

La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique ?

Yaëll *EMERICH**

Résumé

Bien qu'il soit a priori possible d'opposer le droit civil des sûretés réelles – qui adopte une approche essentialiste ou notionnelle du droit des sûretés – au droit des sûretés de la common law nord-américaine – qui opte pour une approche fonctionnaliste ou fonctionnelle des sûretés –, le tableau ne saurait toutefois être aussi tranché. En effet, alors que le droit civil des sûretés se teinte de plus en plus d'une approche fonctionnaliste, phénomène que l'on observe de façon particulièrement marquée au sein du

Abstract

Although at first blush it might seem possible to contrast the Civil Law on secured transactions – which takes an essentialist or notional approach to securities law – with the North-American Common Law on security interests – which opts for a functionalist or functional approach to securities – the picture is in fact far less clear-cut. Indeed, while the Civil Law on securities is taking on more and more of a functionalist hue, and particularly so in Quebec Civil Law, the North American Common Law on

* Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université McGill et ancienne allocataire de recherche à l'Université Lyon 3. L'auteure tient à remercier les professeurs Roderick A. Macdonald et Lionel Smith pour leurs commentaires éclairés sur une version préliminaire de ce travail. Ses remerciements vont également à monsieur Yacine Hadjoudj et à monsieur Nicolas Préville-Ratelle, pour leur travail assidu en tant qu'assistants de recherche dans le cadre de ce projet, ainsi qu'à madame Laurence Bich-Carrière et monsieur Alexandre Mireault, qui ont participé ponctuellement à ce projet. Cet article a bénéficié du soutien financier du Fonds québécois de la recherche sur la société et la culture (FQRSC).

droit civil québécois, le droit des sûretés réelles en common law nord-américaine est toujours imprégné par l'importance de la nature juridique de la transaction. La thèse d'un rapprochement symbiotique entre les approches du droit des sûretés dans les systèmes civilistes et de common law peut ainsi être soutenue.

secured transactions is still marked by the importance of the legal characterization of transactions. The theory that the approaches in securities law in the Civil and Common Law systems are symbiotically converging is thus defensible.

Plan de l'article

Introduction	99
I. La question de l'importance de la nature juridique des sûretés réelles: une opposition entre les traditions juridiques de droit civil et de common law?	102
A. L'approche essentiellement notionnelle du droit civil québécois des sûretés	103
1. De la notion d'hypothèque découle son régime juridique	103
a. L'hypothèque est un droit réel.....	104
i. La notion extensive de droit réel et la question de l'objet de l'hypothèque: l'apport du droit des sûretés réelles à la théorie du droit des biens.....	105
ii. Le droit de suite et le droit de préférence comme manifestations extérieures du droit réel d'hypothèque	106
b. L'hypothèque est un droit réel accessoire	109
2. L'incidence de la qualification de la priorité sur son régime juridique	110
B. L'approche structurellement fonctionnelle du droit canadien des sûretés	112
1. L'indifférence du titre de propriété.....	113
2. L'indifférence de la nature juridique du droit.....	115
a. La définition fonctionnelle de la sûreté (<i>security interest</i>)	115
b. La pluralité de nature des droits inclus dans le concept de <i>security interest</i>	117

II. Les limites d’une opposition du modèle civiliste et de common law du droit des sûretés réelles : vers un rapprochement des systèmes juridiques ?	119
A. Une approche notionnelle teintée de fonctionnalisme en droit civil québécois	119
1. La présence du fonctionnalisme dans la notion d’hypothèque et dans le concept de gage (hypothèque mobilière avec dépossession)	120
2. Les sûretés-propriétés	121
B. Une approche fonctionnelle aux relents d’essentialisme en common law canadienne	128
1. Les limites de l’approche fonctionnaliste en matière de biens personnels ou mobiliers	128
a. Le <i>security interest</i> est une notion-cadre	128
b. Le <i>security interest</i> ne rompt pas totalement avec la nature juridique de l’opération	130
2. La présence d’une approche notionnelle en matière de biens réels ou immobiliers	131
a. Le contenu conceptuel du <i>mortgage</i> et de la charge	132
i. Le « mortgage légal » (<i>legal mortgage</i> ou <i>common law mortgage</i>)	132
ii. Le « mortgage en equity » (<i>equitable mortgage</i>)	134
iii. La « charge en equity » (<i>equitable charge</i>)	135
iv. La « charge légale » (<i>legal charge</i>) ou « mortgage statutaire » (<i>statutory mortgage</i>)	136
b. Le régime des sûretés immobilières au Canada	136
Conclusion	139

L'approche fonctionnelle est souvent évoquée comme étant caractéristique du droit des sûretés réelles en common law nord-américaine. Cette conception du droit des sûretés met moins l'accent sur la qualification de la transaction ou sa nature juridique que sur son effet concret et sa fonction de garantie. Quant au droit civil, il est souvent décrit comme ayant adopté une approche essentialiste ou notionnelle du droit des sûretés, axée sur la nature juridique de la transaction. Pourtant, non seulement l'approche fonctionnelle n'est-elle pas absolument retenue en common law pour les biens personnels (*personal property*), mais elle est également largement étrangère aux biens réels (*real property*)¹. De plus, si la nature de l'opération juridique est en principe fondamentale en droit civil, la conception civiliste du droit des sûretés est néanmoins marquée par un certain fonctionnalisme, à la fois en ce qui a trait à la notion d'hypothèque, qui tend à devenir une notion-cadre à vocation extensive, qu'en ce qui concerne la conception des sûretés-propriétés.

L'objectif principal de cet article est de montrer que les deux grands systèmes de droit que sont la common law et les systèmes civilistes ou romano-germaniques tendent vers un rapprochement symbiotique en adoptant une approche mixte du droit des sûretés réelles. La différence d'approche du droit des sûretés réelles entre les systèmes de common law influencés par le modèle fonctionnaliste, d'une part, et les systèmes civilistes portés vers une approche notionnelle ou catégorielle du droit des sûretés, d'autre part, est plus apparente que réelle. Cette démonstration est construite autour de la question théorique fondamentale de l'importance de la nature juridique de la sûreté dans les deux systèmes de droit étudiés. Le droit canadien, au cœur de ces deux approches, est pris comme point de départ pour tenter de faire un pont entre ces deux traditions qui semblent *a priori* antithétiques.

¹ Le modèle fonctionnaliste de l'article 9 du Code de commerce uniforme américain, adopté notamment par les états américains et par les provinces canadiennes de common law, n'a pas été suivi par la common law anglaise. Cet article traite surtout de la common law nord-américaine, où l'approche fonctionnelle prend toute sa dimension, pour montrer que cette approche n'est pas absolue. L'argument vaut toutefois *a fortiori* pour la common law anglaise qui n'a pas adopté l'approche fonctionnelle du modèle américain en matière de biens personnels. La traduction biens personnels et biens réels est ici privilégiée par rapport à celle de biens mobiliers et biens immobiliers. Voir sur ce point : Nicholas KASIRER, « Le real estate existe-t-il en droit civil? », (1998) 29 R.G.D. 465, 472.

Le droit canadien, souvent propice aux études comparatives, l'est particulièrement en droit des sûretés, le droit civil québécois côtoyant le droit des sûretés des provinces canadiennes de common law². Le point de vue comparatif adopté dans ce travail met en regard le droit québécois et le droit canadien des sûretés réelles, avec quelques incursions en droit américain – l'article 9 du *Code de commerce uniforme* (UCC) étant le précurseur et l'inspirateur des lois sur les sûretés mobilières canadiennes³, ainsi qu'en droit français, dont le droit civil reste encore relativement hermétique à l'approche fonctionnelle nord-américaine.

Les *Lois sur les sûretés mobilières* (*Personal Property Security Acts* – ci-après « PPSA ») ont été adoptées à compter du milieu des années soixante-dix⁴ et ont succédé à une réglementation complexe et protéiforme, que l'on a pu qualifier de « presque [b]yzantin[e] dans sa complexité et son manque de cohérence »⁵. La rationalisation et la simplification du régime antérieur, activement souhaitées par le milieu des affaires, a conduit à l'adoption d'un modèle fonctionnel des sûretés fondé sur l'utilisation d'un

² On s'intéressera ici principalement à la province du Nouveau-Brunswick et à celle de l'Ontario. Le choix de ces deux provinces s'explique par le fait que le Nouveau-Brunswick constitue une province typique de la législation des PPSA, alors que l'Ontario constitue l'exception la plus importante au processus d'unification des PPSA dans les différentes provinces. Voir : Ronald C.C. CUMING, Catherine WALSH et Roderick J. WOOD, *Personal Property Security Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, p. 10.

³ Sur le plan de la politique législative, les débats ont été vifs, quant au point de savoir quel régime ou quel modèle devrait être privilégié. Voir notamment : Ronald C.C. CUMING, « Article 9 North of 49: The Canadian PPS Acts and the Quebec Civil Code », (1995-1996) 29 *Loy. of LA L.Rev.* 971, 989, qui évoque le « génie universaliste » de l'article 9 et voit son influence sur les PPSA, mais aussi sur le *Code civil du Québec*. Pour des réticences vis-à-vis d'un prétendu modèle de l'article 9 pour les systèmes civilistes : Martin BOODMAN et Roderick A. MACDONALD, « How Far is Article 9 of the Uniform Commercial Code Exportable? A Return to Sources? », (1996) 27 *Can. Bus. L.J.* 249; Michael G. BRIDGE, Roderick A. MACDONALD, Ralph L. SIMMONDS et Catherine WALSH, « Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions », (1998) 44 *R.D. McGill* 567. Voir aussi : Jean-François RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 1997, qui prône l'adoption d'une approche fonctionnelle en droit français.

⁴ L'Ontario a adopté le premier PPSA en 1976.

⁵ R.C.C. CUMING, préc., note 3, 973.

concept unique de *security interest*⁶ et assis sur un système de publicité des droits unifié⁷.

La réforme du droit des sûretés au Québec, telle qu'elle apparaît dans le *Code civil du Québec*⁸, ne s'est pas faite dans des conditions totalement similaires et n'a pas répondu exactement aux mêmes besoins que dans les provinces canadiennes de common law⁹. Elle a néanmoins également abouti à une simplification et à une plus grande systématisation du régime antérieur du droit des sûretés¹⁰. La rationalisation en droit civil est même paradoxalement plus poussée sur certains points, puisque le *Code civil du Québec* réglemente à la fois les sûretés mobilières et immobilières, alors que dans les provinces canadiennes de common law, la réforme opérée par les PPSA ne s'applique qu'aux biens personnels ou mobiliers. La présomption d'hypothèque, qui avait été proposée par l'Office de révision du Code civil et qui aurait eu pour effet d'unifier davantage le concept d'hypothèque au Québec en le rapprochant du concept unitaire de *security interest*, n'a toutefois pas été adoptée par le législateur civiliste. Cela a eu pour conséquence que les sûretés-propriétés n'ont pas été ramenées dans le giron de la notion d'hypothèque et conservent donc leur autonomie conceptuelle.

⁶ Pour une critique de l'assimilation entre la rationalisation et l'uniformisation du droit des sûretés : Roderick A. MACDONALD, « Le droit des sûretés mobilières et sa réforme : principes juridiques et politique législative », dans Pierre LEGRAND (dir.), *La common law d'un siècle à l'autre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 447.

⁷ Les PPSA ont mis en place un registre unique de publicité, le Registre des biens personnels/*Personal Property Registry*, qui a largement contribué à la rationalisation du droit des sûretés mobilières dans les provinces de common law.

⁸ Le Comité du droit des sûretés de l'Office de révision du Code civil voulait modifier le régime des sûretés réelles en profondeur. Les propositions de ce comité avaient trouvé leur expression dans l'avant-projet de loi de 1986, qui n'est toutefois jamais entré en vigueur. Après plusieurs amendements, le nouveau droit des sûretés a fait l'objet du projet de loi 125 sanctionné en 1991, qui forme aujourd'hui le *Code civil du Québec*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Voir notamment sur ce processus de réforme : Roderick A. MACDONALD, « The Counter-reformation of Secured transactions Law in Quebec », (1991) 19 *Can. Bus. L.J.* 239.

⁹ Pour une comparaison entre ces deux processus de réforme : R.C.C. CUMING, préc., note 3, 972-974.

¹⁰ Voir : 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, 834.

Cet article comporte une triple dimension. Il se veut d'abord une étude conceptuelle portant sur les notions fondamentales du droit des sûretés et vise à définir la place de l'analyse notionnelle dans le droit des sûretés réelles, tant mobilières qu'immobilières¹¹. Il s'agit également d'une étude comparative entre les deux grandes traditions que sont le droit civil et la common law et les modèles, essentialiste ou fonctionnaliste, qui y sont associés en matière de sûretés¹². Finalement, cette étude propose une tentative de conciliation entre le droit des sûretés réelles et le droit des biens, souvent pensés comme deux domaines du droit étanches, alors pourtant qu'ils sont étroitement liés, le droit des biens ayant souvent vocation à servir d'assise théorique au droit des sûretés, et le droit des sûretés ayant également propension à nourrir le droit des biens.

Après avoir insisté sur les différences d'approche entre les systèmes de common law et de droit civil s'agissant de la nature juridique de la sûreté (I), nous verrons que cette opposition est loin d'être aussi tranchée que ce qui est souvent présenté, ce qui tend à accréditer la thèse d'un rapprochement des modèles du droit des sûretés réelles dans les systèmes juridiques de droit civil et de common law (II).

I. La question de l'importance de la nature juridique des sûretés réelles : une opposition entre les traditions juridiques de droit civil et de common law ?

La manière dominante de concevoir l'opposition entre les systèmes civilistes et de common law nord-américaine en matière de droit des sûretés est d'opposer une approche notionnelle ou essentialiste en droit civil à une approche fonctionnelle en common law. Cette conception comporte sa part de vérité, qui se vérifie en droit canadien. Un premier niveau de comparaison entre les systèmes de sûretés réelles en droit civil et en common law permet ainsi d'opposer une approche essentiellement notion-

¹¹ Il est notable que la plupart des études en droit des sûretés canadien et américain se cantonnent à une étude soit des biens réels ou immobiliers, soit des biens personnels ou mobiliers.

¹² L'opposition entre les deux systèmes n'est pas absolue. Il existe une diversité au sein des deux traditions, en droit civil entre le modèle français et allemand et en common law entre le modèle canado-américain et le modèle anglais du droit des sûretés réelles.

nelle du droit civil québécois (A), à une approche structurellement fonctionnelle du droit canadien des sûretés (B).

A. L'approche essentiellement notionnelle du droit civil québécois des sûretés

L'approche notionnelle ou essentialiste des sûretés met l'accent sur la notion juridique ou sur l'essence conceptuelle de l'opération pour comprendre l'institution juridique de la sûreté. Il s'agit ici dans un premier temps de tirer toutes les conséquences logiques et d'envisager les implications de cette analyse notionnelle du droit de sûretés québécois. Autrement dit, il convient de vérifier tout d'abord le contenu concret de cette analyse notionnelle, en identifiant la part explicative de l'approche essentialiste des sûretés en droit civil.

Le droit québécois des sûretés réelles connaît deux types de sûretés identifiées par le Code civil comme des causes légitimes de préférence : l'hypothèque et la priorité¹³. On s'attardera donc successivement sur ces deux notions pour déterminer la portée explicative de leur nature juridique respective. D'« archétype des sûretés immobilières » qu'elle était¹⁴, l'hypothèque est devenue en droit civil québécois l'archétype de la sûreté réelle « tout court » : on insistera donc davantage sur la première notion que sur la seconde.

1. De la notion d'hypothèque découle son régime juridique

L'opération de qualification est traditionnellement essentielle en droit civil¹⁵. La qualification juridique permet en effet d'identifier un concept, duquel il est possible de déduire un régime juridique¹⁶. Le fait que la

¹³ Art. 2647 C.c.Q.

¹⁴ Voir Philippe THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, Paris, PUF, 1988, n° 118, p. 159.

¹⁵ La qualification consiste à « à subsumer des faits sous des normes juridiques, en vue de la production d'effets de droit » : Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF., 2003, v° *qualification*. Voir aussi : Philippe JESTAZ, « La qualification en droit civil », dans *Droits*, n° 18 « La qualification », Paris, PUF, 1993, p. 45.

¹⁶ Gabriel MARTY et Philippe RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1 « Introduction générale à l'étude du droit », 2^e éd., Paris, Sirey, 1972, p. 103 : « Les *classifications* réunissent les notions ou concepts juridiques, par [d]es caractères communs [...]. Rechercher cette nature juri-

qualification en droit civil participe d'un système codifié et donc systématisé¹⁷, augmente encore son importance juridique.

L'importance de la qualification se vérifie en droit des sûretés et, plus précisément, en matière d'hypothèque. En effet, aux termes de l'article 2660 C.c.Q., «l'hypothèque est un droit réel [...] affecté à l'exécution d'une obligation»¹⁸. L'article suivant précise qu'il s'agit d'un droit réel accessoire¹⁹. Or, comme nous allons à présent le vérifier, l'essentiel du régime juridique de l'hypothèque découle de cette qualification de droit réel accessoire²⁰.

a. L'hypothèque est un droit réel

La doctrine du droit des biens qui a façonné la notion de droit réel est essentielle à la compréhension de la notion d'hypothèque en droit des sûretés (i). À l'inverse, le droit des sûretés, qui fournit l'exemple principal voire unique d'un droit réel accessoire en droit civil, a également vocation à nourrir la théorie du droit des biens (ii).

dique [...] c'est du même coup la rattacher, l'intégrer par un travail de qualification au sein d'une catégorie plus générale dont elle prendra ainsi le régime juridique.»

¹⁷ Voir notamment sur le travail de systématisation et de généralité de la codification en droit civil: René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 74; Paul-André CRÉPEAU, «Réflexions sur la codification du droit privé», (2001) 38 *Osgoode L.J.* 267, 289. Le *Code de commerce uniforme* est davantage une loi spécifique détaillée qu'un code au sens civiliste du terme: Ronald C.C. CUMING et Catherine WALSH, «Revised article 9 of the Uniform Commercial Code Implications for the Canadian Personal Property Security Acts», (2001) 16 *Banking & Fin. L. Rev.* 339, 386 et 387. Voir aussi: Aline GRENON, «Codes et codifications: dialogue avec la common law?», (2005) 46 *C. de D.* 53.

¹⁸ Comparez cette formulation avec celle des PPSA, qui prévoit qu'une sûreté «désigne» «un intérêt dans des biens personnels qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation» (art. 1 de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, L.N.-B. 1993, c. P-7.1, ci-après «NBPPSA»).

¹⁹ Art. 2661 C.c.Q.; sur la notion de droit réel accessoire, voir: François FRENETTE, «De l'hypothèque: réalité du droit et métamorphose de l'objet», (1998) 39 *C. de D.* 803, 809.

²⁰ On ajoute traditionnellement à la qualification de droit réel accessoire de l'hypothèque son caractère indivisible, qui fait en sorte qu'elle «subsiste en entier sur tous les biens qui sont grevés, sur chacun d'entre eux et sur chaque partie de ces biens, malgré la divisibilité du bien ou de l'obligation» (art. 2662 C.c.Q.).

i. La notion extensive de droit réel et la question de l'objet de l'hypothèque: l'apport du droit des sûretés réelles à la théorie du droit des biens

Souvent vu comme un droit technique, le droit des sûretés se montre sous un jour particulièrement riche si l'on prend la peine de le comprendre dans une perspective du droit plus globale, notamment en le situant dans le contexte des grands principes du droit civil et de ses notions fondamentales. Ainsi en est-il de la notion de droit réel, qui est au centre de débats doctrinaux vifs depuis plusieurs décennies²¹ et qui se trouve éclairée par le droit des sûretés. Le droit réel est traditionnellement défini comme un droit portant directement sur une chose matérielle²². L'évolution du droit semble toutefois se détacher de plus en plus de cette conception du droit réel. Cela se vérifie notamment avec la propriété, désormais définie par le *Code civil du Québec* comme un droit portant sur un bien (art. 947 C.c.Q.), le bien pouvant, selon les dispositions expresses de la loi, être corporel ou incorporel (art. 899 C.c.Q.).

La définition traditionnelle du droit réel comme un droit portant sur une chose matérielle est encore plus directement remise en cause par la notion d'hypothèque, qui peut porter sur un bien corporel ou incorporel²³ (art. 2666 C.c.Q.), déterminé ou compris dans une universalité de biens (art. 2666 C.c.Q.), que ce bien soit présent ou futur (art. 2670 C.c.Q.) – toutes choses qui devraient être exclues dans une conception traditionnelle du droit réel. Le droit des sûretés corrobore ainsi la théorie générale du droit des biens en allant dans le sens d'une nécessaire évolution de la notion classique de droit réel. La définition du droit réel pourrait ainsi être révisée pour y voir un droit portant sur un bien plutôt que sur une chose matérielle²⁴.

²¹ Voir: Jean DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962.20.

²² Par exemple: Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Thémorêt, 1896, p. 390; André MONTPETIT et Gaston TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 17. Voir aussi: Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, « La notion de biens », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*, Laval, PUL, 2006, p. 148.

²³ Par exemple, un droit d'usufruit, un droit d'emphytéose, un droit de créance, ou un droit intellectuel.

²⁴ La doctrine majoritaire considère toujours l'hypothèque comme un droit réel: Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions

ii. *Le droit de suite et le droit de préférence comme manifestations extérieures du droit réel d'hypothèque*

Le droit de suite et le droit de préférence ont été identifiés par les spécialistes du droit des biens sinon comme les signes distinctifs du droit réel, comme des manifestations extérieures de ce droit²⁵, ce qui se vérifie largement en matière d'hypothèque.

• **Le droit de suite**

Le droit de suite désigne le pouvoir qu'a « le titulaire du droit réel d'exercer son droit sur la chose en quelques mains qu'elle se trouve »²⁶. La doctrine y voit une caractéristique du droit réel, car c'est la manifestation concrète du principe de l'opposabilité à tous de ce droit²⁷. Le droit de suite conféré par l'hypothèque est prévu tant dans la définition de l'hypothèque donnée à l'article 2660, que par l'article 2751 C.c.Q. qui dispose que « [l]e créancier exerce ses droits hypothécaires en quelques mains que le bien se trouve ».

Yvon Blais, 2006, n° 317, p. 131. Certains auteurs observent que la nature de droit réel de l'hypothèque est moins nette que sous l'ancien code: Pierre CIOTOLA et Antoine LEDUC, « Arrêt *Val-Brillant*: évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois? », (2006) 40 R.J.T. 5, 17 et 42-44. Pour une perspective critique sur la qualification de l'hypothèque en un droit réel: Roderick A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and other Heresies », (1994) 39 R.D. McGill 761, 799-805. Sur l'idée selon laquelle l'hypothèque a toujours pour objet un droit, autrement dit, un bien incorporel ou une valeur: F. FRENETTE, préc., note 19, 805-808. Pour une idée proche: P. THÉRY, préc., note 14, p. 159, pour lequel l'hypothèque est « essentiellement [un] droit sur la valeur de ce bien ».

²⁵ Voir: Shalev GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, L.G.D.J., 1960, n° 3, p. 4; Yaëll EMERICH, *La propriété des créances*, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 360, p. 207.

²⁶ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 19^e éd., t. 3 « Les Biens (monnaie, immeubles, meubles) », Paris, PUF, 2000, n° 40, p. 71. Voir aussi: CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, v° *droit de suite*: « Droit portant sur un bien permettant au titulaire de ce droit de le faire valoir en quelques mains que ce bien se trouve ». Au contraire, le droit de suite n'existe pas au profit des créanciers ordinaires ou non garantis, qui n'ont qu'un simple droit de gage général sur le patrimoine du débiteur (art. 2644).

²⁷ Voir, par ex.: Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 173.

En matière immobilière, le droit de suite de l'hypothèque a toute sa vigueur. Cela s'explique principalement par le fait que les tiers de bonne foi sont très bien protégés par le système de publicité immobilière²⁸. Cette force du droit de suite de l'hypothèque immobilière se manifestera par exemple par la possibilité qu'a le créancier hypothécaire de suivre le bien entre les mains d'un tiers acquéreur de l'immeuble²⁹.

En matière mobilière, le droit de suite du créancier hypothécaire est affaibli. Sous le *Code civil du Bas Canada*, le droit de suite en matière mobilière était lié à la possession. En reconnaissant largement des sûretés mobilières sans dépossession et en modifiant les règles de la publicité des droits³⁰, le *Code civil du Québec* a mis en place les conditions nécessaires à la reconnaissance d'un certain droit de suite de l'hypothèque pour les meubles.

Le droit de suite ne saurait toutefois avoir la même force en matière mobilière qu'en matière immobilière. En effet, d'un point de vue économique, les meubles sont plus volatiles que les immeubles et sont plus volontiers offerts à la circulation juridique. Cela a pour conséquence pratique de conduire à une quasi-impossibilité de recenser systématiquement sur un registre de publicité des droits l'ensemble des transferts de meubles comme cela se fait en matière immobilière. La politique législative en la matière a donc logiquement été de favoriser la protection du tiers acquéreur en paralysant ou en restreignant dans certaines circonstances le droit de suite du créancier hypothécaire en matière mobilière.

Le droit de suite du créancier hypothécaire est restreint lorsque le bien mobilier grevé est aliéné en dehors du cours des activités de l'entreprise du constituant. Dans cette hypothèse, le créancier devra remplir un certain nombre de conditions de publicité pour pouvoir suivre le bien entre les mains du tiers acquéreur (art. 2700 C.c.Q.). Le droit de suite du créancier hypothécaire est paralysé lorsque les biens meubles grevés ont été vendus dans le cours des activités de l'entreprise de son débiteur. Dans ce cas,

²⁸ Le système de publicité immobilière requiert l'inscription des actes de transfert et des autres actes relatifs aux immeubles, dont les actes d'hypothèque: art. 2938 et 2963 C.c.Q.: L. PAYETTE, préc., note 25, p. 312.

²⁹ L. PAYETTE, préc., note 24, p. 137.

³⁰ Le *Code civil du Québec* a notamment créé un Registre des droits personnels et réels mobiliers. Voir notamment: François BROCHU, « Pleins feux sur le nouveau registre des droits personnels et réels mobiliers », (1994) 96 *R. du N.* 228.

plutôt que de suivre le bien initial, le créancier hypothécaire verra son droit se reporter par subrogation réelle sur un bien acquis par le débiteur en remplacement du bien grevé, ou sur la somme d'argent que le débiteur a retiré de la vente du bien initialement grevé (art. 2674 C.c.Q.).

• Le droit de préférence

Le droit de préférence constitue une autre caractéristique du droit réel accessoire, qui trouve à s'appliquer en matière hypothécaire. Il s'agit du « droit permettant de recevoir, par attribution préférentielle, toute somme due par le débiteur »³¹. Tout comme le droit de suite, le droit de préférence est reconnu par le législateur dans la définition même de l'hypothèque (art. 2660 C.c.Q.).

Le droit de préférence se manifeste à un double titre : à la fois en tant que préférence sur le produit de la vente forcée du bien et en tant que préférence dans le choix du procédé de réalisation hypothécaire. En principe, le droit de préférence en matière hypothécaire s'exerce sur les sommes issues de la vente forcée du bien grevé (art. 2660 C.c.Q.). Exceptionnellement, le droit de préférence pourra se reporter, notamment sur l'indemnité d'assurance lorsque le bien aura été détruit (art. 2676 C.c.Q.) ou sur l'indemnité d'expropriation lorsque le bien grevé aura été exproprié (art. 53.15 de la *Loi sur l'expropriation*³²).

Le droit de préférence conféré par le droit réel d'hypothèque se manifeste principalement au stade de la réalisation de l'hypothèque³³. Comme tout droit réel, l'hypothèque est soumise à la publicité des droits et prendra

³¹ CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, préc., note 26, v° *droit de préférence*. Voir aussi : J. CARBONNIER, préc., note 26, n° 40, p. 72 : « pouvoir d'exclure des utilités de la chose tous ceux qui ne peuvent se prévaloir que d'un droit de créance ou d'un droit réel postérieur en date ».

³² L.R.Q., c. E-24.

³³ Le législateur a prévu dans la définition même de l'hypothèque à l'article 2660 C.c.Q. qu'elle ouvre droit à des recours hypothécaires : prise de possession à des fins d'administration et vente par le créancier, vente en justice et prise en paiement – les deux premiers recours n'étant pas ouverts à tous les types de débiteur. Voir notamment sur les recours hypothécaires : L. POUDRIER-LEBEL et L. LEBEL, préc., note 10, 846 ; Pierre CIOTOLA, « Commentaire sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 R.J.T. 567, 596. On peut également trouver une manifestation du droit de préférence avant le stade de la réalisation dans les règles sur les fruits, dans l'hypothèse où un tiers détenteur perçoit les fruits pour le compte de deux créanciers de rang différent.

son rang en fonction de la date de sa publication ou de la mise en possession, assimilée par le législateur à une formalité de publicité³⁴. De plus, le titulaire d'une hypothèque d'un rang préférentiel bénéficiera d'une préférence dans la forme du choix du recours utilisé pour se faire payer de sa créance en cas de défaillance du débiteur (art. 2750). Par exception, le droit de préférence, comme le droit de suite, sont mitigés dans le cas d'une hypothèque ouverte³⁵. Il s'agit néanmoins d'une situation temporaire qui n'a cours qu'avant la clôture de l'hypothèque ouverte et dans le cadre circonscrit de cette hypothèque spécifique.

b. L'hypothèque est un droit réel accessoire

Il est un principe bien connu en droit civil, selon lequel l'accessoire suit le principal³⁶. Ce principe est expressément énoncé pour l'hypothèque à l'article 2661 C.c.Q., aux termes duquel « [l]'hypothèque n'est qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que l'obligation dont elle garantit l'exécution subsiste ». Alors que la créance principale suit un sort autonome de l'hypothèque³⁷, la vie de l'hypothèque suit quant à elle le sort de l'obligation principale à laquelle elle s'attache³⁸.

C'est ainsi que, lorsque l'obligation principale s'éteint, l'hypothèque s'éteint également par contrecoup (art. 2797 C.c.Q.). Cela se produira en cas de paiement de l'obligation, mais également pour une autre cause d'extinction de l'obligation, comme la compensation, la confusion ou la

³⁴ Art. 2945 et 2703 C.c.Q.

³⁵ Sur l'hypothèque ouverte : art. 2715 et suiv. C.c.Q. Voir aussi sur cette hypothèque : Denise PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 2^e éd., Sherbrooke, R.D.U.S., 2005, p. 179-191. Pour une comparaison avec la charge flottante de la common law : Roderick J. WOOD, « The Floating Charge in Canada », (1989) 27 *Alta. L. Rev.* 191, 215-217.

³⁶ Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, 4^e éd. par Mairtin MAC AODHA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

³⁷ Par exemple, si l'hypothèque (droit accessoire) s'éteint, cela n'éteint pas l'obligation principale. Cela sera le cas, notamment, si le bien est exproprié ou détruit, si les formalités de conservation de publication n'ont pas été accomplies ou si le bien est vendu dans l'exercice des droits hypothécaires.

³⁸ Le caractère accessoire de l'hypothèque n'est toutefois pas absolu. Voir par ex. : art. 2714.5 C.c.Q. en matière de valeurs mobilières.

prescription³⁹. De même, si l'obligation principale est transférée, l'hypothèque le sera en principe également en même temps⁴⁰.

2. L'incidence de la qualification de la priorité sur son régime juridique

La notion de priorité remplace globalement la notion de privilège utilisée sous l'ancien code, à ceci près que certains privilèges sont devenus des hypothèques légales⁴¹. Le législateur n'a pas véritablement défini la priorité, mais a plutôt qualifié certaines créances de prioritaires⁴². Aux termes de l'article 2650 C.c.Q., « [e]st prioritaire la créance à laquelle la loi attache, en faveur d'un créancier, le droit d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires, suivant la cause de sa créance ».

Si la nature réelle du privilège était déjà discutée sous le *Code civil du Bas Canada*⁴³, la nature juridique de la priorité n'est pas non plus sans ambiguïté⁴⁴. Non seulement le législateur semble avoir fait de la priorité un droit mixte, tantôt personnel, tantôt réel, mais il a également doté la priorité non constitutive de droit réel d'attributs volontiers associés au droit réel, à savoir le droit de préférence et l'indivisibilité⁴⁵.

³⁹ Art. 1671 et suiv. C.c.Q. Pour une hypothèse de prescription de l'obligation principale qui entraîne accessoirement l'extinction par prescription d'une hypothèque légale, voir : *Banque Laurentienne du Canada c. Bélanger*, [1999] R.D.I. 333 (C.Q.). Voir aussi, pour l'hypothèse de la nullité de l'obligation principale : art. 2661 C.c.Q.

⁴⁰ Cela est d'ailleurs expressément prévu à l'article 1638 C.c.Q.

⁴¹ Voir, sur ce point : Denise PRATTE « Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », (1992) 23 R.D.U.S. 175, 177.

⁴² L'article 2651 C.c.Q. a identifié cinq catégories de créances prioritaires : les frais de justice, la créance du vendeur impayé, la créance de ceux qui ont un droit de rétention sur un meuble, la créance de l'État pour les sommes dues en vertu des lois fiscales, les créances des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers sur les immeubles.

⁴³ Sur ce débat : D. PRATTE, préc., note 41, 179.

⁴⁴ Sur la question similaire de la nature juridique du privilège en droit français : Henri, Louis et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3 « Sûretés, publicité foncière », Paris, Montchrestien, 1999, p. 217 ; Alex WEILL, *Droit civil : les sûretés- la publicité foncière*, Paris, Dalloz, 1979, p. 151. Comparez avec l'art. 2095 C. civ. : « le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers ».

⁴⁵ L'indivisibilité de la priorité est posée à l'art. 2650 C.c.Q.

Les auteurs comme la jurisprudence s'accordent toutefois pour admettre que la priorité, à l'instar des anciens privilèges classiques du droit romain, ne constitue pas en principe un droit réel⁴⁶. La priorité est ainsi définie comme « une préférence au moment de la distribution de prix »⁴⁷, ou comme « un droit de préférence accordé par la loi à un créancier, en raison de la cause de sa créance »⁴⁸. On l'a également décrite comme « un simple rang prioritaire qui s'exerce lors de la réalisation »⁴⁹. En d'autres termes, la priorité consiste en principe seulement dans le droit (personnel) d'être payé avant d'autres créanciers sur le produit de la vente en justice, en cas de défaut du débiteur.

Le fait que la priorité ne soit pas, en principe, qualifiée de droit réel entraîne des conséquences en termes de régime juridique, la priorité ne conférant généralement pas de droit de suite⁵⁰. La nature juridique de la priorité a aussi des conséquences dans un contexte de faillite, puisque la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* canadienne fait produire des effets limités à la priorité non constitutive de droit réel⁵¹.

Par exception toutefois, le législateur québécois a reconnu qu'une priorité peut être constitutive d'un droit réel (art. 2654.1 C.c.Q.), ce qui est le cas pour les créances prioritaires des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers. Dans le cas où la priorité constitue

⁴⁶ Voir notamment *Westmount (Ville de) c. Lacoursière*, [1998] R.J.Q. 1784, 1795-1797 (C.A.). Voir aussi : *Château d'Amos ltée (Syndic de) c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1999] R.J.Q. 2612, 2660-2662 (C.A.) et la référence aux commentaires du ministre de la Justice. On l'a ainsi qualifiée de « sûreté réelle imparfaite » : Roderick A. MACDONALD et Jean-Frédéric MÉNARD, « *Credo, credere, credidi*: essai de phénoménologie des sûretés réelles », dans S. NORMAND (dir.), préc., note 22, p. 345.

⁴⁷ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission permanente des institutions, 1^{re} sess., 34^e légis., 27 août 1991, « Étude détaillée du projet de loi 125 - Code civil du Québec (18) », n° 20, p. 62.

⁴⁸ L. PAYETTE, préc., note 24, p. 79. Voir aussi : Philippe H. BÉLANGER, « Droits, priorités et super priorités des ministères du revenu », (2001) 35 *R.J.T.* 84, 104, qui la décrit comme « un simple droit d'être préféré lors de la vente des biens ».

⁴⁹ D. PRATTE, préc., note 41, 179.

⁵⁰ Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993, v° art. 2651. Il y a controverse sur le point de savoir si l'article 2782 C.c.Q. constitue une exception à l'absence de droit de suite de la priorité en cas de prise en paiement par un créancier hypothécaire : voir L. PAYETTE, préc., note 24, p. 52 et 53 et D. PRATTE, préc., note 35, p. 276 et 277.

⁵¹ Voir l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 [LFI].

un droit réel – autrement dit, lorsqu'il s'agit d'une priorité renforcée, elle confère alors le droit de suivre les biens en quelques mains qu'ils se trouvent.

La nature juridique de la priorité a donc incontestablement une incidence sur son régime juridique⁵². La priorité constitue une notion distincte de l'hypothèque et obéit à un régime juridique qui lui est propre. C'est ainsi que la priorité prime à la fois les droits des créanciers chirographaires et les droits des créanciers hypothécaires (art. 2650 C.c.Q.) et que, contrairement à l'hypothèque, elle ne confère aucun recours particulier en dehors des recours de droit commun, sauf dans la mesure où une loi spéciale en accorde⁵³.

Pour les sûretés expressément réglementées par le *Code civil du Québec*, l'approche notionnelle paraît donc essentielle. À l'inverse, les provinces canadiennes de common law semblent dominées par une approche fonctionnelle du droit des sûretés.

B. L'approche structurellement fonctionnelle du droit canadien des sûretés

Dans les provinces canadiennes de common law, les PPSA ont adopté une approche fonctionnaliste du droit des sûretés⁵⁴, inspirée de l'article 9 du *Code de commerce uniforme*⁵⁵. Selon cette approche fonctionnelle, les sûretés qui ont une fonction identique doivent être soumises à un régime

⁵² On notera néanmoins que le régime de la priorité constitutive de droit réel échappe en partie au régime traditionnel de ce droit, puisqu'il n'est pas nécessaire de publier cette priorité (art. 2655 C.c.Q.).

⁵³ L. PAYETTE, préc., note 24, p. 84 et 85.

⁵⁴ Voir, notamment sur l'approche fonctionnelle des PPSA : M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 577 ; Jacob S. ZIEGEL, Ronald C.C. CUMING et Anthony J. DUGGAN, *Secured Transactions in Personal Property and Suretyships*, 4^e éd., Toronto, Emond-Montgomery, 2003, p. 22.

⁵⁵ M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 569. On y trouve notamment une parenté de structure et de vocabulaire. Des différences existent cependant entre les deux systèmes : R.C.C. CUMING, préc., note 3, 978 et suiv.

juridique unique⁵⁶. Cette « philosophie de la substance contre la forme »⁵⁷ est fondée sur le but de la transaction plutôt que sur sa nature juridique.

Les considérations fonctionnelles en matière de droit des sûretés laissent de côté la question du droit – c'est-à-dire, de la forme de la transaction – ainsi que la question du titre, le droit des sûretés rompant alors avec la grille d'analyse fournie par la théorie générale du droit des biens en common law axée sur le transfert du titre légal ou du titre équitable. La Cour suprême s'est fait l'écho de cette conception dans l'affaire *Giffen* :

« Les dispositions de ces lois en matière de priorité et de réalisation sont axées sur un concept central, d'origine législative, celui de la « sûreté ». Les droits des parties à une opération qui crée une sûreté sont expressément indépendants de la forme de l'opération et des questions traditionnelles concernant le titre de propriété. Ils sont plutôt définis par la loi elle-même. »⁵⁸

L'approche fonctionnelle du droit des sûretés, adoptée par les PPSA et initiée par le Code de commerce uniforme, peut ainsi être caractérisée par une double indifférence, à la fois quant au titre de propriété et quant à la nature juridique du droit.

1. L'indifférence du titre de propriété

Le régime des sûretés mobilières qui existait dans les provinces canadiennes de common law antérieurement à la réforme des PPSA était excessivement complexe⁵⁹. Il existait une multiplicité de types de sûretés, dont chacune obéissait à des règles de fond – mélange de common law, de règles statutaires et de principes d'*equity* – et de publicité distinctes⁶⁰. L'appréciation de la validité et de l'opposabilité des sûretés demandait de conjuguer

⁵⁶ Jacob S. ZIEGEL, « The New Provincial Chattel Security Law Regimes », (1991) 70 R. Du B. can. 681, 685.

⁵⁷ M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 572.

⁵⁸ [1998] 1 R.C.S. 91, par. 8. Voir aussi : J.S. ZIEGEL, R.C.C. CUMING et A.J. DUGGAN, préc., note 54, p. 22 ; M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 573.

⁵⁹ Sur la nécessité d'une rationalisation et systématisation du régime des sûretés antérieurement à la réforme : R.C.C. CUMING, préc., note 3, 973.

⁶⁰ Sur la complexité du régime des sûretés mobilières dans le droit antérieur aux PPSA : J.S. ZIEGEL, R.C.C. CUMING et A.J. DUGGAN, préc., note 54, p. 16.

l'application de ces diverses règles ainsi que la qualification en intérêt légal ou en intérêt équitable⁶¹.

Avant l'adoption des PPSA, la plupart des sûretés dans la common law canadienne impliquaient, à l'instar des règles de la common law traditionnelle, un transfert du titre légal ou du titre équitable en faveur du créancier garanti⁶². Le droit des biens était donc essentiel à une compréhension du droit des sûretés. Plusieurs types de sûretés mobilières, dont les effets sur le titre de propriété pouvaient varier, étaient connus⁶³. Le gage (*pledge*) se constituait par le transfert de la possession du bien au créancier garanti, ce dernier ayant le droit de vendre le bien grevé en cas de défaut du débiteur. À côté de cette sûreté traditionnelle, on trouvait principalement l'hypothèque mobilière (*chattel mortgage*), qui était constituée par le transfert du titre légal au créancier garanti, à la condition que le titre soit à nouveau transféré au débiteur lors de l'exécution de l'obligation⁶⁴. On reconnaissait également comme l'une des principales sûretés la charge en *equity* (*equitable charge*), qui n'impliquait pas de transfert du titre légal – l'intérêt propriétaire du créancier garanti résultant simplement de l'accord du débiteur permettant au créancier garanti de s'approprier la valeur du bien grevé en cas de défaillance⁶⁵.

L'approche fonctionnaliste a rejeté l'analyse des sûretés qui prévalait sous l'ancien droit et qui était intrinsèquement liée à la nature des droits des parties, notamment en termes d'intérêts propriétaires⁶⁶. Avec les PPSA, il importe peu désormais que le créancier ait un titre de propriété, le *security interest* n'emportant pas en principe transfert du titre de propriété du bien grevé⁶⁷ – ce qui rapproche le *security interest* de l'hypothèque civiliste, qui n'a pas non plus pour effet de transférer le titre au créancier. La ques-

⁶¹ Martin BOODMAN, « The Nature and Diversity of Personal Property Security Systems in Canada », (1993) 23 R.G.D. 109, 119.

⁶² J.S. ZIEGEL, R.C.C. CUMING et A.J. DUGGAN, préc., note 54, p. 22 et 23.

⁶³ Ainsi distinguait-on notamment le gage (*pledge*), la vente conditionnelle (*conditional sale*), l'hypothèque mobilière (*chattel mortgage*) ou la charge flottante (*floating charge*). Sur ce point : J.S. ZIEGEL, « Canadian Chattel Security Law: Past Experience and Current Developments », dans Jean Georges SAUVEPLANNE (dir.), *Security Over Corporeal Moveables*, Leyde, Sitjhoff, 1974, p. 71 et suiv., p. 83-86.

⁶⁴ Voir notamment sur le *chattel mortgage* : Lionel SMITH, « Security », dans *English Private Law, Oxford Principles of English Law*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2007, § 5.74, p. 442.

⁶⁵ Voir R.C.C. CUMING, C. WALSH et R.J. WOOD, préc., note 2, p. 2 et 3.

⁶⁶ M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 573.

⁶⁷ R.A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, préc., note 46, p. 327.

tion fondamentale se résume donc aujourd'hui à déterminer si un *security interest* au sens des *Lois sur les sûretés mobilières* a été constitué⁶⁸.

2. L'indifférence de la nature juridique du droit

La définition fonctionnelle de la sûreté adoptée par les PPSA rend la question de la nature juridique du droit *a priori* inutile (a). Le *security interest* regroupe désormais une multiplicité de sûretés dont la nature juridique était autonome avant l'intervention législative (b).

a. La définition fonctionnelle de la sûreté (*security interest*)

Les PPSA définissent le *security interest* comme «un intérêt sur un bien meuble qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation»⁶⁹. Cette définition doit être complétée en tenant compte de l'étendue d'application des PPSA qui prévoient que ces lois s'appliquent «à toute transaction qui crée essentiellement une sûreté, *quelle qu'en soit sa forme et quelle que soit la personne qui a le titre relatif au bien grevé*»⁷⁰. La définition du *security interest* doit également être précisée d'une part pour inclure les équivalents des sûretés-propriétés du droit civil, tels le crédit-bail ou la vente conditionnelle, qui sont compris dans le champ d'application des PPSA⁷¹, et d'autre part, pour exclure les sûretés non conventionnelles qui ne sont pas régies par ces lois.

On dénombre usuellement quatre conditions pour qu'il y ait un *security interest* ou une sûreté au sens des PPSA : la transaction doit créer un intérêt propriétaire (*proprietary interest*) sur un bien du débiteur en faveur d'un créancier ; il doit s'agir d'un bien meuble (*personal property*) ; l'intérêt propriétaire du créancier doit garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation ; finalement, l'intérêt doit être né d'une convention entre les parties⁷². Le *security interest* peut ainsi être plus précisément défini comme

⁶⁸ R.C.C. CUMING, C. WALSH et R.J. WOOD, préc., note 2, p. 58 et 59.

⁶⁹ Voir, par ex. : art. 1 NBPPSA ; art. 1(1) *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, c. P.10 (ci-après « OPPSA »).

⁷⁰ Par ex. : art. 3(1)a) NBPPSA ; art. 2(a) OPPSA : « la présente loi s'applique à l'opération qui, *quels que soit sa forme et le propriétaire du bien grevé*, constitue dans son essence une sûreté » (nos italiques).

⁷¹ Voir *infra*.

⁷² Ces conditions ressortent de la définition du *security interest* et des règles générales de la common law en matière de validité des contrats. Pour une application jurispruden-

un intérêt propriétaire (*proprietary interest*)⁷³, consenti conventionnellement par un débiteur à un créancier sur un bien meuble et garantissant l'exécution d'une obligation⁷⁴ – auquel sont assimilées les sûretés-propriétés et certaines transactions non constitutives de sûretés mais présumées telles.

Cette définition purement fonctionnelle de la sûreté (*security interest*) fait en sorte que la question de la nature du droit n'a en principe plus d'importance. Dans le contexte des PPSA, il n'est pas nécessaire de déterminer la nature juridique de la sûreté, autrement que pour reconnaître qu'il s'agit d'un intérêt donnant au créancier garanti des droits spécifiques prévus par ces lois. C'est ainsi qu'une vente, un bail ou une fiducie seront indifféremment qualifiés de *security interest*, si leur fonction est de garantir l'exécution d'une obligation⁷⁵. L'approche fonctionnelle adoptée par les PPSA laisse donc de côté la question de la qualification de la transaction pour se concentrer sur son effet. Les tribunaux des provinces de common law font un test fonctionnaliste pour déterminer si un *security interest* a été créé et considèrent principalement si la transaction a l'effet d'une garantie⁷⁶. Si la réponse est positive, la transaction sera considérée comme un *security interest* soumis aux règles des PPSA.

tielle: *GE Canada Equipment Financing G.P. v. ING Insurance Company of Canada*, 2009 ONCA 171, par. 37.

⁷³ La juge Deschamps (en dissidence) a rappelé dans l'arrêt récent de la Cour suprême *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, que la constitution d'un *security interest* dépend de la création d'un « droit réel » (par. 91). La priorité conférée aux créanciers garantis sur les créanciers ordinaires est toujours analysée en doctrine comme fondée sur la propriété, le *security interest* étant défini comme un intérêt propriétaire. Sur l'ambiguïté de cette analyse dans le contexte d'une analyse fonctionnelle: M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 575; Bruce MACDOUGALL, « The Debtor's Interest in Personal Property Under the PPSA », (1994) 33 *Alta. L. Rev.* 80.

⁷⁴ Les sûretés présumées n'ont pas besoin d'être expressément visées dans la définition du *security interest* dès lors qu'elles sont assimilées à un *security interest* et donc n'en sont pas véritablement.

⁷⁵ M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 578.

⁷⁶ Pour des exemples d'application de cette approche: *Caisse populaire de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 73, par. 42: « il faut déterminer si le contrat ou la convention a l'effet d'une garantie »; *Daimler Chrysler Financial Services (debt) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, par. 8: « The effect of the transaction, not its form or the way in which the interest arose, was to be determinative ».

b. La pluralité de nature des droits inclus dans le concept de *security interest*

Le concept de *security interest*, au sens des PPSA, recouvre plusieurs types de sûretés. Si l'on cherche un équivalent fonctionnel au concept de *security interest* en droit civil, on évoque généralement la notion d'hypothèque⁷⁷, notamment en raison de l'absence de transfert du titre de propriété au créancier en garantie du paiement de la créance. Le *security interest* est toutefois à la fois plus large que l'hypothèque, puisqu'il inclut les sûretés-propriétés, et plus étroit qu'elle, puisque, d'une part, il ne porte que sur les biens meubles et que, d'autre part, il ne vise que les sûretés conventionnelles.

En common law traditionnelle, le gage désigne une sûreté possessoire par laquelle la possession d'un bien du débiteur est transmise au créancier en garantie de l'exécution d'une obligation et qui donne au créancier le droit de vendre ce bien en cas d'inexécution⁷⁸. Avec les *Lois sur les sûretés mobilières*, le concept de gage (*pawn* ou *pledge*) est désormais inclus dans celui de *security interest* et a donc perdu son autonomie⁷⁹. Le rôle de la possession dans les *Lois sur les sûretés mobilières* est aujourd'hui limité à un moyen de rendre une sûreté parfaite ou opposable, mais cela n'a pas pour effet de créer une sûreté de nature différente.

Les rédacteurs des PPSA ont dressé une liste non limitative de transactions anciennement constitutives de sûretés autonomes, mais aujourd'hui analysées comme des *security interests*⁸⁰. Des opérations telles que la vente

⁷⁷ R.C.C. CUMING, C. WALSH et R.J. WOOD, préc., note 2, p. 61.

⁷⁸ Ce dernier trait caractéristique distingue le gage du *lien*, qui ne donne au créancier que le droit de retenir le bien jusqu'au paiement de l'obligation : Paul Usman ALI, *The Law of Secured Finance: An International Survey of Security Interests over Personal Property*, Oxford, O.U.P., 2002, p. 98.

⁷⁹ R.C.C. CUMING, C. WALSH et R.J. WOOD, préc., note 2, p. 62 : « the concept of pledge as a *sui generis* type of secured transaction has disappeared under the Act. »

⁸⁰ Voir par ex., l'art. 3(1) NBPPSA, qui vise, « sans restreindre la généralité » du champ d'application de la loi, « une hypothèque mobilière, une vente conditionnelle, une charge fixe, une charge flottante, un gage, un acte de fiducie, une quittance de fiducie, une cession, une consignation, un bail, une fiducie ou un transfert de titre de créance garanti lorsqu'ils garantissent le paiement ou l'exécution d'une obligation ». Voir aussi pour une liste similaire l'art. 2 OPPSA.

conditionnelle⁸¹, le bail⁸² ou la fiducie⁸³ – qui sont des équivalents des sûretés-propriétés du droit civil – sont comprises dans le concept de *security interest* lorsqu'elles ont pour fonction de garantir l'exécution d'une obligation. Ces opérations sont donc traitées comme des *security interests* ni plus ni moins, ce qui diffère de l'approche du *Code civil du Québec* qui ne conceptualise pas les sûretés-propriété comme des hypothèques⁸⁴.

Au-delà, le législateur des PPSA n'a pas hésité à qualifier de *security interest* ce qu'il nomme sûretés présumées (*deemed security interests*). Ainsi, par exemple, aux termes de l'article 3(2) de *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* du Nouveau-Brunswick, la loi s'applique :

« a) à une consignation commerciale, b) à un bail d'une durée supérieure à un an, c) au transfert d'un compte ou d'un titre de créance garanti, et à une vente d'objets sans dépossession *qui ne garantissent pas le paiement ou l'exécution d'une obligation* »⁸⁵ (nos italiques).

Les sûretés présumées ne sont pas de véritables sûretés, ni au sens conceptuel, ni au sens fonctionnel⁸⁶ – ce qui explique que les PPSA en fassent des sûretés *présumées*, mais le législateur a néanmoins prévu de les assimiler par présomption à des sûretés, afin de les soumettre au régime juridique prévu par les *Lois sur les sûretés* et plus spécifiquement aux règles

⁸¹ La vente conditionnelle/*conditional sale* est l'équivalent en common law de la vente à tempérament du *Code civil du Québec*. Dans le cadre d'un tel contrat, alors que dans le régime antérieur aux PPSA le créancier conservait la propriété du bien pour se protéger du risque de non-paiement, selon le régime des PPSA, le vendeur est considéré comme un créancier et l'acheteur comme un débiteur, la sûreté étant créée sur l'intérêt propriétaire plein et entier du débiteur. Sur l'absence de fractionnement du titre de propriété dans la vente conditionnelle sous le régime des PPSA: M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 588.

⁸² Dans le bail à titre de sûreté (*security lease*), le bailleur est considéré comme un créancier et l'acheteur comme un débiteur. Voir notamment sur ce type de transaction: J.S. ZIEGEL, R.C.C. CUMING et A.J. DUGGAN, préc., note 54, p. 56. Pour une illustration jurisprudentielle: *Daimler Chrysler Financial Services (debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, préc., note 76, par. 21 et 22, 39.

⁸³ Sur le *security trust*, voir notamment: R.C.C. CUMING, C. WALSH et R.J. WOOD, préc., note 2, p. 81 et 82.

⁸⁴ Voir *infra*.

⁸⁵ La loi donne des définitions de ces différentes opérations. Comparer avec l'art. 2(B) OPPSA.

⁸⁶ Voir R.C.C. CUMING, C. WALSH, R.J. WOOD, préc., note 2, p. 90.

simplifiées en matière de publicité⁸⁷. Du point de vue de la politique législative, c'est la protection des tiers qui est au cœur de ces dispositions⁸⁸. Néanmoins, cette définition élargie à outrance du *security interest* va au-delà tant de l'approche conceptuelle que de l'approche fonctionnelle et affaiblit ainsi son fondement théorique.

Le premier niveau de comparaison adopté dans la première partie de cette étude a permis de vérifier une opposition entre l'approche notionnelle civiliste et l'approche fonctionnelle de la common law nord-américaine. Une comparaison plus poussée permet toutefois de mettre en exergue un rapprochement entre les approches du droit des sûretés réelles en droit civil et en common law.

II. Les limites d'une opposition du modèle civiliste et de common law du droit des sûretés réelles : vers un rapprochement des systèmes juridiques ?

Nous prétendons ici que le droit civil québécois adopte une approche notionnelle du droit des sûretés, mais teintée de fonctionnalisme (A), alors que la common law canadienne peut se caractériser par une approche fonctionnaliste aux relents d'essentialisme (B).

A. Une approche notionnelle teintée de fonctionnalisme en droit civil québécois

Si l'approche essentialiste ou notionnelle est généralement vue comme caractéristique d'une analyse civiliste du droit des sûretés et notamment du droit des sûretés québécois, cette conception doit selon nous être nuancée pour tenir compte du développement des sûretés-propiétés et de l'hypothèque du *Code civil du Québec*.

⁸⁷ J.S. ZIEGEL et R.C.C. CUMING, « The modernization of Canadian Personal Property Security Law », (1981) 31 *U.T.L.J.* 249, 260. Pour un exemple de sûreté présumée en matière de bail véritable, voir : *International Harvester Credit Corp. of Canada v. Bell's Dairy Ltd (Trustee of)* (1986) 61 C.B.R. (N.S.) 193, par. 35 (Sask. C.A.).

⁸⁸ R.C.C. CUMING, C. WALSH, R.J. WOOD, préc., note 2, p. 90.

1. La présence du fonctionnalisme dans la notion d'hypothèque et dans le concept de gage (hypothèque mobilière avec dépossession)

Il est possible de soutenir que l'adoption du livre 6 du C.c.Q. et la reconnaissance d'un concept d'hypothèque portant à la fois sur les meubles et sur les immeubles constituent une forme d'adaptation de la logique fonctionnaliste de l'article 9 du Code de commerce uniforme⁸⁹. L'hypothèque est devenue un concept global, couvrant à la fois les immeubles et les meubles, que la sûreté soit constituée avec ou sans dépossession. Un peu à la manière du *security interest* qui a accepté en son sein les différentes institutions juridiques utilisées en tant que sûreté, la notion d'hypothèque comprend désormais dans son giron les différents types de sûretés qui existaient sous le *Code civil du Bas Canada* –au nombre desquelles figurent l'hypothèque immobilière, le gage mobilier, l'antichrèse et les autres formes de nantissement utilisées sous l'ancien code⁹⁰.

Alors que le droit civil classique faisait du gage une sûreté distincte de l'hypothèque, notamment en raison de son caractère réel⁹¹, le gage est gommé dans le droit civil québécois et entre désormais sous l'égide de la notion d'hypothèque. Seule la terminologie subsiste⁹², le concept de gage ne renvoyant plus désormais à une notion distincte de celle d'hypothèque⁹³. En effet, le gage ne constitue plus, aux termes de la loi, qu'une « hypothèque mobilière avec dépossession » (art. 2665 C.c.Q.)⁹⁴, ce qui a d'ailleurs été vu par un certain nombre d'auteurs comme l'un des change-

⁸⁹ Sur l'idée de l'hypothèque comme « mode de sûreté unique », voir : L. POUDRIER-LEBEL et L. LEBEL, préc., note 10, 835.

⁹⁰ Voir sur ce point : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 50, v^o art. 2665. Voir aussi : L. POUDRIER-LEBEL et L. LEBEL, préc., note 10, 837.

⁹¹ Le gage était traditionnellement analysé en un contrat réel, autrement dit, un contrat qui se forme par la remise de la chose (*res*). Le droit civil français tend également à remodeler la conception traditionnelle du gage, qui a perdu son caractère réel avec la réforme du droit des sûretés de 2006 : Laurent AYNÈS et Pierre CROQC, *Les sûretés. La publicité foncière*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2008, p. 214 et 215.

⁹² L'article 2665 C.c.Q. prévoit que lorsque l'hypothèque mobilière a lieu avec dépossession, « elle est aussi appelée gage ».

⁹³ Comparez avec l'article 2114 C. civ. : « L'hypothèque est un droit réel *sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation* » (nos italiques).

⁹⁴ On peut néanmoins se demander si les sous-classifications de l'hypothèque n'ont pas plus d'importance que ce que le législateur avait d'abord envisagé, de sorte que les spécificités des différents types d'hypothèques persistent malgré une unicité voulue de la notion d'hypothèque.

ments les plus significatifs du droit des sûretés québécois issu de la réforme du Code civil⁹⁵. La présence d'une certaine analyse fonctionnelle en droit civil se vérifie donc à travers l'exemple du gage. Le traitement des sûretés-propriétés par le *Code civil du Québec* est également novateur et ne va pas davantage dans le sens d'une analyse notionnelle des sûretés.

2. Les sûretés-propriétés

Les sûretés-propriétés peuvent s'analyser comme des sûretés *d'un point de vue fonctionnel*, car elles placent le créancier dans une situation privilégiée vis-à-vis des créanciers ordinaires. En effet, par l'utilisation de la technique de la propriété, soit le bien sort littéralement du patrimoine du débiteur, soit il est empêché d'entrer dans le patrimoine du débiteur – de sorte que ce bien ne fait pas partie du droit de gage général des créanciers⁹⁶. Le bien est donc totalement affecté au paiement de la dette du débiteur, en faveur du créancier. En ce sens, la sûreté-propriété a souvent été décrite comme la reine des sûretés, autrement dit, comme la sûreté la plus efficace au sein de la panoplie des sûretés.

L'un des principaux enjeux entourant les sûretés-propriétés est de déterminer si la propriété, institution fondamentale du droit des biens, doit être qualifiée de sûreté lorsqu'elle est utilisée dans sa fonction économique de garantie⁹⁷. Les systèmes civilistes ont été traditionnellement réfractaires à une analyse des sûretés-propriété comme d'authentiques sûretés⁹⁸. La Cour d'appel a ainsi récemment estimé qu'il « faut se garder d'assimiler la réserve à une simple sûreté », la réserve de propriété établissant « un rapport de propriété au sens juridique et non [...] un rapport de garantie, en dépit de la fonction économique de cette forme de contrat »⁹⁹. Une tendance semble néanmoins se dessiner, tant dans les systèmes de

⁹⁵ Voir, en ce sens : P. CIOTOLA et A. LEDUC, préc., note 24, 11.

⁹⁶ Voir l'art. 2644 C.c.Q., sur le principe du droit de gage général des créanciers.

⁹⁷ Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987, p. 334 : « le débat se réduit pour l'essentiel à savoir si la propriété, lorsqu'elle remplit une fonction économique de garantie, mérite du même coup la qualification juridique de sûreté, avec toutes les conséquences de droit attachées à cette notion ». Sur ce débat : Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, t. 248, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1995.

⁹⁸ Voir, sur ce point : R.A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, préc., note 46, p. 325.

⁹⁹ *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348, par. 13.

common law que dans les systèmes civilistes, vers une reconnaissance de ces sûretés-propriétés comme des sûretés à part entière.

Le système civiliste français a pendant longtemps été au cœur du débat sur les sûretés-propriétés. Avant l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés¹⁰⁰, un courant doctrinal important s'opposait à la reconnaissance de la sûreté-propriété¹⁰¹. Les principaux arguments avancés ont été d'ordre théorique et pratique. D'un point de vue théorique, on a invoqué l'argument du *numerus clausus*, l'idée étant que si aucun texte ne fait de la propriété une sûreté réelle, celle-ci ne pourrait être utilisée à titre de sûreté. On a également avancé l'impossibilité pour le droit réel de propriété de jouer le rôle d'un accessoire du droit de créance, simple droit personnel. D'un point de vue pratique, on lui a principalement reproché d'être une sûreté occulte et d'exposer le créancier à un risque de disposition du bien par le propriétaire¹⁰².

Ces différents arguments, qui ne résistent guère à l'analyse¹⁰³, n'ont pas eu raison de la sûreté-propriété. Si elle existait déjà de façon sous-jacente en droit positif français antérieurement à la réforme du droit des sûretés, le législateur français a clairement opté pour une consécration de la sûreté-propriété à travers la réserve de propriété, si bien que la doctrine française y voit aujourd'hui un débat dépassé¹⁰⁴. Désormais, la propriété-garantie est analysée comme « une véritable sûreté au même titre que le gage ou l'hypothèque », la réserve de propriété étant considérée comme un

¹⁰⁰ Cette ordonnance a été ratifiée le 20 février 2007 et a été intégrée au Code civil français, aux articles 2367 et suiv.

¹⁰¹ Voir par ex. : Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU, « Droit commun des sûretés réelles », dans Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 35 : « La propriété des biens corporels peut certes constituer une garantie, et même une garantie extrêmement efficace. Elle n'est pas une sûreté, ni à plus forte raison, une sûreté réelle ». *Contra* : Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés, la publicité foncière*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 308, selon lesquels la propriété peut être considérée comme une véritable sûreté.

¹⁰² Pour un point de vue critique sur ces différents arguments, voir : L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 91, p. 341 et suiv.

¹⁰³ Le *numerus clausus* peut aisément être modifié par le législateur ; la distinction des droits réels et des droits personnels connaît de nombreuses limites, et la sûreté-propriété, si elle est réglementée, peut être soumise aux règles sur la publicité des droits.

¹⁰⁴ L. AYNÈS et P. CROCQ, préc., note 91, p. 341.

accessoire de la créance¹⁰⁵. Aux termes de l'article 2367 du Code civil français :

« La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement. »

Le choix du législateur français a donc été de faire de la sûreté-propiété un type de sûreté réelle, aux côtés de l'hypothèque et du gage. Quant au régime juridique de la réserve de propriété, il est prévu qu'« [à] défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer. La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie ».

La loi sur la fiducie, aujourd'hui intégrée au Code civil français, a également consacré la fiducie-sûreté en ces termes : « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie [...] »¹⁰⁶

À défaut d'un traitement uniforme des sûretés-propiété, le droit civil français a néanmoins clairement pris position en faveur de la reconnaissance des sûretés-propiétés.

Si les débats autour de la sûreté-propiété ont été largement similaires au Québec, la question s'est posée en des termes relativement différents et a trouvé une solution distincte. L'Office de révision du Code civil avait proposé l'introduction en droit civil québécois de la présomption d'hypothèque, laquelle a été décrite comme « une notion de common law issue des réformes anglo-canadiennes du droit des sûretés mobilières »¹⁰⁷. L'idée était de réunir toutes les formes de sûretés en un seul concept, celui d'hypothèque¹⁰⁸. Si elle avait été retenue, la présomption d'hypothèque aurait

¹⁰⁵ Dominique LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, p. 491.

¹⁰⁶ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 138(V), devenu l'art. 2372-1 C. civ.

¹⁰⁷ Gil RÉMILLARD, « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 5, 55.

¹⁰⁸ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec. Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 260 et 261, art. 281 :

fait en sorte que toute opération ayant pour effet de donner une situation préférentielle à un créancier, y compris la vente sous réserve de propriété ou la vente conditionnelle, aurait été qualifiée d'hypothèque¹⁰⁹.

Plusieurs raisons militaient dans le sens de la présomption d'hypothèque, largement inspirée du modèle fonctionnaliste des sûretés. Outre des motifs d'efficacité et de protection des tiers par la voie de mécanismes de publicité plus poussés, la proposition avait pour principal objectif de protéger l'égalité entre les créanciers. À l'inverse, les détracteurs de cette proposition mettaient principalement en avant le principe de la liberté contractuelle et l'autonomie nécessaire et souhaitable du droit civil québécois vis-à-vis de la common law¹¹⁰.

L'avant-projet de loi sur les sûretés réelles de 1986 n'a pas retenu la présomption d'hypothèque. Selon les propos du ministre Rémillard, dans sa *Présentation du projet de Code civil du Québec* en matière de sûretés, la solution a été de « privilégier plutôt la tradition civiliste [...] Cette solution [...] évite d'assimiler à l'hypothèque des situations privilégiées qui découlent naturellement du contrat, tels le droit de rétention, la résolution du contrat, la réserve de propriété »¹¹¹.

Contrairement au Code de commerce uniforme et au système adopté dans les provinces canadiennes de common law, qui font de toute opération effectuée à titre de garantie un *security interest*, le *Code civil du Québec* n'a donc pas assimilé les sûretés-propriétés à l'hypothèque. Bien que le livre sur les sûretés ne reconnaisse comme sûretés que l'hypothèque et la

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

¹⁰⁹ OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec. Commentaires*, vol. 2, t. 1, livres I à IV, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 433.

¹¹⁰ Pour un compte rendu exhaustif des critiques adressées à la présomption d'hypothèque: 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 », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 527, aux pages 551 et 562.

¹¹¹ G. RÉMILLARD, préc., note 107, 55.

priorité¹¹², il n'est pourtant pas interdit d'utiliser d'autres mécanismes juridiques à titre de garantie¹¹³.

Les principaux types de sûretés-propriétés prévus par le *Code civil du Québec* sont la vente à tempérament (ou sous réserve de propriété)¹¹⁴, la vente avec faculté de rachat (ou vente à réméré)¹¹⁵, le crédit-bail¹¹⁶ et la fiducie-sûreté¹¹⁷. Dans toutes ces hypothèses, on joue sur le titre de propriété pour donner une garantie au créancier¹¹⁸. Dans certains cas, le titre de propriété est retenu à titre de sûreté par le créancier : c'est le cas par exemple de la vente à tempérament¹¹⁹ ou du crédit-bail¹²⁰. Dans d'autres hypothèses, le titre de propriété est transféré sous condition : c'est le cas de la vente avec faculté de rachat, qui est une vente sous condition

¹¹² Comparez avec le droit fédéral où, dans un contexte de faillite, l'article 2 *LFI* qualifie de créancier garanti tant le créancier hypothécaire, que le titulaire d'une priorité constitutive d'un droit réel (art. 2654.1. C.c.Q.), le titulaire d'un droit de rétention (art. 1592 et 1593 C.c.Q.), ainsi que ceux dont l'exercice des droits « est assujéti aux règles prévues pour l'exercice des droits hypothécaires au livre sixième du *Code civil du Québec* ». Cette définition du créancier garanti est large et inclut donc les sûretés-propriétés.

¹¹³ Martin DESCHAMPS, « Le droit des sûretés au Québec », dans Marie-Élodie ANCEL (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 73, à la page 82.

¹¹⁴ Sur la vente à tempérament comme technique de sûreté, voir surtout les articles 1245 et 1749 C.c.Q.

¹¹⁵ Voir, sur la vente à réméré, les articles 1750, 1751 et 1756 C.c.Q. Pour un exemple jurisprudentiel, voir : *Lecours c. Bouchard*, [2001] n° AZ-02026085 (C.S.), conf. 2006 QCCA 384.

¹¹⁶ Voir, sur le crédit-bail, les articles 1842, 1847 et 1848 C.c.Q.

¹¹⁷ Voir, sur la fiducie-sûreté : art. 1263 C.c.Q. La clause de dation en paiement est désormais prohibée par l'art. 1801 C.c.Q. Voir, notamment : Madeleine CANTIN CUMYN, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité », (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 7 ; Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981, p. 43 et suiv. Voir aussi : Yaëll EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens », (2009) 1 *R.I.D.C.* 49, 51.

¹¹⁸ Voir aussi, sur la résolution de la vente, les articles 1742 et 1743 C.c.Q.

¹¹⁹ La vente à tempérament « est une vente à terme par laquelle le vendeur se réserve la propriété du bien jusqu'au paiement total du prix de vente » (art. 1745 C.c.Q.) ; « Le vendeur ou le cessionnaire qui, en cas de défaut de l'acheteur, choisit de reprendre le bien vendu est assujéti aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires énoncés au livre *Des priorités et des hypothèques* » (art. 1749 C.c.Q.).

¹²⁰ Robert GODIN, « Le crédit-bail », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2 « Les contrats relatifs à l'entreprise », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, § 2.

résolutoire (art. 1750 C.c.Q.)¹²¹. Pour ce qui est de la fiducie-sûreté, les biens affectés à l'exécution de l'obligation sont transférés dans un nouveau patrimoine autonome de celui du débiteur et du créancier, le patrimoine fiduciaire.

Alors qu'avec une hypothèque, le bien donné en garantie reste la propriété du débiteur et fait donc partie du droit de gage général de ses créanciers, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire sont affectés à la garantie du créancier-bénéficiaire et échappent ainsi à tous les autres créanciers du débiteur, qu'ils soient ordinaires ou privilégiés. En cas de défaut du constituant-débiteur, le fiduciaire-créancier est « assujetti aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires énoncés au livre *Des priorités et des hypothèques* » (art. 1263 C.c.Q.)¹²². On trouve une solution similaire pour la vente à tempérament¹²³ et pour la vente avec faculté de rachat¹²⁴.

Contrairement à l'approche traditionnelle du droit civil, dans laquelle un régime juridique est associé à un concept, le traitement des sûretés-propriétés dans le *Code civil du Québec* a créé une situation relativement hérétique pour le civiliste, dans laquelle le concept est conservé (par exemple, la vente à tempérament, la vente à réméré, la fiducie-sûreté) tout en lui

¹²¹ Dans la vente avec faculté de rachat, « le vendeur est réputé emprunteur et l'acquéreur est réputé créancier hypothécaire. Le vendeur ne pourra toutefois perdre le droit d'exercer la faculté de rachat, à moins que l'acquéreur ne suive les règles prévues au livre *Des priorités et des hypothèques* pour l'exercice des droits hypothécaires » (art. 1756 C.c.Q.).

¹²² Voir notamment sur la fiducie-sûreté: Roderick A. MACDONALD, « The security trust: basic principles », dans Hélène JUTRAS et Katia OPALKA, *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*, coll. « Conférences Meredith », Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 1997, p. 155; Robert GODIN, « Utilisation de la fiducie dans le domaine commercial au Québec », dans *Droit contemporain, rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Bristol, Institut de droit comparé, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 147, aux pages 164 et suiv.

¹²³ Art. 1749 C.c.Q. La question s'est posée en doctrine de savoir si, en matière de vente à tempérament, le renvoi législatif aux « règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires » couvrirait seulement les modalités d'exercice des recours (L. PAYETTE, préc., note 24, p. 1022) ou si l'article 1749 C.c.Q. constituait un véritable renvoi aux recours hypothécaires (Pierre-Gabriel JOBIN et Michelle CUMYN, *La vente*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, au par. 272). Cette dernière solution, qui nous paraît plus juste, a été consacrée par la jurisprudence: *Case Crédit Ltée c. Foresterie Bernier Inc.*, [2005] R.J.Q. 19, par. 38 (C.A.).

¹²⁴ Art. 1756 C.c.Q.

associant le régime juridique d'un autre concept, soit ici celui de l'hypothèque, lorsque l'opération est utilisée à des fins de garantie. On laisse donc à l'institution sa nature juridique mais sans qu'elle puisse produire de conséquence quant à son régime juridique. Cette approche n'est pas sans rappeler certaines lois particulières en common law qui n'hésitent pas à donner à un concept une définition distincte de celle qu'il a usuellement, ou à faire produire à une notion des effets qui ne lui sont généralement pas attachés¹²⁵.

La solution est d'autant plus déconcertante qu'elle n'est pas non plus homogène. C'est ainsi que le crédit-bail connaît un statut hybride puisqu'il n'est pas assujéti aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires, contrairement aux autres sûretés-propriété prévues au Code¹²⁶. De plus, alors que la loi assimile le vendeur à un emprunteur et l'acquéreur à un créancier hypothécaire dans le cadre de la vente avec faculté de rachat utilisée à titre de garantie d'un prêt (art. 1756 C.c.Q.), tel n'est pas le cas pour la vente à tempérament¹²⁷.

Le traitement législatif des sûretés-propriétés, tiraillé entre le modèle civiliste essentialiste et le modèle de common law fonctionnaliste, ne pêche donc pas ici par excès de clarté. Si le législateur a eu le mérite de ne pas fermer la porte aux sûretés-propriétés, plusieurs incongruités subsistent dans le traitement qui leur est réservé¹²⁸. Il n'en demeure pas moins que les sûretés-propriétés ont été reconnues par le droit civil québécois, ce qui s'aligne difficilement avec une analyse conceptuelle pure, comme celle que l'on associe classiquement aux systèmes civilistes. À l'inverse, la common law se teinte d'une approche notionnelle et ne peut donc être décrite comme exclusivement fonctionnelle dans son approche des sûretés réelles.

¹²⁵ Voir *supra* sur les sûretés présumées.

¹²⁶ À tout le moins n'y a-t-il aucune disposition légale en ce sens. Voir aussi : L. PAYETTE, préc., note 24, p. 1049 ; R. GODIN, préc., note 120, § 96. Les contrats de crédit-bail peuvent prévoir les recours à la disposition du crédit-bailleur en cas de défaut du crédit-preneur : Aline GRENON, « Le crédit-bail et la vente à tempérament dans le Code civil du Québec », (1994) 25 R.G.D. 217, 230.

¹²⁷ En ce sens pour la vente à tempérament : L. PAYETTE, préc., note 24, p. 1020.

¹²⁸ Nous réservons à une étude ultérieure des voies possibles de résolution de ces contradictions.

B. Une approche fonctionnelle aux relents d'essentialisme en common law canadienne

Nous montrerons ici que non seulement l'approche fonctionnaliste est limitée en matière de biens personnels, mais qu'elle est étouffée en matière de biens réels, où l'approche notionnelle continue à prévaloir.

1. Les limites de l'approche fonctionnaliste en matière de biens personnels ou mobiliers

Le *security interest* est lui-même une notion-cadre (a) qui ne rompt pas totalement avec la nature juridique de l'opération en cause (b).

a. Le *security interest* est une notion-cadre

Même si le postulat des PPSA est que la nature juridique de l'opération n'a plus d'importance et n'est plus prise en compte¹²⁹, le *security interest* devient une nouvelle notion à contenu très englobant – une forme de notion-cadre¹³⁰ – avec un régime juridique qui lui est propre. On assiste donc, en un certain sens, à un retour de l'approche essentialiste, sous couvert de fonctionnalisme.

La Cour suprême, sous la plume de la juge Deschamps a récemment rappelé les trois droits fondamentaux qui découlent de la création d'un *security interest*:

« En common law, un *security interest* confère typiquement trois droits fondamentaux: (1) le droit de réalisation de la sûreté sur le bien donné en garantie; (2) un droit de préférence sur le produit de réalisation; (3) le droit de suivre le bien dans les mains d'un tiers à qui il a pu être transféré. »¹³¹

Il est notable que ces droits sont proches de ceux conférés en droit civil par le droit réel d'hypothèque¹³².

¹²⁹ Voir l'art. 3(1)a) NBPPSA.

¹³⁰ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 2005, v^o *notion-cadre*. Voir aussi sur la notion-cadre: Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, notamment Chaïm PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », p. 363.

¹³¹ *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 73, au par. 114 (j. Deschamps, en dissidence).

¹³² Voir *supra*.

Les *Lois sur les sûretés mobilières* soumettent le *security interest* à des règles unifiées – relativement similaires à celles mises en place pour l'hypothèque par le *Code civil du Québec* – concernant son opposabilité, son rang et son exercice¹³³. En matière d'opposabilité, la perfection de la sûreté peut être obtenue par la possession ou par la publicité au *Registre des biens personnels* ou par la possession¹³⁴. Si le mot perfection/perfection vient de l'article 9 du *Code de commerce uniforme*, le terme prend une signification particulière dans les PPSA pour désigner le statut qui doit être obtenu pour faire en sorte que les intérêts propriétaires acquis en vertu d'une sûreté puissent être protégés contre d'autres intérêts en conflit acquis sur le bien grevé. Autrement dit, la perfection rend la sûreté opposable aux tiers et lui donne un rang¹³⁵.

Selon les PPSA, la priorité reviendra à celui qui a publié en premier (au *Registre des biens personnels* mis en place par ces lois) ou qui a pris possession du bien en premier, sans égard à la date de création de la sûreté (*attachment*)¹³⁶. Ceci se rapproche du régime mis en place par le *Code civil du Québec* quant à l'opposabilité de l'hypothèque, qui dépend de la publicité au *Registre des droits personnels et réels mobiliers* ou de la dépossession du débiteur¹³⁷.

Finalement, de façon similaire aux recours prévus en matière hypothécaire par le *Code civil du Québec*¹³⁸, le créancier bénéficiaire d'un *security interest* dispose de plusieurs recours en plus de ses droits contractuels¹³⁹ : la vente du bien grevé (publique ou privée)¹⁴⁰, la prise en paiement (*retention of the collateral in satisfaction of the obligation*)¹⁴¹, ou le séquestre

¹³³ M. BOODMAN, préc., note 61, 120.

¹³⁴ Voir par ex. : art. 24 et 25 NBPPSA.

¹³⁵ R.C.C. CUMING, C. WALSH et R.J. WOOD, préc., note 2, p. 200 et 201. Voir, par ex., sur la perfection : art. 19 NBPPSA.

¹³⁶ Voir, par ex. : art. 35(1) NBPPSA.

¹³⁷ Les PPSA reconnaissent cependant la possibilité d'un enregistrement anticipé (par ex., art. 43(5) NBPPSA), ce qui aura une incidence sur le rang de la sûreté.

¹³⁸ Comparez avec les quatre recours conférés par le C.c.Q. au créancier hypothécaire aux articles 2773 et suiv. : prise de possession à des fins d'administration, prise en paiement, vente par le créancier et vente sous contrôle de la justice.

¹³⁹ Les droits contractuels du créancier sont préservés par les PPSA. Voir par ex. : art. 56(2) NBPPSA.

¹⁴⁰ Par ex. : art. 59(1) et suiv. NBPPSA.

¹⁴¹ Par. ex. : art. 61(1) et suiv. NBPPSA.

(*receivership*), qui s'apparente à la prise de possession à des fins d'administration du C.c.Q.¹⁴².

b. Le *security interest* ne rompt pas totalement avec la nature juridique de l'opération

La force explicative d'une définition purement fonctionnelle du *security interest* a été remise en question en doctrine. Selon certains auteurs, l'idée traditionnelle de la common law selon laquelle le débiteur retient un titre équitable ou bénéficiaire résiduel sur le bien grevé serait encore sous-jacente dans le régime d'exécution des PPSA¹⁴³. Le fait que certains *security interest* ne soient pas soumis au régime d'exécution prévu par les PPSA pourrait s'expliquer par l'idée implicite de titre bénéficiaire, qui ferait en sorte que l'on a continué à distinguer, y compris dans une vision fonctionnaliste, les transactions avec ou sans transfert du titre de propriété. Ainsi, pourrait-on rendre compte du fait que les équivalents en common law des sûretés-propriétés du droit civil ne sont pas soumis au régime d'exécution des PPSA. De plus, d'autres indices de l'importance de la nature de l'opération dans le cadre d'un *security interest* se trouvent par exemple dans les règles de priorité de la « sûreté en garantie du prix d'achat/*purchase money security interest* », les lois sur les sûretés mobilières donnant alors priorité au vendeur (ancien propriétaire) sur le prêteur, même si le vendeur a enregistré sa sûreté postérieurement¹⁴⁴.

Surtout, il existe des exceptions expresses au fonctionnalisme au sens même des PPSA. Dans certaines hypothèses, notamment en cas de conflit entre une sûreté réglemantée par les PPSA et un autre type de sûreté, la nature de la transaction redeviendra déterminante. Ce sera le cas par

¹⁴² Par. ex.: art. 64(2) et suiv. NBPPSA.

¹⁴³ Sur cet argument: M. BRIDGE, R.A. MACDONALD, R.L. SIMMONDS et C. WALSH, préc., note 3, 581.

¹⁴⁴ Voir, par ex.: art. 34 NBPPSA.

exemple d'un conflit entre un *security interest* et un privilège (*lien*)¹⁴⁵ ou une autre sûreté non conventionnelle¹⁴⁶.

L'approche fonctionnaliste n'est donc pas absolue en matière de biens personnels et l'analyse conceptuelle est présente, d'une part, à la marge lorsque le *security interest* doit être concilié avec une notion autonome ou lorsque les mécanismes mis en place par les PPSA ne se comprennent que par référence à la nature juridique du droit en cause et, d'autre part, de façon détournée par le biais de la notion-cadre de *security interest*. À ce tableau, il convient d'ajouter les biens réels ou immobiliers, pour lesquels la nature juridique de la transaction est centrale, tout comme elle l'est en droit civil.

2. La présence d'une approche notionnelle en matière de biens réels ou immobiliers

En common law canadienne, outre la persistance d'un certain intérêt à qualifier la nature juridique de la transaction en matière mobilière dans le cadre d'un *security interest*, en matière immobilière ou de biens réels, la nature juridique de la sûreté passe au premier plan¹⁴⁷.

Il existe essentiellement deux types de sûretés immobilières en common law : le *mortgage*, qui implique un transfert du titre de propriété, et la charge, qui n'implique aucun transfert du titre de propriété. La qualification

¹⁴⁵ Sur la notion de *lien* en common law, voir : Brian A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St. Paul (Minn.), Thomson West, 2004, v^o *lien*, p. 941 : « A legal right or interest that a creditor has in another's property, lasting usually until a debt or duty that it secures is satisfied. Typically, the creditor does not take possession of the property on which the lien has been obtained ». Il existe plusieurs types de privilèges (*liens*) dans les systèmes de common law. La jurisprudence en reconnaît trois types : le privilège reconnu en common law, qui porte uniquement sur les biens meubles et ne peut exister sans mise en possession du créancier ; le privilège reconnu en *equity*, qui porte uniquement sur les biens immeubles et se crée sans transfert de possession ; et le privilège légal ou statutaire, créé au bénéfice de certains créanciers et qui peut porter sur des meubles ou des immeubles. Sur ce dernier privilège, voir par ex., au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, c. M-6, qui a pour objet d'assurer le paiement des matériaux affectés à la construction d'un bâtiment.

¹⁴⁶ Voir : Roderick J. WOOD et Michael I. WYLIE, « Non consensual security interests in personal property », (1992) 30 *Alta. L. Rev.* 1055, 1083 et 1084.

¹⁴⁷ Ceci vaut *a fortiori* dans les systèmes de common law qui n'ont pas adopté le modèle nord-américain du UCC, telle la common law anglaise.

de la transaction est donc essentielle. Après avoir insisté sur la différence conceptuelle entre ces notions (a), il conviendra de décrire la complexité du droit canadien en matière de sûretés immobilières (b).

a. Le contenu conceptuel du *mortgage* et de la charge

Il convient de distinguer deux types de *mortgage* ou de charge susceptibles d'être constitués, en common law ou en *equity*¹⁴⁸.

i. Le « mortgage légal » (*legal mortgage* ou *common law mortgage*)

La nature du *mortgage*¹⁴⁹ traditionnel a été soulignée dans l'affaire *Stanley v. Wild*, qui a bien mis en évidence l'importance du transfert du titre de propriété qui le caractérise :

« [a] mortgage is a conveyance of land or an assignment of chattels as a security for the payment of a debt, or the discharge of some other obligation for which it is given [...] and the security is redeemable on the payment or discharge of such debt or obligation »¹⁵⁰ (nos italiques).

Le *mortgage* est une création de la common law, mais qui été radicalement modifiée par l'*equity*. Dans l'ancienne common law, le débiteur (*mortgagor*) transférait le titre légal (*legal title*) au créancier (*mortgagee*), avec une obligation de rendre le bien en cas de paiement. Avec le temps, les cours d'*equity* ont reconnu au débiteur (*mortgagor*) un titre équitable (*equitable title*) afin de protéger ses droits. La protection des intérêts divergents du créancier et du débiteur était donc réalisée au moyen d'un dédoublement du titre de propriété¹⁵¹.

¹⁴⁸ CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, préc., note 26, v^{os} common law, equity.

¹⁴⁹ La terminologie *mortgage* vient de l'ancien français « mort-gage », qui signifiait gage mort. Sur les différentes explications de cette terminologie : Joseph E. ROACH, *The Canadian Law of Mortgages of Land*, Toronto, Butterworths, 1993, p. 17.

¹⁵⁰ [1899] 2 Ch. 474, Ch., 686 L.J. Ch. Voir aussi, sur la nature du *mortgage* et sur sa distinction avec la charge : *Re Bond Worth Ltd.*, [1980] Ch. 228, 250.

¹⁵¹ Sur le *mortgage*, voir notamment : John D. FALCONBRIDGE, *The Law of Mortgages of Land*, 4^e éd., Agincourt (Ont.), Canada Law Book, 1977 ; Harry Dell ANGER et John D. HONSBARGER, *Canadian Law of Real Property*, Toronto, Canada Law Book, 1959 ; J.E. ROACH, préc., note 149 ; Albert H. OOSTERHOFF et Welsey B. RAYNER, *Anger and Honsberger on Real Property*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1985 ; Bruno ZIFF, *Principles of Property Land*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 2000. Voir aussi, en droit anglais : L. SMITH, préc., note 64, p. 403.

Le *mortgage* (parfois dénommé *hypothèque*¹⁵²) est traditionnellement défini comme opérant le transfert du titre de propriété d'un bien-fonds à titre de sûreté pour garantir le paiement d'une obligation¹⁵³. Il s'agit « d'un transfert conditionnel, résoluble au moment du remboursement de la créance ou de l'exécution de l'obligation qui l'a motivé »¹⁵⁴.

Alors qu'en droit civil, la constitution d'une hypothèque n'a pas pour effet de transférer le titre de propriété au créancier, en common law, au contraire :

« [...] la constitution d'un mortgage opère un transfert du titre de propriété en faveur du créancier, un peu à la manière d'une vente conditionnelle. L'*equity law* reconnaît toutefois au débiteur hypothécaire une faculté de réméré, soit le droit de racheter le bien en remboursant complètement le créancier. »¹⁵⁵

L'*equity* est intervenue pour protéger les droits du débiteur hypothécaire en créant à son profit un véritable droit de propriété en *equity*, appelé droit de rachat (*equity of redemption*). Ce droit de rachat désigne le droit de racheter le bien-fonds ou plus précisément, le droit à la rétrocession du titre légal. Le droit de rachat est d'autant plus important dans le contexte du *mortgage* que le débiteur peut (puisqu'il s'agit d'un droit réel immobilier) le céder, le léguer, le louer, ou encore l'hypothéquer, pendant la durée de l'hypothèque¹⁵⁶.

Le créancier hypothécaire peut quant à lui mettre fin au droit de rachat du débiteur et voir ainsi ses intérêts protégés par l'action en forclusion. Avec cette action, le débiteur est déclaré forclos de tout droit sur le bien

¹⁵² Cette traduction ne saurait être qu'imparfaite, en raison de l'absence de correspondance entre le concept d'hypothèque en droit civil et le concept de *mortgage* en common law. C'est la raison pour laquelle nous retenons plutôt la terminologie *mortgage*.

¹⁵³ *Noakes v. Rice*, (1902) A.C. 24, 28 et 71 (Lord Halsbury); P.U. ALI, préc., note 78, p. 103.

¹⁵⁴ J.E. ROACH, préc., note 149, p. 5.

¹⁵⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, « Présentation des propositions d'harmonisation de la L.F.I. avec le droit québécois », (2003) 37 R.J.T. 19, 36 et 37. Voir aussi les références citées : Wesley B. RAYNER et Richard H. McLAREN (dir.), *Falconbridge on Mortgages*, 4^e éd., Agincourt (Ont.), Canada Law Book, 1977, p. 16 et 17; J.E. ROACH, préc., note 149, p. 3 et suiv.

¹⁵⁶ Voir, notamment sur le droit de rachat : *Petranik c. Dale*, [1977] 2 R.C.S. 959.

grevé, y compris le droit de rachat, en même temps que le créancier est déclaré seul titulaire du titre légal et du titre équitable sur le bien grevé¹⁵⁷.

ii. Le « mortgage en equity » (*equitable mortgage*)

Contrairement au *mortgage* traditionnel, le *mortgage en equity* (*equitable mortgage*) ne transfère pas le titre légal au créancier, mais crée seulement un droit en *equity*¹⁵⁸. Dans l'affaire *Swiss Bank*, le *mortgage en equity* a été décrit de la manière suivante :

«An equitable mortgage is created when the legal owner of the property constituting the security enters into some instrument or does some act which, thought insufficient to confer a legal estate or title in the subject matter upon the mortgagee nevertheless demonstrates a binding intention to create a security in favour of the mortgagee, or in other words evidences a contract to do so.»¹⁵⁹

Un *mortgage en equity* sera créé principalement dans le cas d'un second *mortgage* constitué successivement sur un même bien par un même débiteur, ou dans le cas d'un *mortgage* traditionnel (*legal mortgage*) dont les formalités de constitution auraient été viciées¹⁶⁰. En premier lieu, un second *mortgage* est toujours un *equitable mortgage*, le débiteur (*mortgagor*) ne pouvant transférer le titre de propriété légale au second créancier (*mortgagor*) puisqu'il l'a auparavant transféré au premier créancier en date. Le débiteur peut ainsi seulement transférer le droit de rachat au second créancier. Le droit de rachat étant un droit en équité, le second créancier est seulement titulaire d'un *equitable mortgage*. Un *mortgage en*

¹⁵⁷ Voir, notamment sur l'action en forclusion : *Campbell v. Holyland*, (1876) 7 Ch. D. 166. Voir aussi, sur la distinction entre le pouvoir de vente et l'ordre final de forclusion : *Standard Realty Co. v. Nicholson*, (1876) 7 Ch. D. 166.

¹⁵⁸ *London County and Westminster Bank Ltd. v. Tompkins*, [1918] 1 K.B. 515 (C.A.). Voir aussi : A.H. OOSTERHOFF et W.B. RAYNER, préc., note 151, § 3405, p. 1643 : «An equitable mortgage is one that does not transfer the legal estate in the property to the mortgagee, but creates in equity a charge upon property.»

¹⁵⁹ *Swiss Bank v. Lloyds Bank*, [1982] A.C. 584, 594. Pour d'autres applications jurisprudentielles : *Canada Permanent Trust Co. v. Letcher*, [1981] 35 N.B.R. (2d) 630, 88 A.P.R. 630, par. 10 (N.B.C.A.); *Wiseman's Sales & Services Ltd. v. Atlantic Insurance Co.*, 2007 NLCA 15, par.32; *Re Elias Markets Ltd.*, [2006] 47 R.P.R. (4th) 32, 25 C.B.R. (5th) 50, 216 O.A.C. 49, par. 66.

¹⁶⁰ Voir, notamment sur le *mortgage en equity* : A.H. OOSTERHOFF et W.B. RAYNER, préc., note 151, p. 329; W.B. RAYNER et R.H. McLAREN, préc., note 155, p. 80 et 81.

equity sera également créé lorsque les parties avaient l'intention de former un *legal mortgage* mais que certaines formalités n'ont pas été remplies ou ont été mal accomplies et que le transfert du titre de propriété légale n'a donc pas eu lieu¹⁶¹. Quel que soit le mode de constitution d'un *equitable mortgage*, trois conditions sont nécessaires à la création d'une sûreté de ce type: un contrat, une dette présente ou future et l'intention commune d'utiliser la propriété pour garantir le paiement de la dette¹⁶².

Le *mortgage en equity* se distingue du *mortgage* traditionnel par la nature du titre conféré au créancier (*mortgagee*). Cela aura des conséquences sur l'ordre de priorité entre les créanciers garantis bénéficiaires d'un *mortgage*, puisque l'*equitable mortgage* n'a jamais priorité – sauf cas de fraude – sur un *legal mortgage*, même s'il a été constitué antérieurement¹⁶³. La qualification de la nature juridique de la transaction reste donc importante en common law pour distinguer le *legal mortgage* de l'*equitable mortgage*. Elle l'est également lorsqu'il s'agit de distinguer le *mortgage* de la charge.

iii. La « charge en equity » (*equitable charge*)

La charge en *equity* est conceptuellement proche de l'hypothèque: il s'agit d'une sûreté non possessoire sans transfert de propriété¹⁶⁴. En termes pratiques, ce type de charge a presque les mêmes effets qu'un *mortgage en equity* et les deux sont ainsi souvent traités comme des synonymes. Conceptuellement cependant, il s'agit de deux sûretés différentes car il n'y a pas de transfert de titre dans la charge en *equity*.

¹⁶¹ Voir Barry J. REITER et al., *Real Estate Law*, 4^e éd., Toronto, Emond-Montgomery, 1992, p. 825. Voir aussi: B.A. GARNER (dir.), préc., note 145, v^o *equitable mortgage*: « A transaction that has the intent but not the form of a mortgage, and that a court of equity will treat as a mortgage. »

¹⁶² A.H. OOSTERHOFF et W.B. RAYNER, préc., note 151, p. 1643.

¹⁶³ *Tyrell c. Mills*, (1924) 3 W.W.R. 387, 389. Voir aussi: A.H. OOSTERHOFF et W.B. RAYNER, préc., note 151, p. 1643; L. SMITH, préc., note 64, p. 469 et 470.

¹⁶⁴ Pour une définition de ce type de charge, voir: *Re Cosslett (Contractors) Ltd.*, [1998] Ch. 495, 508 (C.A.) (Lord Millet): « It is of the essence of a charge that a particular asset or class of assets is appropriated to the satisfaction of a debt or other obligation of the chargor or a third party, so that the chargee is entitled to look to the asset and its proceeds for the discharge of the liability. This right creates a transmissible interest in the asset ». Voir aussi sur la charge en *equity*: L. SMITH, préc., note 64, p. 449.

iv. La « charge légale » (*legal charge*) ou « mortgage statutaire » (*statutory mortgage*)

Il convient également de distinguer le *mortgage* traditionnel de la charge légale, parfois également appelé *mortgage* statutaire. Ces charges n'existaient pas en common law et ont été créées par des lois particulières. La charge légale est une sûreté immobilière qui grève un fonds sans provoquer de transfert du titre de propriété – ce qui la distingue du *legal mortgage*¹⁶⁵, mais qui donne au créancier un intérêt légal – ce qui la distingue de la charge équitable.

La nature juridique de la charge a été notamment discutée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Smith v. National Trust Co.*¹⁶⁶. Dans cette affaire, l'opinion majoritaire a considéré que la charge devait être distinguée du *mortgage* traditionnel de common law (*common law mortgage*) et qu'il existait une différence de nature entre les deux concepts puisque, contrairement au *mortgage* traditionnel, la charge n'emporte pas transfert du titre de propriété. De plus, la Cour a estimé que la charge n'est pas régie par les principes de la common law, mais par les lois particulières qui l'instaurent et que c'est dans ces lois qu'il faut rechercher les règles explicites ou implicites relativement aux droits et pouvoirs conférés par la charge¹⁶⁷. L'analyse notionnelle est donc au premier plan pour les biens réels en common law. Cela se vérifie concrètement lorsqu'on observe les règles applicables à ces différentes sûretés immobilières au Canada.

b. Le régime des sûretés immobilières au Canada

Le régime des sûretés immobilières au Canada est relativement complexe et n'est pas uniforme dans les différentes provinces. Bien que le droit des sûretés tire son origine du droit anglais, chaque province a adopté une législation particulière et il convient donc de s'y référer pour connaître le

¹⁶⁵ Voir, notamment sur la charge légale : J.E. ROACH, préc., note 149, p. 8 et suiv.

¹⁶⁶ *Smith v. National Trust Co.*, (1912) 45 R.C.S. 618.

¹⁶⁷ *Id.* : « The mortgage contemplated and provided for by the Act [the Real Property Act of Manitoba] is a real security which primarily derives its efficacy as a security of that character from the statute itself [...] and it is, consequently to the statute that we must primarily resort to ascertain what are the rights and power incidental to such a security ».

système qui y a cours en matière de biens réels¹⁶⁸. On trouve trois types d'approches selon le système de droit réels et de publicité adopté dans la province, qu'il s'agisse du système traditionnel d'enregistrement des actes (*Registry Act*) ou du système d'enregistrement des titres (*Land Title Act*) – également appelé système Torrens¹⁶⁹ – ou encore, d'un système mixte de publicité.

Les provinces qui connaissent le système traditionnel d'enregistrement des actes¹⁷⁰ traitent généralement les sûretés immobilières comme conférant un *mortgage* traditionnel, avec transfert du titre de propriété. Dans ces provinces, le créancier dispose des droits et recours conférés par le *mortgage* traditionnel de common law. Le créancier bénéficiaire d'un *mortgage* traditionnel dispose typiquement de quatre recours – proches de ceux conférés par une hypothèque ou par un *security interest* – lesquels varient néanmoins sensiblement selon les provinces : l'action en forclusion (*foreclosure*)¹⁷¹, la vente judiciaire (*judicial sale*), la vente extrajudiciaire (*extrajudicial sale*) – en vertu du pouvoir de vente du contrat *de mortgage* ou de la loi (*power of sale contained in the mortgage deed or statutory power of sale*) – et la prise de possession ou le séquestre (*receivership*)¹⁷².

¹⁶⁸ Voir l'arrêt *Farm Credit Corp. v. Nelson*, [1993] 102 D.L.R. (4th) 743, par. 20 et 22 (Sask. Q.B.), où le juge Bayton décrit l'état du droit canadien : « [I]t is essential to keep in mind that mortgages are now creatures of statute. Substantive mortgage law is no longer found primarily in the common law, but in the provisions of the legislation that has been enacted in each separate jurisdiction ».

¹⁶⁹ Voir notamment sur le système Torrens : François BROCHU, « Le système Torrens et la publicité foncière québécoise », (2002) 47 R.D. McGill 625 ; Greg TAYLOR, *The Law of the Land: The Advent of the Torrens System in Canada*, Toronto, Osgoode Society, 2008. Le système Torrens, importé d'Australie, garantit les titres de propriété inscrits au registre foncier de la province, le transfert du titre dépendant uniquement du fait de l'enregistrement. Dans le système Torrens, le rang des sûretés dépend uniquement de la date d'inscription au registre. Au contraire, dans le système traditionnel, la connaissance d'un *mortgage* antérieur non enregistré peut modifier l'ordre de priorité des sûretés.

¹⁷⁰ Les provinces de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve-et-Labrador connaissent un système d'enregistrement des actes traditionnel.

¹⁷¹ L'action en forclusion est rarement utilisée en pratique, car il s'agit d'une procédure qui se fait par étapes et qui est extrêmement protectrice des intérêts du débiteur. D'un point de vue théorique toutefois, cette action est importante car elle n'est jamais ouverte dans le contexte d'une charge en *equity*.

¹⁷² L. SMITH, préc., note 64, p. 423. Au Canada, la prise de possession est souvent un préalable à la vente : Joseph E. ROACH, *Les hypothèques immobilières en common law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 81. La prise de possession peut se faire par le

Au contraire, dans les provinces ayant adopté le système Torrens¹⁷³, la sûreté typique en matière de biens réels ne produit aucun transfert du titre de propriété¹⁷⁴ et se rapproche donc conceptuellement de la charge. C'est ainsi qu'en Colombie-Britannique, la charge est définie comme « *an estate or interest in land less than the fee simple* » (art. 1 *Land Title Act*) et il est prévu qu'elle ne produit aucun transfert de propriété (art. 231 *Land Title Act*)¹⁷⁵. Il faut alors se référer aux lois de chaque province pour déterminer les droits et obligations du créancier et du débiteur¹⁷⁶. Les recours conférés par une charge sont expressément prévus par ces lois¹⁷⁷. Il convient de souligner ici que dans certaines provinces, le législateur a conservé l'ancienne terminologie d'hypothèque (*mortgage*) pour désigner le nouveau concept de charge, ce qui peut porter à confusion¹⁷⁸. Cette terminologie ambivalente, qui s'explique par le fait que terme *mortgage* est parfois utilisé dans un sens large pour désigner tout type de sûreté immobilière¹⁷⁹, ne devrait toutefois pas avoir pour effet de porter atteinte ni au concept de charge ni à celui de *mortgage*.

Finalement, certaines provinces canadiennes ont adopté un système mixte dans lequel coexistent le système d'enregistrement des actes et le système Torrens¹⁸⁰. Ces provinces reconnaissent à la fois le concept de *mortgage* traditionnel et celui de charge – la situation étant variable selon les cantons¹⁸¹. C'est ainsi qu'au Nouveau-Brunswick, lorsque l'immeuble

créancier lui-même ou par la nomination d'un séquestre. Voir aussi pour l'Île-du-Prince-Édouard, *Real Property Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. R-3; pour la Nouvelle-Écosse: *Real Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 385, partie VI.

¹⁷³ Il s'agit de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon.

¹⁷⁴ Voir par ex., au Manitoba, l'art. 98 du *Real Property Act*, C.C.S.M., c. R-30.

¹⁷⁵ Colombie-Britannique: *Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250. Voir aussi pour la Saskatchewan, *Land Title Act*, R.S.S. 2000, c. L-5.1, art. 2(cc) et 123; pour l'Alberta, *Land Title Act*, R.S.A. 2000, c. L-4, art. 1 et 103.

¹⁷⁶ Voir, par ex.: art. 231 *Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250.

¹⁷⁷ Voir, par ex.: *Law of Property Act*, R.S.A. 2000, c. L-7, art. 37 et suiv.; *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 15-22.

¹⁷⁸ Par exemple: le *Land Title Act*, R.S.A. 2000, c. L-4, qui définit le *mortgage* comme une charge (art. 1). Sur cette question, voir: J.E. ROACH, préc., note 149, p. 3.

¹⁷⁹ Sur la distinction entre un sens strict du *mortgage*, distinct de la charge, et un sens large du *mortgage*, qui réfère à « tout intérêt dans la terre tenu à titre de sûreté pour une dette/*any interest in land held as security for a debt* »: L. SMITH, préc., note 64, p. 404.

¹⁸⁰ C'est le cas au Nouveau-Brunswick, en Ontario et au Manitoba.

¹⁸¹ Voir: J.E. ROACH, préc., note 149, p. 3.

n'est pas inscrit au registre foncier des titres, la *Loi sur les biens*¹⁸² préserve le *mortgage* traditionnel de la common law et les parties peuvent donc constituer un *mortgage* avec transfert du titre de propriété¹⁸³. Quant aux recours conférés par une charge dans les systèmes mixtes, ils sont ici encore prévus expressément par la loi¹⁸⁴.

Ces derniers développements montrent donc que la nature juridique de la transaction reste importante en common law s'agissant des biens réels, notamment lorsqu'il convient de distinguer le « mortgage légal » du « mortgage en equity » ou de la charge.



La différence d'approche entre les systèmes de droit civil et de common law en matière de sûretés réelles ne saurait être exagérée. Cette étude aura permis de montrer que l'approche fonctionnelle souvent citée comme emblématique des récentes réformes du droit des sûretés en common law n'est pas totalement caractéristique de cette tradition. De plus, si le droit civil est naturellement porté vers une analyse conceptuelle du droit des sûretés, la fonction de l'opération est de moins en moins en moins une idée étrangère au droit civil, ce que l'on peut principalement lier à l'essor des sûretés-propriétés.

Bien que la nature juridique de la sûreté soit au cœur du droit civil québécois des sûretés réelles, ce droit se teinte néanmoins de fonctionnalisme. Cela est patent dans le traitement des sûretés-propriétés par le *Code civil du Québec*, mais aussi au-delà dans la notion aux contours élargis d'hypothèque adoptée par ce code. À l'inverse, le droit canadien des sûretés des provinces de common law a attiré l'attention des commentateurs par l'approche fonctionnelle qu'il a adoptée, à l'instar du *Code de commerce uniforme* américain, et par le biais de la notion de *security interest*. Pourtant l'approche de la common law canadienne a des relents d'essentialisme en matière de biens personnels et l'approche de la common law traditionnelle est toujours présente en matière de biens réels. L'opposition

¹⁸² R.S.N.B. 1973, c. P-19 (Nouveau-Brunswick).

¹⁸³ *Id.*, art. 37-52.

¹⁸⁴ Voir, par ex. : *Real Property Act*, R.S.M. 1988, c. R-30, art. 143 et suiv.; *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194, règle 64.

entre le modèle notionnel et le modèle fonctionnel des sûretés n'est donc pas essentiellement une question de tradition juridique. Chaque tradition juridique, de droit civil ou de common law, s'est plutôt frayé un chemin à travers ces deux types d'approches.

Cette recherche a également souligné que le droit des sûretés doit souvent être lu avec la théorie générale du droit des biens en toile de fond. Il noue en effet des liens particuliers avec le droit des biens. L'étroitesse de ces liens est davantage liée à l'approche du droit des sûretés qui a été retenue plutôt qu'à la tradition juridique. Plus précisément, plus le droit des sûretés adopte une approche notionnelle, plus l'apport du droit des biens à la théorie du droit des sûretés est important, et ce, quelle que soit la tradition juridique.

Tant le droit québécois – qui a pu être décrit comme un véritable « laboratoire de droit comparé »¹⁸⁵ – que le droit canadien montrent qu'un modèle mixte de droit des sûretés est possible, à mi-chemin entre formalisme et fonctionnalisme, permettant ainsi d'allier harmonieusement la rationalité traditionnelle du droit civil au pragmatisme souvent vanté de la common law.

Généralement présenté sous un angle unisystémique et comme un droit essentiellement technique, le droit des sûretés réelles perd l'étoffe et la richesse qui devrait lui revenir. C'est cette densité théorique du droit des sûretés que nous avons tenté de rechercher, au-delà des spécificités des traditions juridiques. Nous espérons que cette étude aura permis d'apporter une pierre à cet édifice.

¹⁸⁵ Sur cette idée, voir : H. Patrick GLENN, « Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 577, à la page 577 ; Adrian POPOVICI, « Droit comparé, sources du droit privé. Aspects de l'intégration juridique au Québec », (2001) 35 R.J.T. 777, 780.