept. 2004); voir aussi : M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, 8-10, n° 3.1.

⁷⁴ Voir le site Web de cet organisme, à l'adresse Internet suivante : [http://www.dtcc.com] (date de consultation : 19 déc. 2004).

⁷⁵ Voir le site Web de cet organisme, à l'adresse Internet suivante : [http://www.euroclear.com] (date de consultation : 19 déc. 2004).

⁷⁶ Voir : M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, 8-10, qui émet toutefois des doutes à cet égard.

⁷⁷ Voir, en ce sens : P. d'ETCHEVERRY, *loc. cit.*, note 68, 10-13.

créance n'est pas considéré comme unique, mais plutôt comme étant le droit de percevoir le produit de liquidation d'une universalité de valeurs mobilières présentes et futures qui fluctuent dans le temps, on peut douter qu'un particulier soit en mesure d'engager de tels biens : l'article 2684 C.c.Q. lui interdit de constituer une hypothèque grevant une universalité. De même, le gage ne peut grever des biens futurs, à moins que l'on admette l'existence d'une remise « continue » qui dépende de la seule et première intention de remettre du créancier et qui survient automatiquement par la suite, ce qui est douteux⁷⁸.

iv. De la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit

Dans un autre ordre d'idées, comme le suggère le juge Gonthier lui-même, le maintien matériel par le constituant du document constatant un titre non négociable est susceptible d'induire les tiers en erreur quant à la maîtrise effective de la créance conférée à un créancier en particulier. Pour cette raison, il suggère que tout document

⁷⁸ Voir : M.B. RHÉAUME, *loc. cit.*, note 29, 105 et 106 ; voir cependant : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 866, 876, 877 et 1002, p. 360, 361, 366-368, 422 et 423. Dans de nombreux pays, les sûretés sur les valeurs mobilières font l'objet d'une réglementation spéciale. C'est notamment le cas en France et aux États-Unis. La problématique de la constitution et de la publication de telles sûretés, particulièrement celles portant sur des valeurs dématérialisées détenues par un intermédiaire, est d'ailleurs au coeur des travaux de nombreux organismes de réforme du droit. Voir, en droit français : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 35, n° 631 et 632, p. 524-526 ; en droit américain, voir : James J. WHITE et Robert S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5^e éd., St. Paul, West Group, p. 775-778 (2000). Au niveau international, voir : Philipp PAECH, « L'harmonisation du droit matériel pour l'utilisation des titres détenus auprès d'intermédiaires à titre de garantie : le projet d'UNIDROIT », (2002) *Rev. dr. unif.* 1141 ; The UNIDROIT Study Group on Harmonized Substantive Rules Regarding Indirectly Held Securities, *Position Paper*, août 2003, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : [<http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study078/item1/studygroup/positionpaper-2003-08.pdf>] (date de consultation : 6 nov. 2004) [ci-après cité : « *Position Paper, UNIDROIT, 2003* »] ; UNIDROIT, *Draft convention on substantive rules regarding securities held with an intermediary (Preliminary Discussion Draft)*, Rome, April 2004, UNIDROIT 2003, Study LXXVIII-Doc.13 prov. 2 (en anglais seulement), disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : [<http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study078/item1/draft/s-78-13prov2-e.pdf>] (date de consultation : 12 déc. 2004) (ci-après cité : « *Projet préliminaire d'UNIDROIT concernant les valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire (2004)* »).

écrit constatant un tel titre soit remis au titulaire du gage, lorsque possible. Cet argument illustre, à lui seul, les failles importantes du raisonnement de la Cour en cette affaire. Ainsi, la remise de tout document ou acte, sauf s'il est constitué en forme authentique⁷⁹, ne permet pas de présumer qu'il n'en existe pas d'autres venant constater le titre de créance, y ajouter ou y déroger : une telle remise ne confère par conséquent aucune protection aux tiers. Pire, les critères énoncés par la Cour permettent que le gage soit constitué sans qu'aucun document constatant le titre de créance n'existe. Or, il faut remettre le titre au créancier, aux termes de l'article 2702, ou qu'il « se trouve entre ses mains »⁸⁰, pour accomplir cette fonction privative du gage ou de la dépossession. L'on constate donc que cette fonction privative de la remise n'est pas vraiment accomplie par le mécanisme proposé par le juge Gonthier dans l'arrêt *Val-Brillant*. Cette absence d'écrit s'écarte par ailleurs de l'enseignement traditionnel du gage en droit civil français, où l'écrit est nécessaire comme formalité de constitution, afin d'éviter les fraudes⁸¹.

De plus, même si l'on « remet »⁸² matériellement un tel document au créancier, la fonction privative n'est pas accomplie, puisque le Code civil ne confère aucune priorité de rang au créancier titulaire, à l'inverse de ce qui prévalait sous l'égide du *Code civil du Bas Canada*, de ce qui prévaut en droit français ou américain⁸³. En effet, le gage du nouveau Code civil est publié en fonction de la date et de l'heure

⁷⁹ À cet égard, voir nos réflexions, *infra*, p. 66, en troisième partie d'analyse, quant à la possibilité d'assujettir à la forme notariée les hypothèques mobilières conventionnelles sans dépossession constituées par des particuliers, comme formalisme de protection qui permettrait d'assouvir les craintes des organismes de protection du consommateur eu égard au surendettement.

⁸⁰ À notre avis, ce langage imagé, utilisé à l'article 2702 C.c.Q., milite clairement en faveur de la thèse de la matérialisation du gage.

⁸¹ Voir : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 35, n° 601, p. 500 et 501. Voir nos commentaires, *supra*, note 44.

⁸² Il ne s'agit pas de la remise prévue à l'article 2702, comme en convient le juge Gonthier, dans *Val-Brillant*, précité, note 9, 681 et 682, par. 14.

⁸³ En droit français, voir : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 35, n° 614, p. 509 et 510 ; voir l'article 2078 C. civ. français, qui confère, dans les faits, une priorité au créancier gagiste. En droit américain, voir : J.J. WHITE et R.S. SUMMERS, *op. cit.*, note 78, p. 863-865 ; U.C.C. § 9-327 et 9-328 (2001). Voir, enfin, l'article 13 du *Projet préliminaire d'UNIDROIT concernant les valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire* (2004), *op. cit.*, note 78.

de la remise du bien ou du titre. Cela signifie, dans le cas où le constituant est une personne morale, que toute hypothèque sans dépossession antérieurement publiée par inscription et grevant déjà le bien engagé postérieurement, aurait priorité de rang sur le créancier gagiste, sans que le titulaire de l'hypothèque sans dépossession ne puisse le savoir effectivement. Partant, comment le créancier gagiste peut-il se voir conférer une maîtrise effective de la créance qui est déjà grevée en faveur d'un autre créancier? On a soutenu que cette hypothèse ne s'appliquerait pas dans le cas d'une personne physique, puisqu'elle ne pourrait avoir consenti une hypothèque sans dépossession de rang antérieur affectant ce type de bien, ce qui est vrai; cependant, dans ces deux cas de figure, cela n'empêcherait pas que la créance engagée soit déjà garantie en faveur du constituant par une hypothèque inscrite, empêchant de ce fait la constitution d'un gage sur une telle créance⁸⁴.

D'autre part, cette maîtrise de fait conférée en faveur d'un créancier spécifique empêcherait-elle le constituant de consentir un gage de second rang, voire même de troisième rang, en faveur de créanciers subséquents, portant sur le même bien? On peut penser que non, si tant est que cette maîtrise de fait conférée au créancier gagiste est exclusive et privative⁸⁵; cependant, M^e Payette affirme que

[la dépossession] empêche en principe le débiteur de tirer à nouveau crédit de l'objet gagé. Le débiteur pourrait toutefois inscrire une hypothèque de second rang sur le bien ou même créer un gage pour un autre créancier si le premier créancier convenait de détenir le bien en second rang pour ce deuxième créancier.⁸⁶

Selon les critères établis par la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant*, nous doutons que cela soit possible. À l'inverse, la fonction privative supposément accomplie par la remise du bien ne le serait pas, en plus de créer une confusion en matière de mécanismes de publicité,

⁸⁴ Voir : M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, 7, n° 2.3.1. Ajoutons à cela le cas spécifiquement prévu à l'article 2712 C.c.Q., qui édicte que « [l']hypothèque qui greve une créance que détient le constituant contre un tiers, créance qui est elle-même garantie par une hypothèque inscrite, doit être publiée par inscription [...] ». Voir nos commentaires, *infra*, partie II.B.2.b), aux pages 58-60, traitant des paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession.

⁸⁵ Voir, en ce sens : M. DESCHAMPS, « La fiducie », *loc. cit.*, note 29, 140-142; M.B. RHÉAUME, *loc. cit.*, note 29, 105 et 106.

⁸⁶ Voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 844, p. 350, note 1074.

voire même un régime parallèle occulte équivalent à celui du registre public procédant par l'inscription.

Puisqu'aux termes de l'article 2736 C.c.Q., le constituant d'un gage a la faculté d'autoriser le créancier gagiste à « utiliser » le bien grevé, on soutient par ailleurs que cette faculté lui permet de l'autoriser à l'hypothéquer pour ses propres fins⁸⁷ ; ajoutons : pourquoi pas par la constitution d'un autre gage ? À notre avis, tel ne saurait être la portée de cet article, puisque l'on ne peut valablement hypothéquer le bien d'autrui⁸⁸. De plus, qu'une telle hypothèse soit possible démontrerait à quel point le gage n'accomplit pas sa fonction privative.

La remise du bien ou du titre, mécanisme de constitution du gage, ne vaut que si, par la suite, le créancier en conserve la détention.

3. La « détention » paisible et continue du bien ou du titre : publicité de la sûreté

La publication est assurée par la détention continue et paisible du bien ou du titre qu'exerce le créancier ou le tiers convenu dans le cas d'un entiercement⁸⁹. Suite logique de la remise du bien ou du titre au créancier, la détention confère la maîtrise effective d'une chose, voire même sa « possession réelle »⁹⁰.

La dépossession est, au sens du *Code civil du Québec*, continue⁹¹. Elle est, au sens usuel de la doctrine et de la jurisprudence, réelle,

⁸⁷ *Id.*, n° 875, 900 et 1025-1027, p. 366, 377, 433 et 434. M^e Payette prétend que le constituant du premier gage devient caution réelle aux termes du gage créé sur ses biens par le créancier gagiste, constituant du second gage, ce qui ne saurait être le cas, car ce n'est pas le premier constituant qui hypothèque alors ses biens afin de garantir la dette d'autrui (art. 2681 C.c.Q.).

⁸⁸ Art. 2670 C.c.Q. Voir, en ce sens : F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 15, 813 ; M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, n° 2.3.2, 8. M^e Deschamps rappelle toutefois que le gage de la chose d'autrui était valable en matière commerciale sous l'empire de l'ancien Code (art. 1966a C.c.B.C.). Il ajoute également que le créancier pourrait néanmoins acquérir le titre de détenteur régulier, si le titre est négociable au sens de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), c. B-4, art. 53, 55 et 73, raisonnement transposable aux valeurs négociables émises par une société : art. 60, *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44.

⁸⁹ Art. 2703-2705 C.c.Q.

⁹⁰ Voir : P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 32, s.v. « détention », « possession réelle ».

⁹¹ Art. 2703 et 2704 C.c.Q.

privative, apparente, permanente, suffisante pour dénoncer aux tiers l'existence du gage et elle écarte ainsi toute tradition feinte⁹². Elle demeure continue même lorsque le bien donné en gage se retrouve momentanément entre les mains du débiteur ; le gage subsiste si le créancier conserve alors la maîtrise exclusive sur le bien donné en garantie. La remise temporaire du bien au constituant de l'hypothèque ou à un tiers, pour le bénéfice évidemment du constituant, est rendue possible pour des fins particulières, telles l'évaluation, la réparation, la transformation ou l'amélioration du bien hypothéqué⁹³. Cette remise temporaire respecte l'autorité exclusive du créancier et permet au constituant d'apporter des soins particuliers au bien hypothéqué⁹⁴. En tout temps, « la détention par un créancier est suffisante, aux fins du gage, lorsqu'elle lui permet d'exercer la maîtrise effective du bien hypothéqué [...] », comme le soutient le juge Gonthier dans l'arrêt *Val-Brillant* ou « la pleine maîtrise du bien » comme le veut la juge Deschamps⁹⁵.

Nous discutons, à d'autres endroits dans cet article, des multiples tempéraments qui sont apportés à cette détention paisible et continue, surtout en matière de gage sur des biens incorporels, rendant pratiquement illusoire cette forme de publicité⁹⁶. Examinons maintenant la problématique des règles de conflits de lois en matière de gages sur des créances non représentées par un titre négociable, découlant de l'arrêt *Val-Brillant*.

4. La problématique des règles de conflits de lois

Il ne nous appartient pas de discuter de manière détaillée, dans le cadre du présent texte, des nombreuses difficultés posées par les

⁹² Maurice PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. 12, Paris, L.G.D.J., 1953, p. 96, n^o 87 ; Voir : Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçon de droit civil*, t. 3, vol. 1, « Sûretés, publicité foncière », 7^e éd. par Yves PICOD, Paris, Montchrestien, 1999, n^o 66, p. 147 ; *Bouchard c. Couture et Jacob*, (1933) 71 C.S. 536 ; *Payenneville et Martineau c. Prévost*, (1916) 25 B.R. 246.

⁹³ Art. 2704 C.c.Q. ; voir également : *Grobstein c. A. Hollander & Son Ltd.*, [1963] B.R. 440.

⁹⁴ P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2^e éd., *op. cit.*, note 53, p. 99 et 100.

⁹⁵ *Val-Brillant*, précité, note 9, 674, par. 1 (j. Gonthier) ; 703, par. 75 (j. Deschamps).

⁹⁶ Voir entre autres, *infra*, en partie III, p. 62 et 63, notre discussion concernant l'effet des articles 2743 et 2744 C.c.Q. ; voir aussi notre discussion concernant la possibilité de constituer des gages successifs, *supra*, p. 34 et 35.

règles actuelles de conflits de lois du droit québécois en matière de sûretés mobilières⁹⁷. Cependant, nous ne pouvons passer sous silence l'un des effets découlant de l'interprétation proposée par la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant*, qui crée une problématique additionnelle en matière de conflits de lois, quant aux règles qui devront régir la validité et la publicité d'un gage grevant une créance non représentée par un titre négociable.

Alors qu'en matière d'hypothèque mobilière sans dépossession portant sur tout meuble incorporel (sauf un titre au porteur), la validité et la publicité seront régies par la loi du domicile du constituant⁹⁸, c'est vraisemblablement la loi du *situs* de la créance qui s'appliquera désormais, pour ce qui est des gages sur des titres de créances non négociables, dans la mesure, évidemment, où un tel titre existe. L'interprétation de la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, permet qu'un gage soit constitué sur une créance, même lorsqu'il n'y a pas de titre pour la constater. Cependant, s'il n'existe pas de titre, il nous semble que la loi du domicile du constituant régira la validité de toute sûreté grevant une créance, conformément au 1^{er} alinéa de l'article 3105 C.c.Q., car le 3^e alinéa de cette même disposition fait bien référence à la « détention du titre ». Cela ne saute pas nécessairement aux yeux des plus avertis, notamment en matière de gages grevant des valeurs mobilières dématérialisées détenues par un intermédiaire, la loi du *situs* pouvant s'avérer, dans ce cas, d'une application des plus difficiles⁹⁹. Ironiquement, le législateur

⁹⁷ À cet égard, voir notamment : Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 353-371 ; Michel DESCHAMPS, « Les règles de conflits de lois en matière de sûretés », texte de conférence prononcée lors du Colloque sur le droit civil de l'Institut National de la Magistrature, Vancouver, le 23 mai 2001 (non publié) [ci-après cité : « Conflits de lois »] ; en droit comparé, voir : Elisa HENRY, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

⁹⁸ Art. 3105 C.c.Q. Dans le cas d'un particulier, le domicile sera le lieu du principal établissement (art. 75-78 C.c.Q.) ; dans le cas d'une personne morale, il s'agit du lieu de son siège (art. 307 C.c.Q.).

⁹⁹ On a ainsi soutenu que la validité d'un gage de valeurs mobilières dématérialisées, qui ne sont pas *a priori* représentées par un titre, pourrait obéir à la loi du *situs*. Quelle est la nature du droit du constituant ? S'apparente-t-il à un titre ? S'agit-il d'un droit de propriété *sui generis* dans les valeurs mobilières ou d'un droit contractuel, qui équivaudrait à un « titre » quelconque que l'on peut détenir ? Dans l'affirmative, l'on suggère qu'un gage de valeurs inscrites à une chambre de compensation, dont la CDS, le *situs* serait soit la loi de la juridiction où se trouve l'établissement de l'intermédiaire financier contrôlant les transactions

québécois avait pourtant modifié, en 1998, le texte du 3^e alinéa de l'article 3105 C.c.Q., afin de supprimer les mots « une créance ou » du texte édicté en 1994, qui se lisait alors :

*La présente disposition ne s'applique ni à la sûreté grevant une créance ou un meuble incorporel constaté par un titre au porteur ni à celle publiée par la détention du titre qu'exerce le créancier.*¹⁰⁰

On a relevé l'incertitude que cette ancienne version présentait. Étaient-ce toutes les créances qui étaient assujetties à la règle du *situs* de l'article 3102 C.c.Q., ou seulement certaines, à savoir celles représentées par un titre négociable?¹⁰¹ Suite à cette modification, il devenait clair que l'hypothèque de créance constituée autrement que par la détention d'un titre au porteur ou négociable, par une personne domiciliée au Québec, était régie par le droit québécois, évitant de ce fait l'application des règles plus complexes en matière de *situs* de créance, qui se détermine selon la loi du lieu du paiement de la créance ou selon la loi du domicile du débiteur de la

sur les valeurs gagées, soit la loi de la juridiction de la chambre de compensation autorisée, en l'occurrence la CDS. Dans ce cas, la CDS est située à Toronto ; le droit ontarien régirait ainsi les gages de valeurs mobilières consentis au Québec. Voir : M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, 14-17. À noter que les problématiques de conflits de lois en matière de valeurs mobilières dématérialisées sont, à juste titre, considérées comme un enjeu important de l'harmonisation du droit au niveau international. Voir, notamment : CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*, 13 décembre 2002, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : [http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=72] (date de consultation : 29 nov. 2004) (ci-après citée : « Convention de La Haye ») ; Sandra M. ROCKS, « The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 1. Pour un commentaire à l'égard de cette convention et des autres projets de réformes en la matière ainsi que sur l'évolution de ces idées au Canada, voir : Bradley CRAWFORD, « The Hague "PRIMA" Convention: Choice of Law to Govern Recognition of Dispositions of Book-based Securities in Cross Border Transactions », (2003) 38 *Can. Bus. L.J.* 157.

¹⁰⁰ Art. 18, *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*, précitée, note 20. (Nos non-italiques).

¹⁰¹ Voir : Jeffrey A. TALPIS et Constantine TROULIS, « Conflict of Laws Rules under the *Civil Code of Quebec* Relating to Security », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents sur l'hypothèque (1997)*, vol. 89, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 187, aux pages 209 et 210 ; *contra* : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, p. 558, note 1688.

créance¹⁰². De même, il semble que l'intention du législateur, en édictant le 3^e alinéa de l'article 3105 C.c.Q. et malgré son imprécision initiale, était d'assujettir à la règle du *situs* seulement les biens incorporels s'apparentant aux biens corporels, en limitant, de ce fait, l'application aux seuls titres négociables¹⁰³. En cela, l'interprétation de la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, ouvre une inutile brèche à la complexité et à l'incertitude. Notons que cette problématique, relevant des conflits de lois, constitue un autre indice militant en faveur de la thèse de la matérialisation du gage en droit civil québécois, compte tenu de la rédaction actuelle des dispositions du nouveau Code civil en cette matière¹⁰⁴.

Après ce survol des principales modalités relatives à la constitution et à la publicité du gage, nous pouvons maintenant discuter

¹⁰² Art. 3102 et 3105 *in fine*, C.c.Q. De façon générale, le *situs* d'une créance, un bien meuble incorporel, est le lieu du paiement de la créance ou, dans le cas où un tel lieu n'est pas désigné, le lieu du domicile du débiteur de la créance. Voir : art. 1566 C.c.Q. ; voir également : *Gauthier c. Langelier*, J.E. 88-665 (C.S.) ; *Verhelst c. Rochon*, [1947] B.R. 736 ; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, note 97, p. 370, 371 et 532, n° 331 et 376.

¹⁰³ Les Commentaires du ministre de la Justice sont à cet effet, quoique légèrement contradictoires. Voir : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1974 : « [...] Le troisième alinéa constitue une exception à la règle des deux premiers alinéas pour les biens dont la détermination du lieu de la situation peut avoir lieu relativement facilement, ce qui permet d'appliquer la règle générale de la loi de la situation du bien aux sûretés qui le grèvent. Les créances sont en effet situées à l'endroit où elles sont payables et les titres au porteur là où se trouve le document qui les constate ». Voir cependant, en ce sens : J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 101.

¹⁰⁴ Bien sûr, les règles proposées aux termes de l'article 3105 C.c.Q. ne sont pas exemptes d'inconvénients. On note d'abord la présence d'un conflit mobile, car la validité de la sûreté est régie par la loi du domicile du constituant au moment de sa constitution, alors que sa publicité l'est par la loi du domicile « actuel », c'est-à-dire au moment où un litige survient. De même, les règles du droit québécois ne sont pas équivalentes à celles des autres provinces canadiennes, qui réfèrent habituellement plutôt à la loi du « principal établissement » comme facteur de rattachement ; les lois de deux provinces peuvent donc se renvoyer mutuellement la balle, si tant est qu'il faut parfois s'assurer qu'une sûreté se conforme aux règles de validité et de publicité de plus d'un État. De même, on émet des doutes sur les règles régissant l'opposabilité d'une sûreté sur des créances aux débiteurs cédés. Voir, à cet égard : art. 3120 C.c.Q. ; Martin BOODMAN, « Quelques problèmes de publicité à propos de l'hypothèque mobilière », (1995) 1 *C.P. du N.* 435.

des modalités relatives à l'exercice des droits hypothécaires et au rang de l'hypothèque mobilière avec dépossession.

II. Modalités relatives à l'exercice des droits (ou recours) hypothécaires et rang de l'hypothèque mobilière avec dépossession

La comparaison des prérogatives qui étaient autrefois conférées aux titulaires de gages, sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* (A), avec celles qui leur échoient en vertu du *Code civil du Québec* (B), tant en ce qui a trait aux recours qu'au rang, illustre à quel point le gage du *Code civil du Québec* n'est plus que l'ombre de son ancêtre.

A. Les prérogatives conférées aux gages de l'ancien droit (C.c.B.C.)

De l'étude des prérogatives conférées aux divers gages et nantissements de l'ancien Code, l'on constate que les fonctions constitutive et privative de la dépossession étaient accomplies. Le titulaire d'un gage, en vertu du *Code civil du Bas Canada*, bénéficiait d'un droit de rétention, doublé d'un privilège (1). Il bénéficiait également d'un droit de revendication (2).

1. Droit de rétention et privilège

Rappelons-nous la force de la dépossession et les droits qu'elle garantissait au créancier gagiste contre le créancier saisissant du constituant. La dépossession accordait au créancier gagiste la possibilité de retenir le bien et d'opposer ainsi sa sûreté aux tiers, soit aux autres créanciers du constituant, soit au tiers acquéreur du bien mis en gage. Le créancier gagiste refusait de livrer le bien mis en gage et, de ce fait, il contraignait le tiers à le désintéresser intégralement¹⁰⁵. Sous l'ancien Code, le gage était, on ne peut le nier, un véritable contrat réel. Le droit de rétention, même éventuel, subsistait pour les gages sans dépossession qui avaient été introduits

¹⁰⁵ Voir : Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson & Lafleur, 1909, p. 405 ; *Paquin c. Dunlop et Royal Bank of Canada*, (1933) 71 C.S. 506.

progressivement par le législateur¹⁰⁶. De plus, le gagiste pouvait, de ce droit de rétention, se prévaloir d'un privilège sur les biens nantis, aux termes de l'article 1994 (4) C.c.B.C.

Il avait également la possibilité de revendiquer le bien mis en gage s'il en avait été dépossédé involontairement¹⁰⁷.

2. Droit de revendication

En effet, rappelons-nous également que les gages sans dépossession permettaient aux créanciers qui en bénéficiaient de revendiquer les biens mis en gage pour mieux protéger leurs droits ; de ce fait, ces créanciers gagistes pouvaient invoquer leur droit à la possession et, ainsi, faire obstacle aux recours des autres créanciers du constituant. Selon une certaine jurisprudence, ce droit était accordé au bénéficiaire d'un nantissement commercial, que le créancier soit en possession ou non des biens gagés¹⁰⁸ ; selon un autre courant, ce droit était accordé uniquement si le créancier avait déjà la possession des biens¹⁰⁹. Néanmoins, la reconnaissance des gages sans dépossession, tels les nantissements commercial, agricole et forestier, laissait subsister la possibilité pour le créancier de revendiquer les biens nantis. Les nantissements sans dépossession étaient façonnés d'après le gage « traditionnel » et conféraient à ses bénéficiaires les mêmes droits de privilège et de rétention éventuelle¹¹⁰.

L'article 1979i C.c.B.C autorisait le créancier, bénéficiaire d'un nantissement commercial, à contraindre le débiteur à lui livrer les biens ; le terme « revendique », dans les dispositions sur les saisies, recevait un sens large : le créancier pouvait exercer une opposition à fin de distraire ou à fin d'annuler. Cependant, d'autres décisions s'en tenaient à une interprétation étroite et refusaient au créancier

¹⁰⁶ Voir : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2^e éd., *op. cit.*, note 53, p. 66 et 67.

¹⁰⁷ Art. 734, al. 1 C.p.c., tel que se lisait cet article avant l'adoption du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 359, qui en modifiait la teneur.

¹⁰⁸ *B. Fabian Inc. c. Restaurant le Carafon de vin Ltée*, [1980] C.S. 768, 771.

¹⁰⁹ *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fountainhead Fun Center Ltd.*, (1981) R.D.F.Q. 105 (C.S.).

¹¹⁰ Voir : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2^e éd., *op. cit.*, note 53, p. 132-140.

toute possibilité de revendiquer les biens : n'étaient admises que la saisie conservatoire ou l'opposition à fin de conserver¹¹¹.

Retenons, de tout cela, que le gage de l'ancien Code conférait à son titulaire des prérogatives spéciales qui ne sont pas attribuées au gage du nouveau Code civil.

B. Les prérogatives conférées à l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau droit (C.c.Q.)

Les prérogatives conférées au titulaire du gage du *Code civil du Québec* sont beaucoup moins importantes que celles de l'ancien droit. Il y a donc lieu de s'interroger sur la nouvelle portée de la dépossession, ainsi que sur le nouvel entendement de la notion de gage (1), avant d'analyser les règles entourant l'exercice des droits hypothécaires et les autres prérogatives en matière d'hypothèque de créance dont peuvent se prévaloir les créanciers gagistes (2).

1. Portée de la dépossession et de la notion de gage

Peut-on prétendre que la dépossession du nouveau gage accorde encore, sous le *Code civil du Québec*, cette force si contraignante à l'encontre des tiers, comparable à celle du gage traditionnel : qu'il nous soit permis d'en douter.

Le gage du nouveau Code civil n'est-il pas, dans son essence, une hypothèque mobilière ? Dit autrement, l'hypothèque mobilière avec dépossession, qui peut aussi être appelée gage, est-elle effectivement un gage ? Vouloir répondre à cette question suppose effectivement une mise en parallèle, d'abord du gage traditionnel et de l'hypothèque immobilière sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* (a), ensuite du gage de l'ancien Code et de l'hypothèque mobilière avec dépossession du nouveau Code civil (b)¹¹².

¹¹¹ R. c. *Restaurant & Bar La Seigneurie de Sept-Iles Inc.*, [1977] 2 C.F. 207, 214.

¹¹² Pour une illustration de cette distinction, entre les gages sans dépossession et les hypothèques immobilières, en droit français, voir : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 35, n° 651-654, p. 550-553.

a. Juxtaposition du gage traditionnel et de l'hypothèque immobilière de l'ancien droit (C.c.B.C.)

Dans l'enseignement traditionnel, le gage ne concerne qu'un bien meuble et l'hypothèque, seulement les immeubles. Le gage est fondé sur le dessaisissement du débiteur et l'hypothèque sur l'absence d'un tel dessaisissement. Le gage se contente de la détention du créancier gagiste comme mesure de publicité mais l'hypothèque requiert l'inscription des droits au registre foncier. Le *Code civil du Bas Canada* a atténué l'exigence de la dépossession, soit en admettant que la mise en gage des créances puisse s'accomplir d'après les règles des transports de créance¹¹³, soit en reconnaissant diverses formes de nantissement sans dépossession, soit en présumant que l'enregistrement tenait lieu de la dépossession face aux tiers¹¹⁴. L'apparition des nantissements sans dépossession, sous le *Code civil du Bas Canada*, se voulait une mesure d'atténuation de la nécessité de la dépossession dans les sûretés mobilières. Elle marquait une étape vers la reconnaissance de l'hypothèque mobilière¹¹⁵. Ces nantissements sans dépossession présentaient certaines affinités avec l'hypothèque immobilière. Ils exigeaient un écrit formaliste¹¹⁶. Ils étaient fondés sur un droit réel¹¹⁷. Ils nécessitaient, comme mesure de publicité, l'inscription au registre des nantissements, comparativement à l'index des immeubles pour l'hypothèque immobilière¹¹⁸. Ils étaient une garantie accessoire accordée à un créancier, jouissant de l'indivisibilité et ne requérant aucune dépossession, comme l'hypothèque immobilière¹¹⁹. La doctrine française voit dans ces gages sans dépossession une « extension de l'hypothèque au domaine mobilier »¹²⁰. De plus, le gage, sous le *Code civil du Bas Canada*, était interruptif de prescription, contrairement à l'hypothèque¹²¹.

¹¹³ Art. 1578 C.c.B.C.

¹¹⁴ *Supra*, autorités citées, note 54.

¹¹⁵ Il en était aussi de même en droit civil français; voir: H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, note 92, n° 66, p. 147.

¹¹⁶ Art. 2040 et 1979e C.c.B.C.

¹¹⁷ Art. 1979i et 2016 C.c. B.C.

¹¹⁸ Art. 1979g et 2131, al. 2 C.c.B.C.

¹¹⁹ Y. DESJARDINS, *loc. cit.*, note 4, 89.

¹²⁰ Voir: Y. PICOD, dans H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, note 92, n° 69, p. 148.

¹²¹ Voir: P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 2^e éd., *op. cit.*, note 53, p. 68 et 69.

b. Juxtaposition du gage traditionnel, du nouveau gage et de l'hypothèque mobilière du nouveau droit (C.c.Q.)

Nous soulignerons, successivement, l'amointrissement des effets de la dépossession du nouveau gage en comparaison de l'ancien (i), la perte du caractère réel et public du nouveau gage (ii) et, enfin, tenterons de voir si le gage de l'arrêt *Val-Brillant* opère effectivement un retour au mécanisme de la cession de créance en garantie (iii).

i. Effets amoindris de la dépossession

Sous le *Code civil du Québec*, le régime général hypothécaire est présenté sous la gouverne exclusive de l'hypothèque. Aux termes de l'article 2706 C.c.Q., le créancier qui est empêché d'exercer la détention peut revendiquer le bien de celui qui le détient, à moins que l'empêchement ne résulte de l'exercice, par un autre créancier, de ses droits hypothécaires ou d'une procédure de saisie-exécution. La possibilité de revendiquer subsiste vis-à-vis du constituant; elle est atténuée et ne présente pratiquement plus d'effet, tant à l'encontre d'un autre créancier hypothécaire qu'à l'encontre d'un créancier saisissant. La dépossession sous le *Code civil du Québec* ne confère pas au créancier, titulaire d'un gage, ce bénéfice si exceptionnel de rétention du bien contre un tiers saisissant. La rétention, caractéristique du gage traditionnel ou modèle, est limitée quant à son étendue sous le *Code civil du Québec*. Le gagiste ne peut plus invoquer la rétention qui découle de la présomption tacite du gage, comme cela existait sous le *Code civil du Bas Canada* et comme il est toujours prévu dans la théorie usuelle du gage. La présomption tacite de gage permettait au créancier gagiste de retenir l'objet mis en gage non seulement pour le paiement de la dette principale à l'origine du gage, mais également pour une dette postérieure à celle garantie par le gage, mais échéant avant la dette à l'origine du gage¹²². Contrairement au gage de l'ancien Code, qui se voulait interruptif de prescription, le gage du nouveau Code civil ne jouit plus, semble-t-il, de cette prérogative¹²³.

¹²² Art. 1975, al. 2 C.c.B.C.

¹²³ *Amyot c. Banque nationale du Canada*, [2004] R.J.Q. 2385, J.E. 2004-1773, par. 33-35 (C.A.).

ii. Perte du caractère réel et public du nouveau gage

La dépossession dans le cadre de l'hypothèque mobilière avec dépossession prévue par le *Code civil du Québec* accomplit-elle cette double fonction essentielle du gage traditionnel, soit la préservation du caractère réel de la sûreté constituée, soit la publicité face aux tiers ? De l'un et de l'autre, il nous est permis d'en douter.

Le vocable « gage » a été conservé sous le nouveau Code civil uniquement pour désigner l'hypothèque mobilière avec dépossession. Cependant, la remise du bien, non pas tant corporel – le gage est alors vraiment une sûreté réelle – mais plutôt incorporel soulève de sérieuses interrogations sur le véritable caractère du gage, comme sûreté réelle¹²⁴. La remise du bien ne s'opère pas par la simple remise de documents au créancier ; elle exige des formalités additionnelles telle la signification au débiteur du constituant¹²⁵. La remise du titre, même si ce dernier n'a aucun caractère de négociabilité en soi en tant qu'instrument de crédit, serait toujours exigée dans l'enseignement traditionnel¹²⁶.

Le gage, dans la théorie usuelle, confère un privilège de créancier gagiste ; la créance est ainsi protégée non pas tant en fonction de sa date de constitution mais plutôt en fonction d'un rang que lui décerne la loi. On se souvient que sous l'ancien droit le créancier gagiste bénéficiait d'un rang relativement élevé : son privilège était classé au quatrième rang¹²⁷. Bien sûr, son rang était décalé si certaines formalités n'étaient pas satisfaites : tel le défaut d'aviser le locateur du local où était conservé le bien¹²⁸. Le gage sous le *Code civil du Québec* n'est plus colloqué en fonction d'un rang préétabli

¹²⁴ Voir : M. BILLAU, *loc. cit.*, note 35, n° 10. L'analyse du gage comme étant un droit réel ne reflète pas la réalité juridique. L'auteur admet le gage en tant que droit réel sur un objet corporel. Il refuse ce caractère réel au gage lorsqu'il porte sur une créance, une action, une part sociale, « car celles-ci sont essentiellement – ou moins pour partie – des droits personnels, insusceptibles d'une véritable possession ».

¹²⁵ Art. 2710 et 1641 C.c.Q., selon l'interprétation proposée par le juge Gonthier dans l'arrêt *Val-Brillant*.

¹²⁶ Toutefois, un revirement jurisprudentiel, en droit français, considère cette remise comme n'étant pas essentielle ; les autres formalités exigées peuvent tenir lieu surtout de sa publicité face aux tiers. Voir, en cela : P. SIMLER et P. DELEBEC-QUE, *op. cit.*, note 35, n° 625, p. 519.

¹²⁷ Art. 1994, al. 4 C.c.B.C.

¹²⁸ Art. 2000 et 1979h, al. 2 C.c.B.C.

par la loi sans égard à sa date constitutive, mais plutôt en fonction de sa date de constitution, ou en fonction de la date de la signification pour les créances mises en gage.

iii. Le gage de l'arrêt Val-Brillant : retour à la cession de créance en garantie ?

Le juge Gonthier l'interprète comme étant l'intégration du gage de créances au régime général hypothécaire¹²⁹ ; ce faisant, il interprète libéralement la notion de gage, sans pour autant tenir compte du fait que l'hypothèque n'est pas la seule voie de garantie qui s'offre au créancier, même lorsque le constituant est un particulier. D'autres avenues peuvent être empruntées. En cela, il ne serait pas nécessaire de tenter d'élargir l'application de la notion de gage au-delà du domaine compatible avec les règles actuelles du Code civil, à savoir les biens meubles corporels et les titres négociables. Toutefois, ces autres avenues présentent d'autres inconvénients : il est parfois beaucoup moins aisé, en pratique, de recourir à ces autres techniques que d'utiliser celle de l'hypothèque mobilière sans dépossession, lorsqu'elle est disponible, du moins dans le cas de sûretés grevant des biens incorporels.

Les parties auraient-elles recours, sous le nouveau droit, aux mêmes techniques que celles utilisées sous l'ancien droit pour con-

¹²⁹ Val-Brillant, précité, note 9, 690, par. 27 (j. Gonthier) :

Par ailleurs, l'intégration du gage de créances au régime général des hypothèques fournit au débiteur une protection considérablement plus étendue que sous le régime de l'ancien Code. Un des principaux reproches adressés à la cession de créance en garantie prévu par le C.c.B.C. était qu'elle permettait au créancier d'inclure une clause lui permettant, en cas de défaut, de s'approprier la créance sans que le débiteur ne soit protégé par les dispositions applicables à l'exercice des recours hypothécaires : voir art. 1971, al. 2 C.c.B.C. La situation est complètement différente dans le cas du gage portant sur une créance en vertu du nouveau Code. La clause de dation en paiement est interdite par l'art. 1801 C.c.Q. En cas de défaut, les dispositions du Code régissant les recours hypothécaires devront être respectées, de sorte que le débiteur bénéficiera de toutes les dispositions de protection pertinentes à l'hypothèque sur des créances : voir P. Ciotola, Droit des sûretés (3^e éd. 1999), p. 239. On peut penser, par exemple, à l'art. 2747 C.c.Q., qui interdit au créancier de se réserver le droit de conserver les sommes perçues qui excèdent l'obligation garantie par hypothèque. Par conséquent, la solution que je retiens, loin d'élargir la portée du gage sur des créances de l'ancien Code, reconnaît plutôt son intégration au régime général des hypothèques de créances établi par le Code civil du Québec, qui comprend plusieurs mesures de protection auparavant inapplicables.

tourner les exigences de la dépossession, et ce, afin d'éviter la prohibition énoncée à l'article 2683 C.c.Q. pour les particuliers?

Rappelons que le vif débat sur la présomption d'hypothèque comme limite à la liberté contractuelle entendait écarter les diverses techniques se situant en marge du régime hypothécaire¹³⁰. La présomption d'hypothèque a été maintes fois analysée sous tous ses aspects en doctrine¹³¹. Elle avait pour objectif d'assurer la cohésion de la réforme¹³². En contrepartie, elle laissait planer les risques d'incertitude juridique : les parties créeraient-elles des hypothèques sans le vouloir, ne serait-ce que par analogie avec les controverses qui prévalaient dans le domaine des libéralités engendrées par la présomption de substitution aux dépens de l'usufruit?¹³³ Le législateur préfère ne pas retenir la présomption d'hypothèque¹³⁴ mais

¹³⁰ Voir : QUÉBEC, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel du Québec, art. 281 et 282 :

281. *Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation, si ce n'est par hypothèque.*

Toute stipulation à l'effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est une stipulation d'hypothèque.

Elle ne peut conserver ou conférer qu'une hypothèque en faveur du créancier, sous réserve des formalités requises pour la constitution et la publication de l'hypothèque.

282. *L'article précédent s'applique sans égard au nombre, au nom ou à la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés.*

Ainsi, l'aliénation ou la location d'un bien ou une autre convention qui tombe sous le coup de l'article précédent emporte, quelles qu'en soient les modalités, transfert de propriété avec réserve d'hypothèque en faveur du créancier, ou, selon le cas, ne lui confère qu'une hypothèque, et la faculté ou l'obligation d'achat dont elle peut être assortie est alors sans effet.

¹³¹ Voir, de manière générale : Roderick A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, "la présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 527.

¹³² Voir : M. BOUDREAULT et P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 31, 707.

¹³³ Louise POUDRIER-LEBEL et Louis LEBEL, « Observations sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur les sûretés réelles », (1977) 18 *C. de D.* 833, 854.

¹³⁴ Le ministre Rémillard avait déjà exprimé ses réticences face à la présomption d'hypothèque et entendait soi-disant « privilégier plutôt la tradition civiliste, laquelle préfère les situations nettes à celles reposant sur l'interprétation des tribunaux » : Gil RÉMILLARD, « Présentation du projet de *Code civil du Québec* », (1991) 22 *R.G.D.* 5, 55.

s'engager dans la voie de l'exclusion partielle de certaines modalités de financement : ainsi, certains contrats ne pourront être employés pour garantir un prêt, comme la vente faite avec faculté de réméré, ou pour garantir l'exécution d'une obligation, comme la dation en paiement. Il reconnaît une plus grande liberté contractuelle que ne l'admet la présomption d'hypothèque¹³⁵. Il prohibe l'utilisation de certaines modalités de contrats comme techniques de sûretés en vue d'échapper aux règles de formation ou de réalisation des sûretés¹³⁶. Il interdit essentiellement toute stipulation qui accorde au créancier le choix, soit d'exiger l'exécution de l'obligation principale, soit la propriété du bien visé par le contrat, comme le révèle l'article 1801 C.c.Q. Toute stipulation qui accorde cette option au créancier, dans un contrat destiné à garantir l'exécution d'une obligation, est frappée de nullité¹³⁷. Certains contrats, comme la fiducie à titre onéreux consentie pour garantir l'exécution d'une obligation¹³⁸, la vente avec faculté de rachat consentie pour garantir un prêt¹³⁹ et la vente à tempérament comportant une réserve de propriété publiée¹⁴⁰, peu-

¹³⁵ France FRADETTE, «Les sûretés réelles: aperçu des principales nouveautés proposées par la réforme du Code civil», (1986-87) 89 R. du N. 732, 734.

¹³⁶ *Gagné c. Tremblay*, [1999] R.L. 203, J.E. 99-418, [1999] (Quicklaw) n° 218, par. 13-19 (C.A.).

¹³⁷ *Petrela Surety Services Inc. c. Zammit*, [1996] R.J.Q. 790 (C.S.).

¹³⁸ Art. 1263 C.c.Q.

¹³⁹ Art. 1756 C.c.Q.

¹⁴⁰ Art. 1749 C.c.Q. tel que modifié par la *Loi modifiant le Code civil (P.L. 181)*, précitée, note 20, art. 3. Le législateur fédéral en a d'ailleurs tenu compte en modifiant la définition de « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C., 1985, c. B-3, en 2001, aux termes de l'article 25 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral et du droit civil*, L.C. 2001, c. 4, sanctionnée le 10 mai 2001 et en vigueur, dans sa quasi-totalité, depuis le 1^{er} juin 2001 (C.P. 2001-956, *Décret fixant au 1^{er} juin 2001 la date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi, sauf la partie 8*, TR/2001-71, Gaz. Can. 2001.II.1214). Ainsi, le fiduciaire d'une fiducie-sûreté, le titulaire d'une réserve de propriété ou d'une faculté de rachat, de même que le titulaire de toute sûreté ou convention dont l'exercice des droits est assujéti aux règles d'exercice des recours hypothécaires sont désormais considérés à titre de « créanciers garantis ». On peut dire que le législateur fédéral a, en quelque sorte, édicté une certaine présomption d'hypothèque, que le législateur québécois n'a pourtant pas reconnue, en soulignant davantage le caractère de sûreté de certaines transactions qui ne sont pourtant pas comprises directement dans le régime hypothécaire québécois. L'on peut tenir ce raisonnement en lisant l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada, rendu dans l'affaire *Ouellet (Syndic de)*, 2004 CSC 64, par. 15. Pour une critique de la nouvelle définition du terme « créancier garanti » de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, voir : Roger P. SIMARD et Antoine LEDUC, «Affaire *Château d'Amos* : intégrité

vent protéger les droits d'un créancier et sont soumis aux modalités des recours hypothécaires au cas de défaut du débiteur de l'obligation¹⁴¹. Ces contrats ne pourront échapper aux règles de réalisation des sûretés s'ils sont consentis pour garantir l'exécution d'une obligation; ils demeurent, d'autre part et pour l'essentiel, soumis au régime juridique qui leur est approprié¹⁴². Les droits conférés par ces contrats ne devraient pas être analysés sous l'angle du droit hypothécaire mais plutôt en fonction des règles spécifiques à ces contrats¹⁴³.

Une exception majeure mérite d'être signalée. La faculté de reprise que s'est réservée le vendeur dans un contrat de consommation n'est pas, en principe, soumise à la publicité des droits quant à son opposabilité: elle est régie, quant à son exercice, par le régime de la protection du consommateur et non par celui des droits hypothécaires¹⁴⁴.

La clause de dation en paiement stipulée dans le cadre de l'hypothèque mobilière de créances, avec ou sans dépossession, est interdite¹⁴⁵.

En revanche, le débiteur, qui n'est pas astreint par quelque stipulation contractuelle prévue dans le contrat de financement, peut,

du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral?», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (2000), vol. 131, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 85, aux pages 134-140.

¹⁴¹ *U.A.P. inc. c. Riel*, [2002] R.J.Q. 1527, J.E. 2002-1053, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 1075 (C.Q.).

¹⁴² *Banque nationale du Canada c. Nadeau*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 1110, J.E. 98-994 (C.Q.), (inscription en appel: 21 avril 1998, C.A. Québec n° 200-09-002005-988).

¹⁴³ Notons toutefois les importantes difficultés techniques et conceptuelles, et leur difficile mise en application. Pourquoi avoir formulé des règles disparates en matière de publicité et d'exercice de recours entre, d'une part, le crédit-bail, le bail de plus d'un an et, d'autre part, la fiducie-sûreté et les réserves de propriété? Voir, notamment: Sterling H. DIETZE, «Recent Developments in Secured Financing by Way of Instalment Sale, Leasing and Lease», (1999) 59 *R. du B.* 1.

¹⁴⁴ Pierre-Claude LAFOND, «Les nouvelles fonctions de la propriété – La vente à tempérament: une sûreté singulière à régimes pluriels», (2004) 106 *R. du N.* 45, 57 et 61 et suiv.

¹⁴⁵ Art. 2747 C.c.Q.

de son initiative et si le créancier y consent, céder en paiement le bien qui fait l'objet du contrat¹⁴⁶.

Quant à la cession de créances, fréquemment employée dans l'ancien droit comme mécanisme de garantie, rien n'empêche les contractants d'y avoir recours d'après l'un des schémas prévus sous le *Code civil du Québec*, dans la mesure où la convention respecte la philosophie inhérente au contrat choisi ou susceptible de s'y rapprocher¹⁴⁷. Rappelons néanmoins que le droit transitoire a transformé en hypothèque mobilière toute cession de créance en garantie consentie sous l'ancien droit¹⁴⁸. Rappelons également que cette règle de droit transitoire va au-delà du droit transitoire et possède une dimension de droit permanent ; la cession de créance en garantie ne constitue pas une sûreté privilégiée par le *Code civil du Québec* mais plutôt l'hypothèque¹⁴⁹. On a soutenu que l'effet de l'arrêt *Val-Brillant*

¹⁴⁶ Art. 1799 et 1800 C.c.Q.

¹⁴⁷ Voir : Denise PRATTE, « Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles plus sûres? », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 179, à la page 186. Mme Pratte soulève avec pertinence cette possibilité de la cession de créance en garantie comme autre modalité de sûreté, tout en déplorant que le législateur n'y ait pas prévu de disposition générale permissive. « Il n'est pas certain », affirme-t-elle, « que cette disposition [l'article 1801 C.c.Q.] puisse tenir lieu de disposition suffisamment générale pour empêcher les créanciers d'utiliser la cession de créance en garantie ».

¹⁴⁸ *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 134, al. 1 ; voir également : *Services immobiliers Simmco D.P. Inc. c. Dub*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 1628, J.E. 98-1303 (C.S.) ; confirmée sur ce point en appel dans *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc.*, J.E. 2000-1156, [2000] J.Q. (Quicklaw) n° 1691 (C.A.).

¹⁴⁹ *Boisclair (Syndic de)*, [2001] R.J.Q. 2815, 2818, par. 19, J.E. 2001-1995, REJB 2001-26424 (C.A.). Le juge Gendreau accorde une importance indéniable à la règle de droit transitoire qui transforme en une hypothèque mobilière la cession de créance en garantie consentie sous l'ancien droit. Il ajoute également :

Ainsi, la cession de créance, garantie collatérale, créée à l'époque de l'application du Code civil du Bas Canada, est devenue une hypothèque mobilière, sujette évidemment aux règles de cette institution et, en particulier, à la publicité. Si, cette garantie d'un autre temps est métamorphosée, il s'ensuit que, depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, le créancier qui recherche une sûreté pour assurer l'exécution d'une obligation de son débiteur et qui entend la prendre sur un bien mobilier incorporel doit renoncer à la cession de créance, garantie collatérale, et exiger une hypothèque.

Voir également, dans le même sens : *Poulin-Sansoucy c. Services immobiliers Simmco D.P. inc.*, précité, note 148.

était de permettre à nouveau la cession de créance en garantie¹⁵⁰. Qu'il nous soit permis, pour cet autre motif, de ne pas retenir l'application de l'interprétation proposée par la majorité dans cet arrêt, puisque incompatible avec les dispositions de l'article 1801 C.c.Q. Nous en discutons de manière plus détaillée, en analysant les recours qui s'offrent au titulaire de l'hypothèque de créance, dans la prochaine section, ci-dessous.

De tout cela, l'on ne peut conclure que le gage du nouveau Code civil équivaille à son ancêtre du *Code civil du Bas Canada*. Nous verrons maintenant que cette idée est renforcée, de l'étude des modalités relatives à l'exercice des droits hypothécaires et des autres prérogatives en matière d'hypothèque de créance.

2. Exercice des droits hypothécaires et autres prérogatives en matière d'hypothèque de créance

Nous étudierons, d'abord, les distinctions entre les droits hypothécaires proprement dits et les prérogatives qui échoient au titulaire d'une hypothèque de créance (a). Par la suite, nous relèverons les paradoxes des mécanismes de publicités liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession (b).

a. Droits hypothécaires et perception des créances

Le créancier gagiste a désormais l'obligation d'exercer les mêmes droits hypothécaires que le titulaire d'une hypothèque mobilière sans dépossession, étant assujéti à cette uniformisation des recours¹⁵¹. Ainsi, le créancier gagiste ne bénéficie plus du droit de préférence

¹⁵⁰ Voir : M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, 6, n° 2.1.5.

¹⁵¹ Voir, notamment : *Amyot c. Banque nationale du Canada*, précité, note 123, par. 26-32 (j. Morissette). Cette décision va très loin afin de confirmer le caractère impératif des dispositions du Code civil en matière d'exercice des droits hypothécaires. Dans ce cas, des actions négociables gagées (*i.e.* des valeurs mobilières représentées par certificats) ont été vendues par le créancier sans que les formalités des articles 2757-2759 C.c.Q. ne soient respectées (c'est-à-dire envoi de préavis, délaissement forcé et exercice subséquent de recours hypothécaires). La Cour d'appel juge ce manquement comme étant fatal au créancier gagiste : non seulement la vente des actions n'est pas valide, mais en plus le créancier gagiste est tenu de remettre au créancier le solde du prix de vente obtenu, en vertu de l'article 2767 C.c.Q. *in fine*, recevant application par analogie en cette

particulier dont il jouissait autrefois, ni d'un droit de rétention de la chose gagée, en cas d'exercice de recours contre ladite chose par d'autres créanciers¹⁵².

Qu'en est-il, toutefois, des recours du créancier détenant un gage sur créance, particulièrement sur une créance non représentée par un titre négociable? Plus précisément, qu'en est-il de son droit de percevoir la créance hypothéquée? Existe-t-il une différence en cette matière entre le gage portant sur une créance et celui portant sur tout autre bien, dont par exemple des valeurs mobilières représentées par certificat, qui sont par conséquent «matérialisées»?

Ces questions sont présentement source d'une certaine confusion, voire même d'une certaine incohérence, surtout depuis l'arrêt *Val-Brillant*. Il faudrait ainsi distinguer les droits qui échoient au créancier titulaire d'un gage sur créance de ceux en faveur du titulaire d'un gage sur une valeur mobilière qui ne constitue pas, *a priori*, une créance.

Dans le premier cas, l'article 2737 C.c.Q. attribue au créancier gagiste le droit de percevoir les fruits et revenus du bien hypothéqué, tandis que l'article 2743 C.c.Q. confère au créancier titulaire d'une hypothèque sur une créance le droit de percevoir non seulement les revenus qu'elle produit, mais aussi le capital qui échoit durant l'existence de l'hypothèque. Ces droits existent en faveur du créancier sans que le débiteur ne soit en défaut et ne constituent pas l'exercice de droits ou de recours hypothécaires¹⁵³. Partant, ces droits de perception, tant des revenus que du capital échu, échappent aux exigences prévues par le Code civil pour l'exercice des recours hypothécaires. On affirme donc que :

affaire. Voir également, en matière de gage sur des valeurs mobilières : M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, 11 et 12, n° 4.1.1-4.1.4 ; M.B. RHÉAUME, *loc. cit.*, note 29, 111 et 112. Il faudra cependant tenir compte des règles de conflits de lois pour l'exercice des recours. Voir, à ce sujet : J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 101, 213-217. Dans les hypothèses dont nous discutons maintenant, nous nous limitons aux situations où le droit applicable est celui du Québec.

¹⁵² Voir, en ce sens : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n° 3.36-3.37, p. 239-241 ; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 852, p. 355.

¹⁵³ Voir : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n° 3.86-3.88, p. 298-301 ; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 1119-1141, p. 479-490.

[d]ans le cas d'une hypothèque grevant les droits d'un client en vertu d'un compte de courtage, on pourrait cependant soutenir que le créancier aurait le pouvoir, sans la nécessité de suivre les formalités des recours hypothécaires, de demander au courtier de vendre les valeurs [mobilières dématérialisées] et de lui en remettre le produit. Les droits contractuels que le client possède contre le courtier pourraient en effet être analysés comme étant une créance. Comme on le sait, l'article 2743 C.c.Q. accorde au titulaire d'une hypothèque sur une créance le droit de percevoir la créance, sans avoir à exercer un recours hypothécaire. Cet article, interprété libéralement, permettrait alors au créancier d'exercer les droits contractuels que le client du courtier possède contre ce dernier, dont celui de demander la vente des valeurs et la remise de leur produit. Selon cette analyse, la sûreté accordée par le client pourrait être soit une hypothèque des valeurs se trouvant dans le compte ou encore une hypothèque des droits du client contre le courtier (ces droits étant comparables au *security entitlement* du droit américain); on pourrait même dans l'état actuel du droit aller plus loin et soutenir que cette sûreté est à la fois une hypothèque des valeurs et une hypothèque sur les droits du client contre le courtier.¹⁵⁴

Cette interprétation « libérale », pour reprendre le mot de M^c Deschamps, est séduisante à première vue¹⁵⁵. Cependant, l'exercice de ces droits suppose néanmoins, en pratique, l'existence d'un défaut de la part du débiteur, contrairement aux effets des articles 2737 et 2743 C.c.Q. qui se produisent sans qu'il n'y ait de défaut. Il y a donc lieu de se demander comment le capital vient à échéance dans cet exemple : est-ce par l'effet du contrat qui lie le débiteur au courtier, qui prévoit que celui-ci peut en tout temps percevoir le capital investi et demander la vente de ses titres pour en toucher le produit, droit qui échoirait désormais au créancier gagiste, ou encore, est-ce en raison de la survenance d'un défaut du débiteur à l'égard du créancier gagiste, provoquant ainsi la perte du bénéfice du terme du débiteur à son endroit ? Même en présence d'une stipulation claire

¹⁵⁴ Voir M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, 12, n° 4.1.5. (Nos non-italiques).

¹⁵⁵ Voir aussi, en ce sens : L.B. c. *Caisse populaire de Frampton*, précité, note 13; P. d'ETCHEVERRY, *loc. cit.*, note 68, 10-12; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 915, 1044-1048.1 et 1188-1195, p. 383, 384, 443-445 et 511-515, concernant les parts de fonds communs de placements; selon M^c Payette, ce raisonnement s'appliquerait aussi afin de récupérer le produit de la valeur de rachat d'une police d'assurance-vie, ainsi qu'afin de demander paiement d'un billet promissoire à demande.

autorisant le débiteur à récupérer en tout temps la valeur de son investissement auprès de son courtier dans le contrat de courtage, donc rendant l'obligation payable à demande et non pas à terme, la réclamation faite par le créancier dépendra vraisemblablement de la survenance d'un défaut du débiteur : dans cette situation, elle sera nulle, nous semble-t-il, car contrevenant aux dispositions de l'article 1801 C.c.Q. qui interdisent « au créancier de prévoir, par anticipation et à son seul gré, la dation forcée de la créance hypothéquée »¹⁵⁶. M^e Deschamps avait d'ailleurs autrefois déjà souligné que « [l']article 2743 C.c.Q. confère au titulaire d'une hypothèque le pouvoir de percevoir les créances hypothéquées : cet article n'autorise cependant pas le créancier hypothécaire à annuler les contrats donnant lieu à ces créances »¹⁵⁷. Percevoir le capital autrement que par l'exercice des droits hypothécaires édictés aux articles 2748 C.c.Q. et suivants aurait cet effet, en plus de créer un régime double de perception des valeurs hypothéquées. Au surplus, cela créerait une exception non prévue par le législateur, qui s'ajouterait à celle, pourtant explicitement prévue, de l'article 2759 C.c.Q. en faveur des courtiers en valeurs mobilières.

En effet, dans le cas d'un gage constitué sur des valeurs mobilières représentées par des certificats, qui ne constituent donc pas des créances, la Cour d'appel du Québec a récemment rappelé que le créancier gagiste ne peut les vendre ou se les approprier sans que les formalités d'exercice des recours hypothécaires ne soient suivies, la seule exception permise se trouvant à l'article 2759 C.c.Q., édictée en faveur des courtiers en valeurs mobilières, à titre de créanciers titulaires d'une hypothèque « sur les valeurs qu'ils détiennent

¹⁵⁶ Voir : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n^o 3.88, p. 301 ; voir également : Boisclair (*Syndic de*), précité, note 149. M^e Deschamps précise toutefois que le débiteur pourrait accorder un mandat de vendre au créancier, dans la mesure où ce mandat n'est pas un moyen déguisé de réaliser sa sûreté qui contreviendrait à l'article 1801 C.c.Q. Ce mandat de vendre pourrait, selon M^e Deschamps, être valide si son exercice est relié à la survenance d'événements qui, en eux-mêmes, ne constituent pas des défauts de la part du débiteur, par exemple l'autorisation de vendre les valeurs mobilières dans la situation où leur cours diminue en bas d'un seuil prédéterminé. Voir : M. DESCHAMPS, « Valeurs mobilières », *loc. cit.*, note 70, 13 et 14, n^o 4.4. Voir, en droit français : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note 35, n^o 632, p. 519-521, 525 et 526. Dans l'état actuel du droit québécois, cette thèse semble difficilement soutenable.

¹⁵⁷ Voir : M. DESCHAMPS, « La fiducie », *loc. cit.*, note 29, 152.

pour leur débiteur »¹⁵⁸. Le courtier peut ainsi vendre les valeurs ou les prendre en paiement sans être tenu de donner un préavis au débiteur ou de respecter les délais prescrits par le titre troisième du livre sixième du Code civil portant sur les hypothèques, c'est-à-dire un délai d'au moins vingt jours¹⁵⁹. Cette exception s'explique en raison de la nature des biens grevés, susceptibles de dépréciation rapide. Pourtant, dans le cas du créancier gagiste titulaire d'une hypothèque sur des certificats d'actions, qui n'est pas un courtier, ce créancier détient incontestablement la maîtrise de fait d'un titre, sujet au respect de certaines modalités¹⁶⁰ (contrairement au créancier titulaire d'un droit indéfini sur des valeurs mobilières dématérialisées détenues par un intermédiaire qui, lui, ne détient pas de titre); l'exception de l'article 2759 C.c.Q. ne lui est pas applicable.

¹⁵⁸ Voir : Amyot c. Banque nationale du Canada, précité, note 123, par. 26-32. À cet égard, M^e Payette précise : « [...] La dispense de l'article 2759 C.c. ne s'applique que si le courtier agit « à titre de créancier » ; le courtier garde-valeur pour le compte du véritable créancier hypothécaire ne pourrait se prévaloir de l'article au bénéfice de celui-ci ». Voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n^o 1652, p. 722.

¹⁵⁹ Voir : art. 2758 C.c.Q. S'agira-t-il d'un contrat de consommation que le délai sera de trente (30) jours avant l'expiration du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire. À l'expiration de ce délai, le créancier doit obtenir le délaissement du bien, volontaire ou forcé, et peut alors procéder à l'exercice de son recours hypothécaire. Dans le cas où le débiteur est un particulier, le créancier ne pourra exercer que les recours de prise en paiement et de vente sous contrôle de justice, les recours de prise de possession à des fins d'administration et de vente par le créancier étant limités à l'hypothèque grevant les biens d'une entreprise (art. 2773 et 2784 C.c.Q.). La requête en délaissement forcé et pour exercice du recours de prise en paiement ou de vente sous contrôle de justice sera assujettie aux règles du *Code de procédure civile*, L.R.Q., 1977, c. C-25 (tel qu'amendé de temps à autres) prévues notamment aux articles 110, 111, 112, 151.4 et 796-799 C.p.c., ce qui signifie que des délais s'ajouteront à ceux du préavis d'exercice, faisant en sorte que le processus de liquidation et de recouvrement, en cas de contestation, peut s'étirer jusqu'à 180 jours et même au-delà, si ce délai est prolongé avec l'autorisation de la Cour, à moins que le créancier n'invoque des motifs d'urgence, tel que le permettent les articles 2767 C.c.Q., 113, 151.4, 796, 798 et 799 C.p.c. Toutefois, le débiteur peut délaisser volontairement et consentir à la prise en paiement par le créancier au moyen d'un écrit (art. 2764 et 2781 C.c.Q.) On comprendra que cette mécanique est très lourde, surtout dans le cas de valeurs mobilières cotées et négociées à une bourse reconnue, qui pourront exiger que l'on procède à une vente rapide des titres afin d'éviter la chute des cours.

¹⁶⁰ Voir, notamment, l'article 2756 C.c.Q., qui précise que le créancier gagiste est assujetti aux dispositions et conventions qui régissent le transfert des actions hypothéquées, dans le cadre de l'exercice de ses droits hypothécaires.

Comment alors expliquer qu'une différence de traitement puisse exister dans l'exercice du droit de percevoir la valeur du bien grevé, selon qu'il s'agisse du titulaire d'un gage sur une créance représentée par un titre, négociable ou non, ou du titulaire d'un gage sur valeurs mobilières, matérialisées par la présence de certificats? La réponse dépendrait de la manière dont on analyse et conçoit l'objet de l'hypothèque. S'agit-il d'une hypothèque sur des actions de compagnies représentées par des certificats, *i.e.* des valeurs mobilières, que l'on ne pourra pas parler de l'existence d'un rapport débiteur-créancier, puisque l'actionnaire n'est pas créancier de la compagnie. C'est donc le droit de propriété dans l'action qui sera hypothéqué¹⁶¹. S'agit-il d'une action dématérialisée détenue par l'entremise d'un courtier, que l'on pourra hypothéquer les droits de créance du débiteur à l'endroit du courtier. Cependant, il serait étonnant que pour cette raison, l'on soit maintenant en présence de deux régimes différents relativement à la perception des valeurs grevées. Le *Code civil du Québec* ne nous semble pas suffisamment précis et permissif à cet égard. Dans l'état actuel du droit, le traitement réservé aux valeurs mobilières, peu importe leur nature, devrait être identique et ne devrait pas dépendre de l'existence d'un rapport débiteur-créancier¹⁶². Néanmoins, ces exemples illustrent bien qu'il faudrait préciser les règles relatives aux hypothèques grevant divers types de biens meubles incorporels, tant en ce qui a trait aux modalités de constitution qu'aux modalités d'exécution ou de réalisation¹⁶³. Ces exemples illustrent également que l'hypothèque mobilière avec dépossession s'éloigne considérablement du gage traditionnel. De plus, l'effectivité d'une

¹⁶¹ Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 984 et 985, p. 412 et 413.

¹⁶² Voir également, en ce sens : J.B. CLAXTON, *op. cit.*, note 29, p. 36 et 37.

¹⁶³ Toute discussion à cet égard dépasse le cadre du présent article. Cependant, certaines solutions sont présentement à l'étude en ce domaine. Par exemple, voir le *Projet préliminaire d'UNIDROIT concernant les valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire (2004)*, *op. cit.*, note 78, art. 21 et 22. À l'heure actuelle, l'on y propose que le titulaire d'une sûreté validement constituée et publiée, sur des valeurs dématérialisées, soit autorisé à en disposer ou à se les approprier en cas de défaut, sans la nécessité d'envoyer un préavis au débiteur ou d'obtenir l'autorisation d'un tribunal. Ces mesures, certes souhaitables dans un contexte d'échanges commerciaux rapides, nous semblent néanmoins un peu extrêmes. En effet, comment trouver l'équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur? Cette problématique fut posée, dès l'origine des travaux, par le groupe de travail d'UNIDROIT étudiant ces questions. Voir : *Position Paper, UNIDROIT, 2003*, *op. cit.*, note 78, p. 19 et 20. Il sera intéressant de voir comment évoluera ce projet à cet égard.

telle sûreté est compromise : on observe la présence et l'apparition de règles multiples et divergentes.

À ces contradictions s'ajoutent les paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession.

b. Paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession

Paradoxalement, le gage doit être publié par la détention du bien, alors que le préavis d'exercice de recours doit être publié par voie d'inscription au registre. Cette règle démontre l'illogisme du mécanisme de la détention en matière de publicité de la sûreté : pourquoi seul l'exercice des recours serait limité à l'exigence de l'inscription ? Dans la même veine, la règle de l'article 2956 C.c.Q., 1^{er} alinéa, édicte que « [l]a cession de rang entre créanciers hypothécaires doit être publiée ». Le second alinéa de cette disposition précise que cette mesure est prévue pour, entre autres, assurer la protection des créanciers intermédiaires, s'il s'en trouve. Dans le cas d'un gage, cette transparence des droits des créanciers, souhaitée par le système de publicité des droits par inscription, n'est pas assurée, puisque le gage n'est pas, en principe, assujéti à l'inscription. Cependant, la cession de rang qui implique un créancier gagiste, donc un gage, doit nécessairement être publiée par inscription au registre. Dans ce cas, paradoxalement encore, le gage faisant l'objet d'une cession de rang n'a pas à être inscrit, alors que la cession de rang doit l'être. La situation la plus absurde se produirait dans le cas d'une cession de rang impliquant deux gages successifs sur le même bien, dans la mesure évidemment où l'on admet cette possibilité¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Au sujet de l'inscription nécessaire du préavis d'exercice, voir : art. 2757 C.c.Q. ; voir aussi : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n° 3.36, p. 240. Au sujet de l'inscription nécessaire de la cession de rang, voir le *Manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers*, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : [http://si2.rdpdm.gouv.qc.ca/rdprmweb/html/manuel_inscr_cons.asp] (date de consultation : 23 déc. 2004), sous le titre « La réquisition générale d'une inscription (formulaire RG) », p. 127-129, concernant la réquisition d'inscription d'une cession de rang, où l'on précise, à la page 128, n° 25 : « Si la cession de rang vise une hypothèque avec dépossession qui n'a pas été inscrite sur le registre, cette hypothèque doit être décrite sous la rubrique "Autres mentions" ». Concernant la possibilité de créer des gages successifs, voir notre discussion, *supra*, p. 34 et 35.

Ajoutons à cela la règle de l'article 2712 C.c.Q. qui prévoit que l'hypothèque qui grève une créance que détient le constituant contre un tiers, créance qui est elle-même garantie par une hypothèque inscrite au registre, doit être publiée par inscription ; le créancier doit en plus remettre une copie d'un état certifié de l'inscription au débiteur de la créance hypothéquée¹⁶⁵. L'on vise ainsi à protéger l'intégrité du registre, de même que les tiers qui le consultent et qui s'y fient.

Illustrons l'effet de cette disposition par un exemple. Un particulier détient une créance contre un tiers. Cette créance est garantie par une hypothèque immobilière consentie en sa faveur, évidemment inscrite au registre foncier. Ce particulier peut-il, à son tour, hypothéquer cette créance en faveur de l'un de ses créanciers, en utilisant le mécanisme du gage ? Nous devons répondre par la négative : l'article 2712 C.c.Q. édicte bien que cette deuxième hypothèque doit être publiée par inscription. Cette règle s'applique à tout type de constituant, notamment au particulier ou à la personne morale.

Cela signifie que l'article 2712 C.c.Q. empêche le créancier de voir se constituer un gage en sa faveur sur une créance déjà garantie par une hypothèque inscrite, parce que le Code civil précise, à l'article 2703 C.c.Q., que le gage est publié uniquement par la détention continue du bien ou du titre ; l'article 2707 C.c.Q. n'est d'aucun secours, puisqu'il édicte que « [l]'hypothèque mobilière avec dépossession peut être, *postérieurement à sa constitution*, publiée par inscription, pourvu qu'il n'y ait *pas interruption de publicité* »¹⁶⁶, référant clairement à une situation de conversion d'un gage en une hypothèque mobilière sans dépossession, ce qui signifie qu'au moment de la constitution, la publicité du gage ne peut s'effectuer autrement que par la détention du bien¹⁶⁷ ; dans le cas prévu par

¹⁶⁵ De manière générale, voir : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n^o 3.82-3.84, p. 293-297 ; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n^o 1117, 1118 et 1146-1152, p. 478, 479 et 492-496. Quant à savoir si la nouvelle hypothèque doit être publiée seulement au registre mobilier ou, en plus, au registre foncier lorsque la créance hypothéquée est garantie par une hypothèque immobilière, voir : *Caisse populaire Desjardins de la Ouareau c. Dandurand*, [2003] R.J.Q. 412 (C.A.), qui répond par la négative à cette question. L'article 3014.1 C.c.Q. permettrait sans doute d'envisager une solution différente.

¹⁶⁶ Nos italiques.

¹⁶⁷ Voir, en ce sens : D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, *op. cit.*, note 12, n^o 249 et 250, p. 114. Mme Pratte va plus loin, en précisant, au n^o 250, ce qui suit : « En

l'article 2712 C.c.Q., la détention est donc insuffisante à respecter l'unique exigence de publicité qui y est mentionnée, à savoir l'inscription.

Ainsi, cela signifie que le créancier, aux termes de l'article 2712 C.c.Q., ne peut publier son hypothèque par la détention mais par l'inscription seulement ; s'il ne le fait pas, il risque de se voir déclasser par un créancier hypothécaire subséquent qui, lui, se serait conformé à l'exigence de l'inscription, en plus de ne pas pouvoir exercer ses droits sur l'hypothèque secondaire¹⁶⁸.

modifiant le mode de publicité, le créancier ne détient plus une hypothèque mobilière avec dépossession. Il l'a transformée en une hypothèque mobilière sans dépossession. En effet, **la fin de la détention éteint l'hypothèque mobilière avec dépossession** (Art. 2798 C.c.Q.). Il devra, selon nous, se soumettre alors aux règles concernant l'hypothèque mobilière sans dépossession (Art. 2696 et suiv. C.c.Q.). Par exemple, la règle de validité de forme, exigeant un écrit, s'appliquera (Art. 2696 C.c.Q.) [références omises]. Il semblerait que l'article 2707 C.c.Q. vise le cas de la conversion d'un gage en une hypothèque mobilière sans dépossession, puisque l'on y parle bien « d'ininteruption de publicité ». Voir : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, n° 3.34, p. 238 et 239. Pour M^e Payette, l'hypothèque ainsi convertie ne serait pas assujettie à l'article 2696 C.c.Q. Cependant, il souligne que la conversion ne peut être une façon de contourner l'interdiction de l'article 2683 C.c.Q. Voir : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 600 et 792, p. 237 et 326. Pourtant, il est possible de publier au Registre des droits personnels et réels mobiliers, donc par inscription, une hypothèque conventionnelle avec dépossession (gage) qui soit identifiée de cette manière, au moyen d'un formulaire RH. Ainsi, il semble possible d'utiliser simultanément deux modes de publicité pour le gage, à savoir la détention et l'inscription ; dans ce cas, il ne s'agirait pas d'une situation de conversion, mais de double publicité. Voir, en ce sens : Jean-Pierre BOUSQUET, « La publicité des droits », dans *Collection de droit 2004-2005 : Contrats, sûretés et publicité des droits*, vol. 6, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 185, à la page 186 ; voir aussi : Val-Brillant, précité, note 9, 684, par. 18 (J. Gonthier). Dans ce cas, s'agit-il toujours d'un gage ? Cette double publicité permettrait-elle de respecter la règle de l'article 2712 C.c.Q. ? L'inscription devient-elle véritablement le mode de publicité du gage ? Quelle est alors l'utilité de la détention ? Ne s'agit-il pas alors d'une hypothèque mobilière sans dépossession déguisée, aux formalités moins contraignantes (absence d'écrit, manquement à la règle de la spécialité), contournant la prohibition de l'article 2683 C.c.Q. ? Constatons que, même si l'on opte pour l'interprétation voulant que le gage se publie tant par la détention que par l'inscription, ce qui nous semble malgré tout douteux, l'inobservance de cette double publicité (c'est-à-dire de l'inscription) fragilise de beaucoup le gage, comme nous l'expliquons dans les paragraphes qui suivent.

¹⁶⁸ Voir : *Caisse populaire Desjardins de la Ouareau c. Dandurand*, précité, note 165, 417, par. 45 : « l'hypothèque doit être publiée par inscription, la dépossession ne suffisant pas ici pour accomplir la publicité et dispenser de l'inscription ». Voir :

Qu'en est-il du gage constitué sur une créance qui n'est pas, au moment de la constitution, déjà garantie par une hypothèque inscrite, mais qui, subséquemment à la constitution du gage, devient garantie par une hypothèque inscrite? On pourrait arguer que la maîtrise effective de la créance empêche que soit constituée une telle hypothèque. Mais cette maîtrise effective ne réfère qu'à un droit exclusif du créancier de percevoir seul le produit de la créance: elle n'empêcherait pas le constituant, dans la foulée de l'arrêt *Val-Brillant*, de se voir conférer une hypothèque par le débiteur de la créance, la fonction privative du gage n'étant pas parfaite. En résulterait donc un problème technique: qu'advierait-il de la validité de la publicité initiale du gage? Le créancier gagiste pourrait-il ainsi être déclassé par un créancier hypothécaire subséquent qui aurait respecté les formalités d'inscription? Nous le croyons.

Ces difficultés techniques démontrent bien à quel point l'idée de la dépossession n'est plus adaptée aux réalités d'un système de publicité moderne fonctionnant par voie d'inscription à un registre informatisé. D'un autre point de vue, ces difficultés illustrent à quel point les dispositions du nouveau Code civil tendent vers la matérialisation du gage, suggérant autant de limitations à la portée de l'arrêt *Val-Brillant*, tout en démontrant la nécessité d'une nouvelle réforme législative en matière de mécanismes de publicité des droits.

III. Nécessité d'une réforme législative en matière de mécanismes de publicité des droits

Ainsi, nous croyons que le législateur devrait procéder à plusieurs modifications législatives, non pas afin d'accroître l'importance que certains voudraient que l'on accorde à cette dématérialisation du gage dont nous avons déjà traité, mais plutôt afin de l'abroger le plus complètement et définitivement possible comme **mécanisme de publicité**. Évidemment, le concept de la maîtrise de fait d'un bien, voire même le « contrôle », devrait être articulé de manière précise pour certaines catégories de biens clairement identifiées, mais seulement à titre de mécanisme de constitution de la sûreté, la publicité étant obligatoirement, dans la majorité des cas, **l'inscription**; ce mécanisme de « contrôle » devra par ailleurs se refléter dans l'exer-

P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., *op. cit.*, note 18, p. 563-566, n^o 4.142-4.143; voir aussi: art. 3003 C.c.Q.; *contra*: L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n^o 1150 et 1151, p. 495 et 496.

cice des recours du créancier, où il présentera sa véritable utilité ; enfin, les règles de conflits de lois devront être modifiées en conséquence¹⁶⁹. Nous allons brièvement exposer les motifs soutenant cette prise de position.

Le gage est un mécanisme de publicité primitif et imparfait. Primitif, il réfère à une époque qui se situe à des années-lumière de l'ère des nouvelles technologies de l'information. Les réticences à l'égard de la constitution de sûretés mobilières étaient autrefois justifiées. On peut ainsi comprendre et admettre que la possession ait pu servir de critère de publicité, tant pour constituer des sûretés que comme indice de la propriété d'un bien¹⁷⁰. En droit civil, ce fut d'ailleurs longtemps la seule façon de constituer et de publier une sûreté mobilière.

On a invoqué, au soutien de la thèse de la dématérialisation du gage, l'argument d'un processus de dématérialisation de la monnaie et des valeurs, qui a présentement cours¹⁷¹. À notre avis, cet argument milite plutôt en faveur de l'abrogation du gage, étant donné la

¹⁶⁹ À ce sujet, nous ne formulerons pas de proposition précise dans cet article. Mentionnons toutefois que, de manière générale, pour les biens utilisés dans plus d'un État et pour les biens incorporels, le critère de l'État de la loi constitutive d'une personne morale s'avère intéressant, comme facteur de rattachement, puisque neutre (dans le cas d'une personne physique, il s'agit du lieu de résidence principal). Voir : U.C.C. § 9-301 et 9-307 (2001). De même, pour les sûretés grevant des valeurs mobilières dématérialisées ou des dépôts bancaires publiés par le mécanisme du « *control* », le choix de la loi régissant la validité et la publicité dépend soit de la volonté des parties, soit du lieu où est situé le compte (*i.e.* la succursale), soit du lieu du principal établissement de l'institution financière (U.C.C. § 9-304 et 9-305 (2001)). Les articles 4 à 6 de la Convention de La Haye, précitée, note 99, proposent des solutions semblables, conférant d'abord à l'autonomie des parties le choix de la loi applicable en la matière eu égard à la validité et à la publicité de la sûreté. À défaut, l'on suggère que ce soit la loi de l'intermédiaire pertinent.

¹⁷⁰ Voir notamment, à ce sujet : Jean-Luc AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1998, n^o 237 et 238, p. 246-248.

¹⁷¹ L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n^o 598 et 873, p. 236, 364 et 365. M^e Payette admet cependant que l'hypothèque mobilière sans dépossession est mieux adaptée pour grever des biens incorporels que ne l'est le gage. L'on continue cependant de recourir au gage, pour ces biens, en raison des restrictions posées par l'article 2683 C.c.Q. Voir cependant : B. CRAWFORD, *loc. cit.*, note 99, p. 178, note 62 : « *The intangible nature of the property rights in respect of securities held with an intermediary must make pledges extremely rare, but perhaps some domestic laws still use such concepts in characterizing security interests* ».

nature de ces biens. Là encore, on peut comprendre que la dépossession fictive résultant de la « maîtrise de fait » de la créance (ou de tout autre meuble incorporel), conférée au créancier, fut un temps la seule manière de créer une sûreté sur de tels biens et d'en assurer la publicité¹⁷². Mais dès lors qu'il est permis et possible de créer une sûreté sans dépossession (donc publiée par inscription), permettre la création d'un gage en ayant recours à une telle fiction juridique équivaut à créer, dans les faits, une hypothèque mobilière sans dépossession déguisée, qui échappe à son régime de publicité par inscription.

On ne pourra objecter à cet argument que l'hypothèque mobilière sans dépossession ne confère pas la maîtrise de la créance à son titulaire, au contraire du gage, puisque l'hypothèque sans dépossession vise justement à permettre au débiteur de continuer à détenir et à utiliser le bien¹⁷³. Avec déférence, cet argument ne suscite pas l'adhésion. Aux termes de l'article 2743 C.c.Q., l'hypothèque mobilière sans dépossession portant sur une ou des créances, confère *ab initio* à son titulaire le droit d'en percevoir les revenus qu'elle produit et le capital qui échoit durant l'existence de l'hypothèque. Cette faculté de percevoir confère donc au titulaire, jusqu'à un certain point, la maîtrise de la créance.

Exceptionnellement, l'article 2744 C.c.Q. permet au créancier hypothécaire d'autoriser le constituant, « dans l'acte d'hypothèque », à percevoir, à leur échéance, les remboursements de capital et les revenus des créances hypothéquées. Dans ce cas, on pourrait concevoir que le créancier hypothécaire ne détienne plus la maîtrise de fait de la créance hypothéquée. Pour cette raison, on avance que le créancier gagiste n'est pas visé par l'article 2744 C.c.Q., puisque le gage ne se forme pas par un « acte d'hypothèque ». Dans cette veine, on soutient que l'article 2744 C.c.Q. ne saurait s'appliquer au créancier gagiste, puisque l'autorisation de percevoir la créance donnée au constituant par le titulaire lui ferait perdre la maîtrise de fait de la créance et, par conséquent, le gage s'éteindrait¹⁷⁴.

¹⁷² Voir notre discussion, *supra*, I.B.2.b.i, traitant de la dépossession fictive sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, aux pages 25 et 26.

¹⁷³ C'est ce que soutient L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 874, p. 365.

¹⁷⁴ *Id.*, n° 901, p. 378.

Encore là, nous ne pouvons souscrire à ces arguments. D'une part, l'article 2744 C.c.Q. n'exclut pas, *a priori*, le créancier gagiste de sa sphère d'application. D'autre part, M^e Payette voit dans les termes « acte d'hypothèque » la nécessité d'un acte écrit, ce qui exclurait le gage de la portée de cet article, qui n'est pas soumis à cette formalité de constitution. On pourrait présumer qu'il en soit ainsi, puisqu'il est fait mention que cette autorisation conférée au constituant doit se trouver « dans » l'acte d'hypothèque. Par contre, la signification des termes « acte d'hypothèque » n'implique pas la nécessité d'un écrit, ce qui soulève l'incertitude. En effet, le terme « acte » ne signifie pas nécessairement, à première vue, qu'il s'agisse d'un écrit, pas plus que le terme « hypothèque ». Par exemple, le gage est assurément un « acte juridique », qui est une manifestation d'une ou de plusieurs volontés destinées à produire un effet de droit¹⁷⁵. De plus, à la lumière de l'arrêt *Val-Brillant*, cet argument n'est pas concluant, puisque l'on exige, dans les cas où cela est possible, la présence et la remise d'un écrit¹⁷⁶.

Ainsi, le gage portant sur un titre de créance non négociable constitue une hypothèque mobilière sans dépossession déguisée. L'étude des dispositions entourant la constitution du gage et de celles concernant l'hypothèque de créance suggère qu'il faut procéder à nombre de contorsions intellectuelles afin de permettre la constitution et la publicité d'un gage sur des biens incorporels, ce qui milite, à notre avis, en faveur de l'approche restrictive limitant le gage du nouveau Code civil aux seuls biens corporels et titres négociables¹⁷⁷. Cela indique également que la rédaction des dispositions du Code civil entourant le gage et l'hypothèque de créances s'est faite sans tenir compte des modifications de dernière heure apportées à l'article 2683 C.c.Q., restreignant la possibilité pour un particulier de constituer une hypothèque mobilière sans dépossession.

¹⁷⁵ Voir : P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 46, p. 6 et 10, s.v. « acte », « acte formaliste » et « acte juridique ». Dans le cas du gage portant sur une créance non représentée par un titre négociable, l'acte formaliste de constitution est la remise du bien ou du titre, ce qui ne nécessite pas nécessairement d'écrit.

¹⁷⁶ Voir notre discussion traitant de la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit, *supra*, I.B.2.b.iv, p. 32.

¹⁷⁷ Voir notre discussion ci-dessus, sous les rubriques I.B. et II.B., traitant de la « dépossession » comme mécanisme de constitution et de publicité, ainsi que des prérogatives de l'hypothèque mobilière du nouveau droit.

Mécanisme de publicité imparfait, le gage l'est à plusieurs égards. En outre, on décèle des problèmes qui ont trait à la preuve¹⁷⁸, d'autres qui relèvent de la protection des autres créanciers et des tiers. En matière de preuve, nous avons vu qu'aucun écrit n'est exigé¹⁷⁹. Ainsi, une entorse est faite à l'exigence de la spécialité de l'hypothèque¹⁸⁰ quant à son montant, et les risques de conflits de collocation avec d'autres créanciers, titulaires de sûretés inscrites au registre grevant le même bien, s'en trouvent inutilement accrus. En matière de protection des tiers, on les prive d'une information complète par simple consultation du registre mobilier. Nous n'envisageons même pas, au demeurant, les situations où il y aurait pluralité de gages et de créanciers gagistes sur le même bien, telles qu'évoquées par certains¹⁸¹, qui rendent encore plus dérisoire le recours au gage comme mécanisme de publicité. On fragilise ainsi l'édification d'un ordre de priorité cohérent entre les créanciers, le gage devenant pratiquement une sûreté occulte, en plus de favoriser la création, dans les faits, d'un régime de publicité parallèle au registre.

De plus, comme nous l'avons déjà vu, le créancier est assujéti aux diverses formalités prévues par le Code civil pour l'exercice de ses recours hypothécaires, dont notamment l'envoi et l'inscription d'un préavis d'exercice¹⁸². Cette dichotomie des modes de publicité selon l'époque de la vie de la sûreté est incohérente et inutile.

Pour ces motifs, nous suggérons minimalement la circonspection, par le législateur, de l'hypothèque mobilière avec dépossession,

¹⁷⁸ Voir, notamment: *Expleo Global inc. (Syndic de)*, C.S. Montréal, n° 500-11-018505-020, 21 mars 2003, AZ-50167942. Un chèque visé, remis par un locataire à son locateur à titre de « dépôt de garantie », afin de garantir les obligations du locataire en vertu du bail, constitue un gage, puisque ce montant a été remis, selon la preuve (contradictoire), à cette fin ; le locateur ne peut opérer compensation à même ces sommes postérieurement à la faillite, ni ne peut s'approprier le dépôt sans suivre les formalités requises par le Code civil (préavis d'exercice, délaissement, etc.). Enfin, dans un tel contexte, l'hypothèque ne fut pas jugée valide, en raison de l'article 136(1)f) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

¹⁷⁹ Voir notre discussion traitant de la nécessité de remettre un titre constaté dans un écrit, *supra*, I.B.2.b.iv, p. 32.

¹⁸⁰ Voir, à cet égard : Jacques AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », dans *Mélanges Jean Pineau, op. cit.*, note 31, p. 607.

¹⁸¹ L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 894 et 900, p. 374, 375 et 377.

¹⁸² Voir notre discussion traitant des paradoxes des mécanismes de publicité liés à l'exercice des droits hypothécaires et à la constitution de l'hypothèque en rapport avec la dépossession, *supra*, II.B.2.b, p. 57.

aux seuls biens meubles corporels et titres négociables, à défaut, idéalement, de l'abolir purement et simplement. Bien sûr, cette dernière proposition comporterait certaines limites naturelles¹⁸³. Par exemple, il est évident que même en abolissant cette notion, l'on ne pourrait empêcher la constitution, dans les faits, d'une sûreté avec dépossession grevant un titre de créance au porteur, en raison de la nature même d'un tel bien et de la protection législative dont il fait l'objet¹⁸⁴. Au demeurant, nous croyons que, par exception, la « dépossession » devrait être préconisée comme mécanisme de constitution et de publicité d'un titre de créance négociable¹⁸⁵.

¹⁸³ Voir : M. BILLAU, *loc. cit.*, note 35, n° 1. D'emblée, l'auteur affirme le caractère « naturel de remettre à son créancier un objet en garantie de l'exécution de ses engagements ». Gage évidemment dans un sens général. Gage aussi pour un objet particulier dans le sens de nantissement ou de *pignus*.

¹⁸⁴ L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 911-914, p. 382 et 383. Voir, pour une discussion au sujet de la constitution du gage, selon la nature de l'objet mis en gage : M. BILLAU, *loc. cit.*, note 35, n° 10 et 11. Nous pourrions croire à une analogie avec la transmission du droit de propriété à titre gratuit par le mécanisme du don manuel. Le gage, en tant que remise d'un bien au créancier gagiste à titre de sûreté réelle, et le don manuel, en tant que remise d'un bien au donataire en tant que propriétaire, sont des gestes tout à fait naturels. Ces gestes s'imposent nonobstant toute velléité législative ou doctrinale d'en suggérer l'abolition. Voir les propos de Bressolles à ce sujet : « Un législateur ne saurait émettre des ordres qu'il se sent impuissant à faire exécuter » : Paul BRESSOLLES, *Théorie et pratique des dons manuels*, Paris, Rousseau, 1885, p. 442. Dans les faits, il n'y a de véritable gage que sur un objet corporel ou sur un titre négociable au sens strict. L'analogie est séduisante avec le domaine du don manuel limité aux mêmes biens qui accordent au donataire une possession privative. Voir : Pierre CIOTOLA, « Le don manuel en droit privé québécois ou la libéralité incomprise », (1973-74) 76 *R. du N.* 143, 149 ; Pierre CIOTOLA, « La tradition, condition d'existence du don manuel », (1975-76) 78 *R. du N.* 3, 146, 151 et 206, concernant plus particulièrement la possibilité du don manuel des choses corporelles, la possibilité du don manuel des meubles incorporels particulièrement négociables (au porteur, à ordre par endossement et délivrance) et le refus de permettre le don manuel des titres nominatifs, car ces titres ne sont pas susceptibles de transférer la propriété par simple remise.

¹⁸⁵ C'est d'ailleurs ce que Grant Gilmore et les rédacteurs de la première mouture du Titre 9 du *Uniform Commercial Code* recommandaient à ce sujet : Grant GILMORE, *Security Interests in Personal Property*, vol. 1, Boston, Little, Brown and Company, p. 387 (1965). Notons, par ailleurs, qu'un auteur américain réputé avait suggéré, lors de la récente réforme du *Uniform Commercial Code*, l'abolition du mécanisme de la dépossession à des fins de publicité. Voir : J.J. WHITE, *loc. cit.*, note 49, 545-550. Ce dernier n'a malencontreusement pas été entendu.

L'abolition pure et simple de l'hypothèque mobilière avec dépossession ou sa circonspection aux seuls biens corporels et titres négociables signifierait, dans l'état actuel du droit, qu'une « personne physique qui n'exploite pas une entreprise » ne pourrait pratiquement plus consentir de sûreté mobilière sur des biens incorporels, de manière simple et efficace¹⁸⁶. C'est d'ailleurs l'un des arguments invoqués, dans le cadre du débat actuel, sinon le principal, au soutien de la thèse de la dématérialisation du gage. Une piste de solution à cette problématique, à défaut de permettre à tout constituant de bénéficiaire de l'hypothèque conventionnelle sans dépossession sans aucune restriction ou formalité, consisterait à faire de l'hypothèque mobilière sans dépossession un contrat solennel et d'en assujettir la constitution, par une « personne physique qui n'exploite pas une entreprise », au respect de la forme notariée. Cette proposition mériterait d'être étudiée et considérée de manière plus approfondie.

De plus, à cet idéal de l'abrogation complète et définitive du gage ou de la dépossession comme mécanisme de publicité, s'ajouteraient d'autres objections. Ainsi, l'on demandera pourquoi l'on ne permettrait plus la constitution d'une hypothèque mobilière avec dépossession sur un bien meuble corporel (ou titre négociable), puisque cela ne soulève, conceptuellement, aucune difficulté. En réponse, le premier argument tiendrait de la cohérence du régime de publicité que l'on vise à établir. Il ne semble plus y avoir de motifs permettant de s'opposer à une publicité uniforme des droits grevant tout bien meuble au registre mobilier. Les coûts afférents à l'inscription des droits sont à la portée de tous. Ensuite, la simplification du régime de publicité l'exigerait. En effet, quand on commence à permettre les exceptions, il devient difficile de savoir où s'arrêter, voire même de savoir pourquoi l'on permet de telles exceptions. Le principe de l'égalité entre les créanciers y trouverait donc une nouvelle résonance. Enfin, l'objectif visant à permettre aux créanciers et aux tiers de connaître avec exactitude l'état de l'endettement d'une personne par simple consultation du registre ne serait pas altéré par la possibilité de recourir à un autre mode de publicité. La préservation ou l'encouragement de l'égalité informationnelle des créanciers et des tiers exigerait donc l'abrogation du gage comme mécanisme

¹⁸⁶ Bien sûr, le particulier peut recourir à d'autres mécanismes, dont la fiducie, la réserve de propriété, la location à long terme, mais à l'intérieur de paramètres parfois plus complexes et limités, en pratique.

de publicité¹⁸⁷. Nous sommes toutefois conscients que l'abrogation complète et définitive du gage est impossible, en pratique. En revanche, sa circonspection aux seuls biens corporels et titres négociables est très envisageable.

Notons, d'entrée de jeu, que nos propositions s'inscrivent, jusqu'à un certain point, à contre-courant de certaines tendances actuelles en droit des sûretés, dans le cadre des réformes récentes ou en cours. Ainsi, le *Uniform Commercial Code* a choisi d'adopter un mécanisme de dépossession fictive (c'est-à-dire « *control* ») en lien avec certains biens incorporels et titres dématérialisés¹⁸⁸. Cependant, d'autres

¹⁸⁷ Pour une opinion contraire, lire : Jean-François RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du Droit français*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 1997, n° 823-827, p. 300-302. Notons toutefois que certains tempéraments pourraient être portés à cette exigence de publicité par voie d'inscription au registre, notamment dans certains cas de transactions consuméristes. Voir, toutefois, nos commentaires et les autorités mentionnées, *supra*, note 184. Mentionnons par ailleurs que la doctrine, dès la fin du XIX^e siècle, soutenait déjà que le gage, fondé sur la possession comme mesure de publicité, devrait être substantiellement transformé. Guillouard écrivait alors que « cette condition traditionnelle du contrat de gage, la mise en possession du créancier gagiste, pourrait, à notre avis, dans l'état de la civilisation à notre époque, être très avantageusement remplacée par une publicité sérieuse, donnée au contrat de gage, l'objet du gage restant aux mains du débiteur ». Il poursuit son étude sur les avantages de l'inscription sur la mise en possession du créancier gagiste en ajoutant ce qui suit : « Puis, et c'est là surtout, à notre avis, la vraie supériorité du système que nous exposons, lorsqu'il s'agit du gage constitué sur des créances, soit nominatives, soit au porteur, l'inscription du gage sur un registre spécial et public constitue une publicité beaucoup plus sérieuse et plus pratique que celle qui résulte de l'accomplissement des formalités de l'article 2074 pour les valeurs au porteur, et de celles de l'article 2075 pour les valeurs nominatives » : Louis Vincent GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, Paris, Pédone, 1895, n° 89 ; voir également : M. BILLAU, *loc. cit.*, note 35.

¹⁸⁸ Voir : U.C.C. § 9-203(1)(a) (1995) ; U.C.C. § 9-203(b)(3)(D) (2001). La notion de contrôle est définie à différents endroits, notamment aux sections U.C.C. § 9-104, 9-105, 9-106 et 9-107 (2001). C'est une façon de remplir l'exigence de la dépossession pour les biens intangibles (*i.e.* l'équivalent des biens meubles incorporels du droit civil). La publicité par ce mode de constitution est autorisée aux termes de la section U.C.C. § 9-314 (2001). Voir : J.J WHITE et R.S. SUMMERS, *op. cit.*, note 78, p. 775 : « *One way to think of control is to regard it as the intangible's equivalent to possession of tangibles. As we have said [...], security interests in intangibles for which there is no indispensable res to be possessed (like a negotiable instrument) cannot be perfected by possession. Yet some of these intangible interests can be put under the "control" of a secured creditor to*

projets d'harmonisation du droit¹⁸⁹, proposés par divers organismes internationaux d'uniformisation du droit se montrent hésitants à suivre cette voie, bien que l'attrait de la dépossession fictive soit bien présent¹⁹⁰. Cette tendance qui se dessine actuellement, çà et là, mettra peut-être un frein aux propositions que nous avançons

the exclusion of others, and this will put third parties on notice». Notons que le juge Deschamps a bien relevé, dans sa dissidence, que ces nouvelles dispositions du *Uniform Commercial Code* en matière de constitution et de publicité par le mécanisme du contrôle n'ont certainement pas pu influencer le législateur québécois de 1991 et 1994, puisque ce mécanisme n'existait pas à ce moment en droit américain. Cet argument nous semble important, contrairement à ce que prétend le juge Gonthier à cet égard, qui s'inspire des avancées américaines postérieures à l'édition du nouveau Code pour tirer ses conclusions. Voir : Val-Brillant, précité, note 9, 687 et 688, par. 22-24 (j. Gonthier), 715, par. 114 (j. Deschamps).

¹⁸⁹ De façon générale, concernant l'ensemble des travaux de l'harmonisation du droit à l'échelle internationale portant sur le droit des sûretés, voir : Roy GOODE, «Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional», (2003) *Rev. dr. unif.* 341 ; Alejandro M. GARRO, «Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives», (2003) *Rev. dr. unif.* 357 ; Hannah L. BUXBAUM, «Unification of the Law Governing Secured Transactions: Progress and Prospects for Reform», (2003) *Rev. dr. unif.* 321.

¹⁹⁰ La question ne semble pas encore tranchée, dans le cadre des travaux en droit des sûretés de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Voir notamment, à cet égard : *Rapport du Secrétaire général: projet de guide législatif sur les opérations garanties*, Doc. off. CNUDCI NU, Doc. NU A/CN/WG.VI/WP.9/Add. 2 (22 juillet 2003) ; voir aussi : Spiros V. BAZINAS, «UNCITRAL's Work in the Field of Secured Transactions», (2004) 36 *Uniform Commercial Code L.J.* 67, 76-78. La Loi modèle proposée par l'Organisation des États Américains semble privilégier le mécanisme de l'inscription, bien que la dépossession, réelle et fictive, semble permise en certains cas limités. Voir : ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VI), 3^e session plénière, *Model Inter-American Law on Secured Transactions*, Doc. off. OEA/Ser. K/XXI.6, CIDIP-VI/doc.24/02 rev. 2 (5 mars 2002), art. 8, 10 et 23. Au sujet de ce texte, voir : Boris KOZOLCHYK et John M. WILSON, «The Organization of American States Model Inter-American Law on Secured Transactions», (2003) 36 *Uniform Commercial Code L.J.* 15. Concernant une version antérieure de ce texte, voir : Antoine LEDUC, «Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques», (2001) 103 *R. du N.* 51 ; voir, enfin, les articles 11 et 12 du *Projet préliminaire d'UNIDROIT concernant les valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire* (2004), précité, note 78, qui, tout en favorisant le mécanisme du «control», n'empêchent pas que d'autres mesures de publicité soient requises, à condition toutefois que le titulaire de cette sûreté ainsi acquise détienne une priorité de rang ne dépendant pas de l'ordre du temps.

pour la réforme du droit québécois. Les jeux ne sont pas faits : on note une certaine hésitation. On peut déplorer que le mécanisme de la dépossession fictive, à une époque de progrès informatiques majeurs, continue de conserver cette aura à plusieurs niveaux. La véritable réforme du droit des sûretés mobilières est indissociable des mécanismes de publicités qui en sous-tendent l'édifice. Toute dépossession, réelle ou fictive, devra être la plus clairement circonscrite, afin de ne pas nuire à l'efficacité, à l'effectivité et à l'intégrité d'un registre. Nos propositions valent donc tant pour la réforme locale qu'internationale.

*
* *

L'efficacité et l'effectivité de tout régime de sûretés reposent sur le système de publicité qui le sous-tend. Longtemps, les sûretés mobilières furent limitées aux seuls biens meubles corporels. Les progrès informatiques ont changé la donne. Ce qui était autrefois impensable est devenu réalité. D'un régime de sûretés mobilières fondé sur la tradition matérielle de la chose par le débiteur en faveur du créancier, l'on est passé à un régime permettant au débiteur de conserver la détention de biens meubles tout en les affectant de sûretés au profit de créanciers. Les sûretés mobilières sans dépossession, bien que présentant toujours plus d'incertitudes que les sûretés immobilières, sont néanmoins bien desservies par l'établissement d'un registre nominatif informatisé, unique, centralisé, pour une région géographique donnée, en l'occurrence, le Québec.

Le régime de sûretés du Québec a cependant mal à ses règles et mécanismes de publicité. Le législateur a tenté d'intégrer les sûretés immobilières et mobilières sous un même régime, celui de l'hypothèque. Cette intégration n'est ni complète, ni parfaite¹⁹¹. Au seul plan des registres de publicité, l'on note la présence de deux registres distincts, soit le registre foncier et le registre des droits personnels et réels mobiliers (le « registre mobilier »). Le registre foncier n'en est pas un d'inscription des droits, mais bien de dépôt des actes. Informatisé, il permet cependant la consultation en ligne, grâce à Internet, des actes d'hypothèques, qui sont numérisés. Bien qu'aucune garantie de titre ne soit donnée par l'État, il est possible d'éta-

¹⁹¹ P. CIOTOLA, « Contre-réforme », *loc. cit.*, note 31, 60 et 61 et « Épizootisme législatif », *loc. cit.*, note 31, 873 et 874.

blir le rang d'un créancier plus aisément au foncier qu'au mobilier. Enfin, les règles concernant la présentation des actes, leur intégrité et les attestations requises, font du registre foncier un instrument plus fiable que ne l'est le registre mobilier¹⁹².

Le registre mobilier, à l'inverse du registre foncier, en est un d'inscription de droits. Louangé comme instrument informatique performant, considéré comme étant l'un des fleurons de la nouvelle technologie juridique au Québec, l'on remet cependant en question la qualité et l'intégrité des informations qui y sont véhiculées, puisque aucune certification ou attestation n'est requise, et ce, tant pour l'inscription que pour la radiation des droits. Qui plus est, la consultation du registre mobilier ne permet ni de connaître l'étendue exacte des charges grevant le patrimoine d'un débiteur, ni d'établir le rang d'un créancier¹⁹³. À ce chapitre, plusieurs tempéraments à l'inscription et à l'établissement du rang selon l'ordre du temps sont à signaler¹⁹⁴. D'abord, la possibilité de constituer un gage sur pratiquement tout type de bien meuble, selon l'interprétation de l'arrêt *Val-Brillant*, constitue une brèche majeure à l'intégrité du registre mobilier, en particulier dans le cas de biens incorporels, plus précisément celui des créances. S'ajoutent à cela les règles des articles 2699 et 2708 C.c.Q. : les hypothèques mobilières grevant des biens représentés par connaissance, des titres négociables ou des créances, sont opposables aux créanciers du constituant, si l'hypothèque est inscrite ou si le titre est remis au titulaire dans les dix (10) jours qui suivent l'exécution de sa prestation. Voici donc une période occulte minimalement de dix (10) jours : elle sera évidemment supérieure dans le cas d'un gage, surtout s'il s'agit d'un bien incorporel ne présentant pas le caractère de la négociabilité.

¹⁹² Pour une critique des règles de publicité en matière foncière, voir : François BROCHU, « Critique d'une réforme cosmétique en matière de publicité foncière », (2003) 105 R. du N. 761.

¹⁹³ Pour une critique des règles de publicité en matière mobilière, voir : Pierre DUCHAINE et Denys-Claude LAMONTAGNE, « Rdprm : Duplicité ou Publicité du Registre Mobilier? », (2003) 105 R. du N. 795. Y aurait-il lieu de penser à une intégration éventuelle des registres fonciers et mobiliers en un seul et unique registre?

¹⁹⁴ Nous nous contentons d'en signaler les principaux.

Ajoutons le cas de la cession ou de l'hypothèque résultant d'un contrat d'assurance : l'article 2461 C.c.Q. prévoit en effet que de tels actes ne sont opposables tant à l'assureur, au bénéficiaire ou aux tiers, qu'à compter du moment où l'assureur en reçoit avis. Dans ce cas, cela signifie que l'inscription ne suffit pas à assurer l'opposabilité de l'hypothèque, ni à lui conférer son rang, même lorsqu'il s'agit d'une hypothèque mobilière sans dépossession, qui doit pourtant obligatoirement être inscrite au registre. Ainsi, un créancier qui a inscrit antérieurement son hypothèque peut se voir déclasser par un créancier, même gagiste, qui transmet son avis de cession ou d'hypothèque à l'assureur avant lui, ce qui constitue une exception notable au principe de l'ordre du temps établi par l'inscription et aux autres effets qui y sont normalement rattachés¹⁹⁵.

Enfin, les quasi-sûretés que sont la fiducie-sûreté¹⁹⁶, les réserves de propriété¹⁹⁷, la faculté de rachat¹⁹⁸, le crédit-bail¹⁹⁹ et le bail à long terme²⁰⁰ doivent, dans la plupart des cas, être publiées pour être opposables. Cependant, les dispositions qui régissent la publicité et les recours divergent d'une transaction à l'autre. Délai de grâce de quinze jours pour la publicité des réserves de propriété, des crédits-baux et des baux à long terme, favorisant l'occultisme, délai réduit en peau de chagrin par la Cour suprême du Canada dans deux affaires récentes dans un contexte de faillite, puisque, en certains cas, la non-publication ne sera pas fatale au créancier à l'égard d'un

¹⁹⁵ Voir, en ce sens : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 30, n° 379, 1199 et 1200, p. 152 et 153, 516 et 517. Bien d'autres mécanismes confèrent des sûretés occultes et n'apparaissent à aucun registre. Par exemple, les priorités du Code civil sont occultes. De même, les ministères du Revenu disposent d'un arsenal impressionnant de droits occultes qui primeront ceux des créanciers inscrits. Voir, à ce sujet : Philippe BÉLANGER, « Droits, priorités et super priorités des ministères du Revenu », (2001) 35 *R.J.T.* 83 ; Roger P. SIMARD, « Recours des ministères du Revenu en cas de faillite et d'insolvabilité », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de la faillite (1998)*, vol. 107, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 137. Enfin, certaines sûretés mobilières existent en vertu de lois particulières et aussi en vertu du droit fédéral, et s'inscrivent à un registre autre que le registre mobilier. C'est le cas, notamment, de la sûreté établie en faveur des banques aux termes de l'article 427 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

¹⁹⁶ Art. 1263 C.c.Q.

¹⁹⁷ Art. 1745, 1748 et 1749 C.c.Q.

¹⁹⁸ Art. 1750-1756 C.c.Q.

¹⁹⁹ Art. 1847 C.c.Q.

²⁰⁰ Art. 1852 C.c.Q.

syndic de faillite²⁰¹. Enfin, ces quasi-sûretés ne présentent aucune exigence d'indication de montant au registre, s'écartant donc de la règle de la spécialité, qui prévaut en matière d'hypothèque mobilière sans dépossession, règle nécessaire afin de connaître avec plus de précision l'étendue de l'endettement d'un débiteur par simple consultation du registre. De plus, les biens assujettis à ces transactions ne font pas partie du patrimoine du débiteur.

Et pourtant, la publicité est une mesure obligatoire en vue d'assurer l'opposabilité aux tiers de toute sûreté et de lui conférer son rang²⁰². La publicité peut même être une mesure obligatoire assurant la validité d'une sûreté, comme c'est le cas pour l'hypothèque mobilière avec dépossession²⁰³. L'arrêt *Val-Brillant* illustre donc quelques problématiques fort circonscrites, en matière d'hypothèques mobilières. Ces problématiques s'inscrivent néanmoins dans une tendance plus générale, où les règles de publicité s'appliquent de manières variables. Cela s'explique, entre autres, par la déficience de la rédaction de plusieurs dispositions législatives ; cela s'explique également par une attitude généralisée qui porte en aversion toute forme de publicité en matière mobilière²⁰⁴.

Enfin, il est étonnant de constater, d'une part, l'interprétation rigoureuse et formaliste des exigences de publicité au registre mobilier, notamment en ce qui a trait à l'identification précise du nom du

²⁰¹ Au moment de remettre le présent texte à l'éditeur, la Cour suprême rendait les deux arrêts suivants : *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348, 2004 CSC 64 ; *Lefebvre (Syndic de)* ; *Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63. Il ne nous appartient pas d'analyser ces décisions dans le cadre du présent article. Mentionnons toutefois qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une controverse déjà commentée par d'autres. Voir, notamment : François BROCHU, « La crise d'adolescence du RDPRM », (2002) 104 *R. du N.* 323 ; Pierre DUCHAINE, « Le locateur à long terme d'un bien meuble doit-il publier le bail afin que son titre de propriété soit opposable aux tiers ? », (2002) 104 *R. du N.* 529 ; Louis PAYETTE, « La location à long terme de matériels d'équipement et de véhicules routiers », (2002) 62 *R. du B.* 1.

²⁰² Voir : art. 2663, 2934 et 2941 C.c.Q.

²⁰³ Art. 2663, 2702 et 2703 C.c.Q.

²⁰⁴ En effet, l'on pourrait soutenir qu'il ne devrait pas être plus difficile de respecter les exigences relatives à la vente de biens meubles, en ce qui a trait aux formalités de constitution et de publicité, lorsque l'opération vise à constituer et publier une sûreté. Cependant, rien n'empêche que certaines formalités de publicité s'ajoutent éventuellement en matière de vente de biens mobiliers, ou de vente en bloc.

constituant²⁰⁵, et d'autre part, d'observer un certain laxisme permettant la constitution de sûretés mobilières sans dépossession déguisées, tout comme le veut l'interprétation de la majorité dans l'arrêt *Val-Brillant*.

Tout cet exposé démontre, si besoin était, les incertitudes grandissantes liées à nos régimes de publicité et de sûretés. La contre-réforme est à l'œuvre. Nous croyons qu'il nous faudrait revoir en profondeur les règles actuelles, pour faire en sorte que nos sûretés soient plus sûres, plus uniformes, plus simples.

En cela, il est certes vrai que la véritable réforme du droit passe inévitablement par une réflexion concertée, éventuellement sanctionnée par le législateur dans ses lois. Cependant, en matière de droit des sûretés, force nous est de conclure que le législateur québécois, depuis l'adoption du nouveau Code civil et par la suite, a procédé à la modification ponctuelle de règles, de manière disparate, sans qu'il n'y ait de vision d'ensemble soutenant ses actions, et sans qu'il ne se montre, par ailleurs, à l'écoute des préoccupations exprimées par nombre d'experts et d'autorités en ce domaine, visant à corriger des problématiques importantes, dont celle de l'hypothèque du particulier grevant des biens incorporels, qui culmina par cette décision de la Cour suprême rendue dans l'arrêt *Val-Brillant*²⁰⁶.

À cet égard, la décision de la majorité, dans l'arrêt *Val-Brillant*, se voulait certainement une réponse aux carences du Code civil, voire même une solution, afin d'inscrire le droit québécois des sûretés dans la modernité. On a reproché aux tribunaux de céder trop facilement et trop souvent aux diverses demandes qui leurs sont présentées, interprétant la loi d'une manière trop permissive et s'écarter du texte au profit d'une recherche excessive de l'intention du législateur, car constituant un certain nihilisme de la véritable réforme du droit, qui doit passer par le processus législatif²⁰⁷. Bien que cela soit vrai et déplorable, le législateur, lui, n'est pas en reste : qu'en fait-il, de la véritable réforme du droit ? Le nihilisme n'est pas l'apanage exclusif du processus judiciaire. Bref, ceci explique certes cela, sans pour autant l'excuser. En effet, l'arrêt *Val-Brillant* montre

²⁰⁵ Voir, entre autres : 9076-3335 *Québec inc. (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 2101, J.E. 2003-1586 (C.A.).

²⁰⁶ Cela fut déjà souligné à plusieurs reprises et en d'autres lieux. Voir, notamment : P. CIOTOLA, « Contre-réforme », *loc. cit.*, note 31.

²⁰⁷ Voir : R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 58.

clairement les limites des solutions ponctuelles qui peuvent être apportées par le tribunal, au détriment d'une réforme d'ensemble, visant la cohérence d'un tout, présidée par le législateur²⁰⁸.

Au fond, les véritables questions qui nous sont posées par l'arrêt *Val-Brillant* sont les suivantes : Quel régime de publicité voulons-nous ? Quelle est la fonction de la publicité ? Quel régime de sûretés voulons-nous ?

À ces questions s'en ajoute une dernière, non moins cruciale et fondamentale : Quel type de processus de réforme du droit souhaitons-nous ?

²⁰⁸ Dans un autre contexte (néanmoins connexe), c'est d'ailleurs l'invitation que fait la Cour suprême du Canada au législateur québécois, sous la plume de la juge Deschamps, c'est-à-dire celle de la véritable réforme du droit, dans l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758, 2004 CSC 29, par. 47, 49 et 57, concernant la question de la saisissabilité des contrats de rentes pratiqués par les assureurs. La juge Deschamps note avec pertinence que, dans ce domaine également, de l'abondance de modifications législatives ponctuelles découle une absence de cohérence systémique.