

# SÛRETÉS RÉELLES ET PUBLICITÉ DES DROITS : ENTRE DIFFICULTÉS ET RÉUSSITES

Denise Pratte\*

---

*Dans son article, l'auteure discute de la justesse des politiques législatives retenues en 1994 quant aux sûretés réelles et à la publicité des droits en les confrontant aux tendances actuelles dans le domaine. En saluant le choix du législateur de permettre l'hypothèque mobilière sans dépossession, l'auteure critique toutefois le choix d'avoir empêché certaines personnes d'être constituant d'une telle hypothèque et de ne pas s'être exprimé clairement relativement à la question des obligations garanties par hypothèque. Enfin, l'auteur croit que le législateur a, à bon droit, rejeté l'approche fonctionnelle et intégrée totale mais qu'il aurait dû adopter de meilleures mesures d'encadrement des sûretés parallèles.*

---

## 1. Introduction

Le *Code civil du Québec* a 15 ans. Plusieurs personnes dans cette salle pourraient réclamer une portion de paternité ou de maternité de cet enfant chéri. Mais à l'adolescence, l'heure n'est pas aux épanchements, mais bien à l'analyse et aux remises en question.

En 1994, le droit des sûretés réelles et de la publicité des droits a connu une réforme majeure, particulièrement en matière de sûretés mobilières. À présent, il convient de vérifier si certains choix fondamentaux faits par le législateur, à l'époque, étaient judicieux.

Pour ce faire, nous avons choisi de vérifier la justesse des politiques législatives retenues par le législateur en 1994 en les confrontant aux grandes tendances actuelles véhiculées dans le domaine. À cet égard le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*<sup>1</sup>, élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et adopté en décembre 2007, nous sera d'un grand secours. La commission, dans l'élaboration de son guide, a tenu compte de ses propres travaux dans certains domaines spécialisés du droit des sûretés et de

---

\* Avocate et professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

<sup>1</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, 2007, en ligne : <[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/security.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security.html)> [le guide de la CNUDCI ou le guide].

l'insolvabilité et des travaux réalisés par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAD), la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), l'Organisation des États américains (OEA) et l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT). L'objet du guide est d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédit garanti. Le guide se fonde sur le principe que le crédit garanti est un levier économique important et qu'il faut le favoriser en créant des lois rationnelles et efficaces qui avantagent les États qui les adoptent<sup>2</sup>. Le guide s'efforce de transcender les différences entre les traditions juridiques des États pour plutôt favoriser des solutions pragmatiques et éprouvées dans la pratique. Il tente de concilier les intérêts des débiteurs, des créanciers, des tiers et de l'État.

La première recommandation du guide expose le cadre général et les objectifs que devrait avoir une loi en cette matière :

1. Une loi sur les opérations garanties efficace (ci-après dénommée "la loi" ou "la présente loi") devrait viser les objectifs suivants, qui constituent le cadre général dans lequel elle devrait s'inscrire:

- a) Promouvoir le crédit bon marché en augmentant l'offre de crédit garanti;
- b) Permettre aux débiteurs d'utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens à titre de garantie pour obtenir des crédits;
- c) Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace;
- d) Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et des diverses formes d'opérations garanties;
- e) Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession sur tous les types de biens;
- f) Renforcer la sécurité et la transparence en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés;
- g) Établir des règles de priorité claires et prévisibles;
- h) Aider les créanciers à exercer leurs droits de manière efficace;
- i) Laisser aux parties le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté;

---

<sup>2</sup> En ce sens, voir : Georges Affaki, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés » dans Marie-Élodie Ancel, dir., *Repenser le droit des sûretés mobilières*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 9 [Affaki]. Pour certains travaux remettant en question le droit des créanciers garantis par rapport à ceux des créanciers chirographaires, voir les études citées à la note 11 de Michael G. Bridge, Roderick A. Macdonald, Ralph L. Simmonds and Catherine Walsh, « Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions » (1999) 44 R.D. McGill 567.

- j) Établir un équilibre entre les intérêts de toutes les personnes concernées;  
et
- k) Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois.

Ces objectifs sont par ailleurs concrétisés par l'énoncé de douze principes fondamentaux et de 239 recommandations très concrètes. Sans pouvoir prétendre ici à une analyse exhaustive de ces recommandations, nous nous attarderons sur l'adéquation de notre droit des sûretés à certains de ces objectifs et principes fondamentaux.

Une autre façon de vérifier les choix faits par le législateur québécois est de les comparer avec ceux faits par le législateur français lors de la réforme du droit français des sûretés, effectuée en 2006.

Dans une première partie nous examinerons donc certains choix éclairés effectués par le législateur, pour ensuite, dans une deuxième partie étudier certains choix qu'il y aurait lieu de parfaire.

#### *A) Certains choix éclairés du législateur*

Plusieurs objectifs mentionnés par le guide visent à promouvoir le crédit garanti, en modernisant et en simplifiant le droit des sûretés. En 1994, le législateur a fait plusieurs choix qui s'inscrivent directement dans cet axe de modernisation et de simplification. Ainsi, peut-on saluer la diminution considérable du nombre de privilèges légaux, la réorganisation du droit des sûretés autour du concept d'hypothèque et l'organisation des recours hypothécaires. Bien sûr, nous ne pouvons ici analyser de façon exhaustive tous les choix du législateur. Nous nous limiterons donc dans cette étude à examiner, dans un premier temps, un choix fondamental du législateur, soit la création du concept général d'hypothèque mobilière sans dépossession. Dans un deuxième temps, nous soulignerons l'apport considérable de l'instauration du régime de publicité mobilière à la rencontre de ces objectifs de modernisation et de simplification.

##### *a) Un choix fondamental : le concept général d'hypothèque mobilière sans dépossession*

Selon le guide de la CNUDCI, un droit moderne et efficace sur les opérations garanties doit permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace et doit valider les sûretés mobilières sans dépossession sur tous les types de biens, tant corporels qu'incorporels<sup>3</sup>. Les moyens envisagés pour obtenir cette efficacité, et ainsi réduire les coûts du crédit, sont les suivants :

---

<sup>3</sup> *Supra* note 1, recommandations 1(c) et (e).

limitation des formalités au minimum; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés réelles mobilières, plutôt qu'à des mécanismes de sûretés multiples pour différents types de biens grevés; et mise en place d'un mécanisme permettant de constituer des sûretés réelles mobilières sur des biens futurs et de garantir des crédits futurs, sans que les parties aient à établir d'autres documents ou à accomplir d'autres formalités<sup>4</sup>.

Pour pouvoir apprécier l'ampleur de la réforme québécoise, il faut se rappeler qu'avant celle-ci, le droit des sûretés mobilières avait connu un développement à la pièce au gré des besoins de la pratique. Ainsi, à différentes époques, avait-on intégré au *Code civil du Bas Canada* le nantissement agricole, commercial et forestier<sup>5</sup>. De plus, des lois particulières éparses venaient compléter l'éventail des sûretés mobilières disponibles pour les créanciers. Ainsi, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, devenue la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*<sup>6</sup>, permettait de créer des actes de fiducie qui donnaient en garantie l'ensemble des biens de la personne morale. Pour sa part, la *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*<sup>7</sup> permettait principalement de donner les stocks en garantie, en faveur de n'importe quel créancier; ce qui pouvait déjà être fait en faveur des banques, en vertu de la *Loi sur les banques*<sup>8</sup>. L'absence de processus global de réforme avait créé plusieurs problèmes de compatibilité entre ces dispositions non intégrées; ce qui avait amené un auteur à parler de désordre législatif en la matière<sup>9</sup>.

Le nouveau *Code civil du Québec* a permis de procéder à cette réforme globale du droit des sûretés mobilières. En adoptant le concept général d'hypothèque mobilière sans dépossession, on a permis, tel que le préconise le guide de la CNUDCI, la création de sûretés mobilières sans dépossession sur différents types de biens meubles corporels ou

---

<sup>4</sup> *Ibid.* « Introduction » au para. 45.

<sup>5</sup> Par exemple : articles 1979a-1979d C.c.B.C. ajoutés par la *Loi du nantissement agricole*, S.Q. 1940, c. 69; articles 1979e-1979k C.c.B.C. ajoutés par la *Loi relative au nantissement*, S.Q. 1962, c. 57.

<sup>6</sup> Art. 27-31 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*, L.R.Q., c. P-16, modifiés et abrogés par les articles 643 et 644 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57.

<sup>7</sup> *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q. c. C-53, abrogée par l'article 520 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57.

<sup>8</sup> Art. 425 et s. de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

<sup>9</sup> Jacques Auger, « Les sûretés mobilières sans dépossession sur des biens en stock en vertu de la Loi sur les banques et du droit québécois » (1983) 14 R.D.U.S. 221 à la p. 223.

incorporels, notamment le matériel, les stocks et les créances<sup>10</sup>. En effet, les articles 2665 et 2666 C.c.Q. prévoient dorénavant que l'hypothèque peut être mobilière ou immobilière et qu'elle peut grever des biens particuliers, corporels ou incorporels, ou des ensembles de biens compris dans une universalité.

Cette modification, qui semble aujourd'hui aller de soi, est pourtant la clef de voûte de toute notre réforme du droit des sûretés mobilières et n'a pu être adoptée sans certaines concessions conceptuelles ayant trait à la notion traditionnelle de droit réel. En effet, l'Office de révision du Code civil (O.R.C.C.) avait renoncé à qualifier de droit réel, l'hypothèque généralisée à tous les types de biens. Elle précisait :

On a supprimé la définition de l'hypothèque comme un droit réel, pour s'en tenir au principe de l'affectation du bien au paiement d'une obligation. [...] L'hypothèque est un droit accessoire qui, selon le Projet, peut tantôt grever un droit réel (v.g. la propriété d'un bien) et tantôt un droit personnel (v.g. un droit de créance); il a donc paru artificiel de maintenir cette qualification de droit réel<sup>11</sup>.

Dans une analyse des propositions du projet de l'O.R.C.C., le Comité d'étude sur les sûretés et la publication des droits réels avait fait ressortir le problème de la disparition de la qualification de l'hypothèque, qui ne réglait pas en soi le problème<sup>12</sup>. En 1986, l'Avant-projet de loi portant sur la réforme du droit des sûretés réelles définissait à nouveau l'hypothèque en tant que droit réel<sup>13</sup>. Il en est de même, dans le Projet de loi 125<sup>14</sup> et à l'actuel article 2660 C.c.Q.

Pour plusieurs, cette qualification de droit réel des hypothèques mobilières sans dépossession sur des biens incorporels ou sur des universalités de biens présents et à venir pose problème<sup>15</sup>. En effet, suivant la conception classique du droit réel, ce dernier porte sur un bien matériel,

<sup>10</sup> *Supra* note 1, « Introduction » au para. 47.

<sup>11</sup> Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, Montréal, Éditeur officiel, 1978 à la p. 438.

<sup>12</sup> Jacques Auger, Comité sur les sûretés et la publication des droits réels, *Analyse des propositions de l'O.R.C.C. en matière de sûretés*, juin 1984 à la p. 15.

<sup>13</sup> Avant P.L., *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., Québec, 1986, art. 2817; Herbert Marx, *Mémoire au conseil des ministres*, Partie accessible au public, Québec, 15 octobre 1986 à la p. 16.

<sup>14</sup> P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1<sup>re</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., Québec, 1990, art. 2644.

<sup>15</sup> John E. C. Brierley, « Regard sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec » (1995) 47 R.I.D.C. 33; Roderick A. Macdonald, « Reconciling the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies » (1994) 39 R.D. McGill 761.

une chose<sup>16</sup>. De même, il ne peut y avoir de droit réel sans une assiette déterminée portant sur une chose existante et individualisée<sup>17</sup>.

La possibilité de créer des droits ne pouvant entrer dans les catégories classiques de droits réels ou de droits personnels n'est cependant pas nouvelle. Avant la réforme du Code civil, la création d'un usufruit sur des créances était possible, bien qu'il s'agisse d'un droit réel portant sur un bien incorporel. De même, le nantissement de créances était également reconnu par le législateur<sup>18</sup>. Tant au Québec qu'en France, plusieurs garanties portant sur des universalités de biens ont vu le jour. On a donc dû avouer que la classification classique n'était plus en mesure de contenir tous les nouveaux droits créés<sup>19</sup>.

Les professeurs Brierley et Macdonald, qui ont examiné le problème global de la qualification des biens dans le nouveau Code civil, reconnaissent tous les deux le problème de qualifier de droit réel, par exemple, l'hypothèque mobilière portant sur des créances ou des universalités de biens<sup>20</sup>. Cependant, jamais ces auteurs ne critiquent l'évolution de notre droit des sûretés mobilières. Pour eux, il était d'ailleurs superflu de qualifier de droit réel toutes les hypothèques, puisque les droits qu'elles confèrent sont bien précisés par la loi. Selon eux, il convient de repenser ou d'adapter la théorie générale des biens pour faire une place à ces nouveaux droits qui ne cadrent pas dans la théorie classique<sup>21</sup>.

Pour notre part, il nous semble que le législateur a fait un choix judicieux en créant le concept général d'hypothèque mobilière sans dépossession, bien que conceptuellement, cela pouvait poser des problèmes. En effet, refuser de se donner une sûreté mobilière générale sans dépossession aurait été une erreur fondamentale, selon les grands principes modernes reconnus en la matière par le guide de la CNUDCI.

---

Pour une analyse différente, voir : François Frenette, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet » (1998) 39 C. de D. 803.

<sup>16</sup> Jacques Guestin et Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990 à la p. 173.

<sup>17</sup> Christian Atias, *Droit civil : Les biens*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis Litec, 2005 à la p. 51.

<sup>18</sup> Denise Pratte, « Cinq ans après la réforme, nos sûretés sont-elles sûres? » dans Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, vol. 113, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 179 aux pp. 189-191.

<sup>19</sup> Michel Cabrillac et Christian Mouly, *Droit des sûretés*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1993 à la p. 379.

<sup>20</sup> Brierley, *supra* note 15 aux pp. 40-42; Macdonald, *supra* note 15 aux pp. 800-801.

<sup>21</sup> Brierley, *ibid.* à la p. 48; Macdonald, *ibid.* aux pp. 805-806.

Pour s'en convaincre, on peut examiner le cas de la réforme du droit des sûretés mobilière en France, en 2006. Il s'agit d'un exemple très frappant de la difficulté de réussir cette modernisation et cette simplification de ce droit.

En 2003, le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, présidé par le professeur Michel Grimaldi, débutait ses travaux. Dans son rapport de 2005, le groupe de travail constatait la problématique de la dispersion des textes, de l'accumulation de réformes ponctuelles sans vision d'ensemble et d'incertitudes amenées par une jurisprudence fluctuante en la matière<sup>22</sup>. Selon lui, la réforme devait donc se donner comme grande orientation de rendre au droit français des sûretés les qualités de lisibilité et d'accessibilité. Elle devait également redonner au Code civil le titre de siège privilégié du droit des sûretés.

L'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés<sup>23</sup> n'a pas permis de rencontrer totalement ces grandes orientations. On a tout de même salué cette réforme qui comporte des améliorations notables<sup>24</sup>. Ainsi, on a créé un livre IV dans le Code civil, entièrement consacré aux sûretés. En matière mobilière, l'innovation majeure est la création du gage sans dépossession général. Ainsi, l'article 2333 du Code civil français permet dorénavant la création d'un gage sans dépossession sans qu'un texte spécial l'autorise expressément. Ce gage peut porter sur des biens mobiliers ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. De même, l'article 2355 de ce code permet la création d'un nantissement portant sur un bien meuble incorporel ou sur un ensemble de biens meubles incorporels présents et à venir. La modification fondamentale repose sur le fait que le gage n'est plus un contrat réel, qui se forme par la remise du bien, mais un contrat solennel, qui se forme par la rédaction d'un écrit (art. 2336). L'opposabilité du gage est assurée soit par la publicité par inscription dans un registre ou par la dépossession (art. 2337).

Malgré ces points positifs, les critiques soutiennent que la réforme n'a été que partielle et qu'elle n'est pas allée au bout de son accomplissement.

---

<sup>22</sup> Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des sceaux, ministre de la Justice*, Paris, 28 mars 2005, en ligne : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000230/0000.pdf>>.

<sup>23</sup> *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, J.O., 24 mars 2006.

<sup>24</sup> Laurent Aynès, « Présentation générale de la réforme » D. 2006.Chron.1289; Reinhard Dammann, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée » D. 2006.Chron.1298; *Juris-classeur civil*, art. 2337-2340, « Gage de meuble corporels – Opposabilité du gage », par Dominique Legeais, au n° 2; Ulrich Drobniç, « La réforme française du droit des sûretés réelles » D. 2007.1488 Trois questions à Ulrich Drobniç.

Ainsi peut-on lire dans le *Juris-Classeur* :

L'une des caractéristiques de la législation relative au gage est la multiplication des régimes spéciaux. Ce phénomène est constant et la réforme du droit des sûretés n'a fait que l'accentuer. L'impératif de simplification de la réforme n'est sur ce point pas rempli. [...] Non seulement les différentes sûretés spéciales du Code de commerce ont été maintenues, mais un gage nouveau, le gage des stocks a été créé. Conséquence de cette évolution, les parties sont souvent en position de choisir entre la législation de droit commun et le régime spécial<sup>25</sup>.

De même, dans un dossier spécial sur la réforme, publié dans le recueil *Dalloz*, on écrit :

Pour un observateur étranger, l'absence d'unification interne du droit français des sûretés réelles est décevante. Du point de vue européen, il est regrettable que l'occasion d'élaborer des règles de base communes ait été manquée<sup>26</sup>.

Un frein important de la réforme du droit des sûretés mobilières française est l'absence de réforme parallèle du droit de la faillite. Ainsi, tant que le gage avec dépossession comportera des droits supérieurs à ceux du gage sans dépossession en cas de faillite, ce dernier ne pourra prendre son envol<sup>27</sup>.

Ainsi, un autre auteur, avocat au Barreau de Paris, concluait sa critique de la réforme en ces termes :

Or, faute de favoriser les sûretés mobilières modernes sans dépossession à travers la reconnaissance d'un droit de rétention légal, d'instituer un registre central et d'harmoniser la multitude de régimes spéciaux, la réforme apparaît comme une occasion manquée<sup>28</sup>.

Cette expérience de réforme du droit français, avec ses résultats mitigés, nous apprend qu'il n'est pas facile de bouleverser le droit établi. La réforme québécoise a relevé le défi de créer une nouvelle sûreté totalement originale qui est l'hypothèque mobilière. Ce choix fondamental nous a permis de réussir à unifier et à simplifier notre droit des sûretés. Il faut

---

<sup>25</sup> *Juris-classeur civil*, art. 2333-2336, « Gage de meubles corporels – Droit commun. Constitution », par Dominique Legeais, au n° 18.

<sup>26</sup> Drobnig, *supra* note 24.

<sup>27</sup> Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les sûretés : La publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2006 aux pp. 207-08; Dammann, *supra* note 24 à la p. 1299.

<sup>28</sup> Dammann, *ibid.* à la p. 1300.

saluer cette innovation majeure qui a d'ailleurs inspiré plusieurs pays dans leur réforme du droit des sûretés mobilières<sup>29</sup>.

Par ailleurs, il faut être vigilant et prendre garde aux réformes ponctuelles qui pourraient ébranler notre concept général d'hypothèque mobilière. Par exemple, en janvier 2009, est entrée en vigueur la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiaires*<sup>30</sup> qui introduit dans notre Code civil une hypothèque mobilière avec dépossession sur certaines valeurs ou certains titres. Celle-ci peut être créée par la maîtrise donnée de ces valeurs ou titres au créancier hypothécaire et prend rang avant les hypothèques mobilières sans dépossession inscrites au Registre des droits personnels et réels mobiliers (art. 2714.1 et 2714.2 C.c.Q.). Bien que nous comprenions l'impératif d'unifier le droit dans ce domaine particulier, ce que reconnaît également le guide de la CNUDCI, on peut regretter l'utilisation de cette fiction juridique d'hypothèque avec dépossession, alors que notre droit moderne d'hypothèque sans dépossession aurait pu répondre aux besoins de la pratique.

Après avoir examiné ce choix du législateur de créer un concept général d'hypothèque mobilière sans dépossession, nous ferons état du choix complémentaire indispensable à la mise en place de cette réforme, l'instauration d'un système de publicité mobilière.

*b) Un choix complémentaire indispensable : l'instauration d'un système de publicité mobilière*

Suivant les enseignements de la CNUDCI, un système de sûretés mobilières efficace repose sur deux concepts fondamentaux : l'opposabilité et la priorité.

Le concept selon lequel une sûreté réelle mobilière peut être rendue opposable de manière rapide et peu onéreuse par enregistrement d'un simple avis a pour but de favoriser la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination du rang de priorité de chaque créancier et de réduire ainsi les risques et les coûts associés aux opérations garanties. Le concept de priorité permet quant à lui la coexistence de sûretés de rangs différents sur les mêmes biens. Une entreprise a donc la possibilité de tirer le plus grand parti possible de la valeur de ses biens en grevant ceux-ci pour garantir plusieurs crédits obtenus auprès de différents créanciers, et chaque créancier peut ainsi connaître le rang de sa sûreté<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Affaki, *supra* note 2 aux pp. 25-28.

<sup>30</sup> L.Q. 2008, c. 20.

<sup>31</sup> *Supra* note 1, « Introduction » au para. 8.

En vertu des grands objectifs du guide de la CNUDCI, il faut renforcer la sécurité et la transparence du droit des sûretés en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés et il faut établir des règles de priorité claires et prévisibles<sup>32</sup>.

Dans le préambule des recommandations relatives à l'opposabilité du guide, on peut lire :

Les dispositions relatives à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet d'établir une base pour le classement prévisible, équitable et efficace des rangs de priorité :

- a) En exigeant l'inscription comme condition préalable à l'opposabilité, sauf lorsque des exceptions et des alternatives à cette inscription se justifient par des considérations de politique commerciale; et
- b) En établissant un cadre juridique pour créer et tenir un système de registre public simple, économique et efficace en vue de l'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières<sup>33</sup>.

En ce qui a trait à la publicité des droits, le guide recommande la création d'un registre général des sûretés. Celui-ci a pour objet de fournir :

- a) Une méthode par laquelle une sûreté réelle mobilière existante ou future sur des biens existants ou futurs du constituant peut être rendue opposable;
- b) Un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière; et
- c) Une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant (comme des créanciers garantis et des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant) de savoir si les biens sont grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Pour ce faire, le système devrait être conçu de sorte que l'inscription et la recherche soient simples, rapides, économiques, commodes et accessibles au public<sup>34</sup>.

Suivant certaines recommandations du guide, l'inscription doit être faite au moyen d'un avis, et non par la présentation de l'acte constitutif; l'indexation doit être faite à partir du nom du constituant ou d'un autre élément fiable permettant d'identifier le bien; la fiche d'inscription doit

---

<sup>32</sup> *Ibid.* recommandation 1(f) et (g).

<sup>33</sup> *Ibid.* « Préambule » aux recommandations 29 et s.

<sup>34</sup> *Ibid.*, aux recommandations 54 et s.

contenir une quantité limitée de données; le fichier est centralisé et contient tous les avis concernant les mécanismes de garanties au sens large; le registre est, si possible, informatisé et accessible au public à des coûts minimes et des guides clairs et concis doivent être fournis aux utilisateurs tant pour la procédure d'inscription que de consultation<sup>35</sup>.

En ce qui a trait au régime des priorités de rang, le guide recommande, entre autres, un système de priorité suivant l'ordre du temps, soit en fonction de la date d'inscription, quel que soit l'ordre de constitution, soit par la date d'opposabilité établie selon un autre mode de publicité<sup>36</sup>.

Notre réforme du droit des sûretés a mené à la création du registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM). En vertu de l'article 2980 C.c.Q. ce registre est constitué, en ce qui concerne les droits réels mobiliers, de fiches tenues par catégories de biens ou d'universalités, sous la désignation des meubles grevés ou l'indication de la nature de l'universalité ou, encore, de fiches tenues sous le nom du constituant. La structure du registre a en fait été précisée dans le *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*<sup>37</sup>, où l'on prévoit que le registre est constitué de fiches nominatives et de fiches descriptives. Une fiche nominative est établie pour chaque constituant identifié dans la réquisition d'inscription et une fiche descriptive ne l'est que pour les véhicules routiers ayant un numéro d'identification permettant la constitution d'une telle fiche. Ainsi, d'un registre qu'on voulait probablement au départ plus axé sur les biens eux-mêmes, on est passé à un système conçu principalement sous le nom des constituants.

L'implantation de ce registre moderne et informatisé a donné lieu à un travail colossal, en plusieurs phases. Les résultats sont probants et fonctionnels. Les solutions électroniques et informatiques retenues par la direction du RDPRM ont d'ailleurs été saluées par de nombreux prix et distinctions<sup>38</sup>. Ainsi, depuis septembre 1999, date où le registre est devenu pleinement opérationnel, en ce qu'il permet l'inscription des clauses de réserve de propriété, des ventes avec faculté de rachat, des baux d'une durée de plus d'un an, du droit de propriété des crédits-bailleurs, des fiducies à des fins de garantie, des stipulations d'inaliénabilité et d'insaisissabilité, on peut affirmer qu'il répond tout à fait aux exigences du comité des Nations Unies en la matière.

---

<sup>35</sup> *Ibid.* recommandations 54-72.

<sup>36</sup> *Ibid.* recommandation 73.

<sup>37</sup> D. 1594-93, 17 novembre 1993, G.O.Q. 1993.II.8058, art. 5-12.

<sup>38</sup> Lise Cadoret, « RDPRM : de plus en plus connu » dans Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, *Développement récents en droit civil (2001)*, vol. 161, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 55 aux pp. 64-65.

Bien sûr, nous sommes à l'heure du peaufinage et il faudra clarifier l'impact des erreurs d'inscription contenues dans les fiches nominatives ou descriptives, lorsque deux fiches existent. La Cour d'appel du Québec s'est penchée sur la question. Cependant, l'exigence de faire une double consultation à partir des deux types de fiches, qui semble se dégager de cette jurisprudence, n'est pas clairement établie ni dans les textes de loi, ni dans le guide des utilisateurs<sup>39</sup>.

Finalement, on peut regretter que la simplicité et le caractère centralisé de notre système de publicité des droits mobiliers ait été un peu ébranlé en janvier 2009 par l'adoption de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*<sup>40</sup>. Cette loi permet un mode de publicité alternatif en cette matière, par exemple par des accords de maîtrise, sans exigence de publicité au RDPRM. Cette loi permet également une brèche dans notre principe de priorité par l'ordre du temps, car une sûreté qui confère la maîtrise aura priorité de rang sur une hypothèque mobilière sans dépossession inscrite préalablement au RDPRM sur les mêmes valeurs mobilières (art. 2714.2 C.c.Q.). Cependant, cette loi est le reflet de la tendance mondiale qui est d'ailleurs reconnue dans le guide de la CNUDCI qui accepte des exceptions aux principes présentés précédemment lorsque les impératifs commerciaux l'exigent. L'adoption de cette loi au Québec a été dictée par la nécessité d'uniformiser notre droit avec les autres provinces du Canada en la matière. Il est dommage que ces autres provinces n'aient pas bénéficié d'un registre généralisé, accessible et peu coûteux pour ses utilisateurs, comme le nôtre, ce qui aurait permis d'uniformiser le droit pour le mieux<sup>41</sup>.

Après avoir regardé des choix judiciaires de notre législateur en matière de sûretés, il convient maintenant d'examiner des choix qu'on pourrait qualifier de discutables et où le législateur pourrait procéder à des bonifications.

---

<sup>39</sup> Roy (*Syndic de*), [2006] R.J.Q. 751 (C.A.). Dans *Transport E.L. Campeau inc. (Syndic de)* (28 mai 2002), Québec 705-11-002749-019, J.E. 2002-1246 (C.S.), cause portée en appel, mais rayée en 2005, il a été décidé qu'une erreur dans la fiche descriptive n'était pas fatale car on pouvait retracer le droit par la fiche nominative. Voir : Denise Pratte, *Priorités et hypothèques*, 2<sup>e</sup> éd., Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2005 aux pp. 142-143 [Pratte, 2005].

<sup>40</sup> *Supra* note 30.

<sup>41</sup> Pour une analyse en ce sens : Pierre Ciotola et Antoine Leduc, « Arrêt Val-Brillant : Évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois? » dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette – Études portant sur le droit patrimonial*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 2006, 361.

## B) Certains choix du législateur à parfaire

Le guide de la CNUDCI nous enseigne que pour favoriser le crédit garanti il faut privilégier une législation de portée large qui, autant que possible, englobe toutes les catégories de constituants et de créanciers garantis, tous les types de biens meubles et d'obligations garanties et toutes les formes d'opérations garanties<sup>42</sup>. Si le législateur a en grande partie répondu à ces objectifs lors de la réforme de 1994, on peut regretter certains de ses choix. Nous examinerons, dans un premier temps, son choix de limiter la portée de l'hypothèque et, dans un deuxième temps, son choix de ne pas retenir l'approche intégrée et fonctionnelle.

### a) Le choix de limiter la portée de l'hypothèque

Comme nous venons de le mentionner, une loi moderne en droit des sûretés mobilières préconise une portée générale quant aux constituants, aux créanciers garantis et aux créances garanties. Notre nouveau droit des sûretés tend à se conformer à ces objectifs. Cependant, certains choix ou absence de choix clairs peuvent être reprochés au législateur.

Premièrement, on peut questionner le choix du législateur d'avoir empêché certaines personnes d'être constituant d'une hypothèque mobilière sans dépossession. En effet, les articles 2683 et 2684 C.c.Q. ne permettent pas aux personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise d'hypothéquer sans dépossession tous leurs biens meubles. Il faut se souvenir que ces dispositions ont été adoptées à la suite d'un débat quant à la pertinence de permettre ce type d'hypothèque pour les particuliers. Selon certains, cette nouvelle hypothèque mobilière aurait eu pour effet de favoriser l'endettement des consommateurs. Ainsi, après avoir établi, à l'article 2683 C.c.Q., le principe que les personnes physiques qui n'exploitent pas une entreprise ne peuvent créer des hypothèques mobilières sans dépossession que sur certains biens déterminés, c'est à l'article 15.02 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*<sup>43</sup> qu'on a déterminé ceux-ci.

La première version du règlement renvoyait essentiellement à l'article 15.01 du même règlement et permettait aux particuliers de créer des hypothèques mobilières sans dépossession sur leurs véhicules routiers, caravanes ou semi-caravanes, maisons mobiles, bateaux, motomarines et aéronefs. Cette approche limitative a conduit à des problèmes pratiques importants. Une illustration éloquentes de ces problèmes est présentée dans l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, décision de

---

<sup>42</sup> *Supra* note 1, « Introduction » au para. 55.

<sup>43</sup> *Supra* note 37.

la Cour suprême du Canada de 2003<sup>44</sup>. Le litige concernait la constitution par des particuliers d'une hypothèque sur des certificats de dépôt non négociables, se qualifiant à titre de Régimes enregistrés d'épargne retraite. Comme les créances ne figuraient pas à la liste des biens qu'une personne physique qui n'exploite pas une entreprise pouvait hypothéquer sans dépossession, on s'entendait pour dire qu'il ne s'agissait pas d'une hypothèque sans dépossession. Dans un jugement partagé, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada ont reconnu que ces certificats de dépôt non négociables pouvaient être hypothéqués avec dépossession, suivant certaines formalités conférant la maîtrise de la créance au créancier hypothécaire. Une forte dissidence rejetait la possibilité de créer un gage sur une créance qui n'est pas représentée par un titre négociable et qui ne permet pas une remise matérielle de ce titre.

Cette décision ramenait dans notre droit la notion de gage créé par dépossession fictive. Nous avons, avec d'autres, déploré cette technique douteuse dans un droit des sûretés mobilières qui se veut moderne, tout en comprenant que la Cour suprême ait voulu maintenir des droits que les particuliers avaient avant la réforme du Code civil<sup>45</sup>. En fait, tout le problème a été engendré par la restriction apportée à la portée de l'hypothèque quant à son constituant. Si les particuliers avaient pu hypothéquer sans dépossession des créances, comme ils pouvaient le faire auparavant, ce litige n'aurait pas vu le jour. Nous croyons que cette approche restrictive n'a pas sa raison d'être. En effet, nous pensons qu'il y a des moyens beaucoup plus efficaces de protéger les particuliers à travers la législation spécifique à leur protection. Empêcher l'utilisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession sur certains biens alors que d'autres techniques peuvent en permettre l'utilisation à des fins de crédit, comme le gage, la vente à tempérament, la vente avec faculté de rachat ou la fiducie, nous semble contreproductif.

En 2009, à l'occasion de l'adoption de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, la liste des biens qu'un particulier peut hypothéquer sans dépossession a été élargie. Dorénavant, en plus des biens qu'elle pouvait déjà hypothéquer, énumérés précédemment, une personne physique qui n'exploite pas une entreprise peut hypothéquer sans dépossession ses biens incorporels, à l'exception des biens constituant un Régime enregistré d'épargne retraite, un Fonds

---

<sup>44</sup> [2003] 1 R.C.S. 666.

<sup>45</sup> Ciotola et Leduc, *supra* note 41; Denise Pratte, « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante » dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette – Études portant sur le droit patrimonial*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 2006, 421.

enregistré de revenu de retraite, un Régime enregistré d'épargne études ou un Régime enregistré d'épargne invalidité au sens de la *Loi sur les impôts*. Il peut également le faire sur ses biens précieux, au sens de la *Loi sur les impôts*, qui sont énumérés à l'article 265 de cette loi comme étant des biens d'usages personnel et qui sont, en tout ou en partie, des estampes, gravures, dessins, tableaux, sculptures ou d'autres œuvres d'art de même nature, des bijoux, des in-folios rares, manuscrits rares ou livres rares, des timbres ou des pièces de monnaie<sup>46</sup>.

Nous ne pouvons que déplorer que le législateur ait maintenu cette approche restrictive et énumérative. Il est difficile de comprendre la logique du renvoi à la liste des biens précieux de la *Loi sur les impôts*. Ces biens sont ceux qui sont susceptibles de donner lieu à un gain net lors d'une aliénation. Ainsi, un particulier pourrait hypothéquer sans dépossession des œuvres d'art alors qu'il ne pourrait pas hypothéquer des fourrures, des instruments de musique ou des équipements sportifs. Il aurait été préférable, à notre avis, de permettre aux particuliers de créer des hypothèques sans dépossession sur tous leurs biens et de créer des exclusions comme c'est le cas pour les meubles qui garnissent la résidence principale, servent à l'usage du ménage et sont nécessaires à la vie de celui-ci (art. 2668, al. 2 C.c.Q.) et des épargnes à des fins de retraite, d'études ou d'invalidité, exceptions énumérées précédemment. De plus, si on veut vraiment empêcher l'utilisation de certains biens à des fins de crédit, il faut également s'assurer de colmater les brèches par lesquelles les créanciers pourront par d'autres techniques se faire consentir des droits pour garantir leur créance, tel que la fiducie à des fins de garantie, la vente avec faculté de rachat ou la vente à tempérament<sup>47</sup>.

Deuxièmement, relativement à la question des obligations qui peuvent être garanties par hypothèque, le législateur ne s'est pas exprimé clairement. Selon les enseignements de la CNUDCI, on devrait permettre de garantir tous les types d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables, y compris les obligations dont le montant fluctue et les obligations décrites en termes génériques<sup>48</sup>. En 1994, le législateur a permis de créer une hypothèque pour garantir quelque obligation que ce soit, suivant l'article 2687 C.c.Q. Malgré cette disposition générale, le législateur a précisé, à l'article 2688 C.c.Q. que l'hypothèque peut être

---

<sup>46</sup> Art. 15.02 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, *supra* note 37 et art. 265 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q. c. I-3.

<sup>47</sup> Dans *Guay (Syndic de)* (18 août 2000), Québec 155-11-000016-005, J.E. 2000-1783 (C.S.), on a jugé valable une situation où une personne peut obtenir du crédit en vendant son bien au « prêteur » qui lui vend à tempérament.

<sup>48</sup> *Supra* note 1 recommandation 2(c).

constituée pour garantir le paiement d'une somme d'argent qui n'a pas encore été reçue, comme dans le cas d'une ouverture de crédit. De plus, l'article 2691 C.c.Q. vient préciser que si le créancier refuse de remettre les sommes d'argent qu'il s'est engagé à prêter, le constituant de l'hypothèque pourra demander la radiation de l'hypothèque garantissant cette ouverture de crédit. Finalement, l'article 2797 C.c.Q. prévoit l'extinction de l'hypothèque lors de l'extinction de l'obligation principale, sauf dans le cas d'une ouverture de crédit ou dans tous les cas où le débiteur s'est engagé à nouveau suivant la convention. On peut déplorer que le législateur n'ait pas fait un choix clair en ce qui a trait à la possibilité de garantir une obligation future indéterminée. La doctrine s'est divisée sur cette question et la jurisprudence n'a pas apporté de réponse convaincante à la controverse<sup>49</sup>. Il y aurait donc lieu pour le législateur de prendre une position explicite en la matière qui irait dans le sens des recommandations de la Commission des Nations Unies, c'est-à-dire en faveur d'admettre l'hypothèque pour garantir tous les types de créances déterminées ou déterminables.

Ce choix du législateur devrait être complété par une disposition qui permettrait au constituant de faire radier cette hypothèque à durée indéfinie. C'est d'ailleurs ce qu'a prévu la France dans sa réforme de 2006. En effet, le législateur français a créé le concept d'hypothèque rechargeable et a prévu la possibilité de résilier cette hypothèque, pour l'avenir, par un avis de trois mois (art. 2423 Code civil français).

Finalement, quant aux obligations garanties par hypothèque et aux créanciers garantis, il y aurait lieu d'éliminer l'article 2692 C.c.Q., relativement à l'hypothèque qui garantit le paiement des obligations, ou autres titres d'emprunt, émis par le fiduciaire, la société en commandite ou la personne morale autorisée à le faire en vertu de la loi. Cette disposition, qui a été interprétée dernièrement par la Cour supérieure du Québec<sup>50</sup>, risque de poser des problèmes importants concernant la simplicité et la fonctionnalité de notre système de sûretés. On devrait permettre clairement

---

<sup>49</sup> Jacques Auger, « La spécialité de l'hypothèque » dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 607; Jacques Auger, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante! » (1995) 97 R. du N. 450; Louis Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 aux pp. 289-292; Pratte, 2005, *supra* note 39 aux pp. 56-59; *St-Jacques c. Charboneau*, [1999] R.D.I. 200 (C.A.); *Banque HSBC Canada c. 9082-3659 Québec inc.* (4 février 2005), Québec 150-17-000655-032, J.E. 2005-667 (C.S.).

<sup>50</sup> *Positron Technologies inc. (Arrangement relatif à)*, [2008] R.J.Q. 2503 (C.S.) (Requête pour permission d'appeler accueillie le 3 décembre 2008; règlement hors cour concernant l'appel le 20 février 2009, Québec 500-09-0191340089).

et de façon simple et transparente à des regroupements de créanciers de bénéficiaire des sûretés prévues dans notre système<sup>51</sup>.

*b) Le choix de rejeter l'approche intégrée et fonctionnelle*

Le guide de la CNUDCI recommande d'adopter une approche fonctionnelle et intégrée. Ainsi, suivant la recommandation 8 :

La loi devrait adopter une approche fonctionnelle et s'appliquer ainsi à tous les droits sur des biens meubles créés par convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit la forme de l'opération ou la terminologie employée par les parties (y compris les droits du bénéficiaire d'un transfert de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, d'un cessionnaire dans le cadre d'une cession de créances à titre de garantie ainsi que des vendeurs ou des crédit[s]-bailleurs dans le cadre de diverses formes de ventes avec réserve de propriété et de crédits-bails respectivement). Sauf dans le contexte du financement d'acquisitions, l'approche fonctionnelle devrait être mise en œuvre de manière à qualifier de sûretés réelles mobilières tous les droits qui garantissent l'exécution d'une obligation et à les soumettre à un ensemble de règles communes.

En matière de financement d'acquisitions, la recommandation 9 permet de mettre en œuvre l'approche fonctionnelle de deux façons, soit par l'approche unitaire ou par l'approche non unitaire. Dans la première, il s'agit de qualifier de sûretés réelles mobilières également les droits d'un vendeur découlant d'une clause de réserve de propriété ou d'un bailleur découlant d'un crédit-bail, contrairement à la deuxième approche non unitaire, où ces droits conservent leur qualification initiale, tout en étant soumis à des règles qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que produit le régime régissant les sûretés réelles mobilières, de sorte que toutes les parties finançant des acquisitions bénéficient du même traitement.

Au Québec, en 1977, l'Office de révision du Code civil avait proposé cette intégration horizontale de tous les mécanismes servant à des fins de garantie, proposition qu'on connaît sous l'appellation de présomption d'hypothèque. Finalement, après analyse, le législateur a rejeté cette intégration totale. On peut lire dans les commentaires du ministre de la Justice :

---

<sup>51</sup> Jacques Deslauriers, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008 aux pp. 695-725; Louis Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 aux pp. 262-284.

Ainsi, le code n'a pas retenu la présomption d'hypothèque dont l'effet aurait été d'assimiler à une hypothèque toute convention qui procurait au créancier un avantage dans la réalisation de sa créance.

L'introduction d'une telle présomption risquait d'aller à l'encontre de la conception civiliste du droit des obligations et des sûretés. Elle aurait entraîné également une incertitude juridique considérable en raison des litiges que ne manquerait pas de soulever la difficulté de qualifier certaines conventions, sans parler de l'impossibilité de mesurer toutes les conséquences de l'adoption d'un principe étranger à notre droit, qui, de plus, est traité de diverses manières dans les provinces anglaises<sup>52</sup>.

Le législateur a donc conservé la possibilité d'utiliser des mécanismes parallèles de sûretés et a plutôt décidé de les encadrer par des mesures de publicité ou de les soumettre aux règles de réalisation des hypothèques. Il en est ainsi pour la fiducie ayant pour objet de garantir l'exécution d'une obligation (art. 1263 C.c.Q.), pour le crédit-bail (art. 1847 C.c.Q.), pour la vente avec faculté de rachat (art. 1750 et 1756 C.c.Q.), pour la vente à tempérament (art. 1745 et 1749 C.c.Q.) et pour la clause résolutoire en matière de vente immobilière (art. 1743 C.c.Q.). En 1998, plusieurs de ces dispositions ont été l'objet de modifications qui avaient pour but de compléter les mesures d'encadrement de ces sûretés parallèles<sup>53</sup>.

Est-ce que cet encadrement à la pièce s'est avéré un choix judicieux de la part du législateur? Une réponse nuancée s'impose.

Les dispositions adoptées par le législateur, bien qu'elles aient permis d'enlever le caractère occulte à ces mécanismes de sûretés parallèles et qu'elles aient encadré l'exercice des droits de ces créanciers, n'ont pas su couvrir toutes les facettes de la problématique. Ainsi, en refusant de qualifier de sûretés ces mécanismes de garantie, le législateur ne donne pas de réponse à plusieurs questions. Par exemple, des problèmes de cohésion avec les règles du droit de la faillite et les règles de conflit de lois se sont posées et se posent encore<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 1654 (art. 2644-2649).

<sup>53</sup> *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité des droits personnels et réels mobiliers et à la constitution d'hypothèques mobilières sans dépossession*, L.Q. 1998, c. 5, dont les dispositions qui nous concernent ici sont entrées en vigueur le 17 septembre 1999. À ce sujet, voir : Marc Boudreault et Stéphane Brunelle, « L'impact des modifications entrées en vigueur le 17 septembre 1999 relativement à la création et à la publication de certains droits mobiliers » (1999) 2 C.P. du N. 19.

<sup>54</sup> Payette, *supra* note 51 aux pp. 931-933, 954-961, 972-974, 983-985; Michel Deschamps, « Les conflits de lois en droit des sûretés au Canada et aux États-Unis –

On retrouve dans la jurisprudence québécoise des illustrations claires de ces problématiques. En 2004, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur le statut des créanciers bénéficiant d'une clause de réserve de propriété et d'un contrat de location à long terme face à un syndic de faillite<sup>55</sup>. Le plus haut tribunal du pays a rappelé que le législateur québécois avait, en 1994, rejeté la présomption d'hypothèque et que la vente à tempérament et la location à long terme n'étaient pas des sûretés. C'est ainsi, qu'on a reconnu que l'absence de publicité de la réserve de propriété découlant de ces droits ne pouvait être invoquée par le syndic, ce dernier n'étant pas un tiers lorsqu'il prenait la saisine des biens contenus dans le patrimoine du failli.

Entre-temps, en 2001, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* a été modifiée pour englober dans sa définition de « créancier garanti » la personne qui vend un bien au débiteur, sous condition ou à tempérament, la personne qui achète un bien au débiteur avec faculté de rachat et le fiduciaire d'une fiducie constituée par le débiteur afin de garantir l'exécution d'une obligation, lorsque l'exercice de leurs droits est assujéti aux règles prévues pour l'exercice des droits hypothécaires<sup>56</sup>. Ainsi, la solution est maintenant différente suivant qu'on est en présence d'une vente à tempérament ou d'une location à long terme. La solution en matière de vente à tempérament doit également être distinguée, suivant que la *Loi sur la protection du consommateur* s'applique ou non, puisque si elle trouve application les règles de l'exercice des droits hypothécaires ne s'appliquent pas, éliminant ainsi la qualification de créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>57</sup>.

Ces décisions de la Cour suprême du Canada et leurs conséquences démontrent qu'il y a un manque de cohésion et de vision d'ensemble. Faut-il en conclure que le législateur québécois aurait dû suivre les enseignements de la CNUDCI et adopter l'approche fonctionnelle et intégrée? Cette question qui a fait couler beaucoup d'encre et qui en fait couler encore n'est pas facile. En effet, même au sein de la communauté internationale, il s'agit de la proposition de la Commission des Nations Unies qui a connu le plus de résistance. Plusieurs auteurs qui avaient prôné

---

Comparaison entre le Code civil du Québec, les PPSAs et le UCC » dans Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit bancaire* (2003), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 123 aux pp. 142-148.

<sup>55</sup> *Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326 et *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348.

<sup>56</sup> Art. 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3.

<sup>57</sup> Aline Grenon, « La problématique entourant les « sûretés-propriétés » au Québec : *Lefebvre (Syndic de); Tremblay (Syndic de)* et *Ouellet (Syndic de)* » (2005) 35 R.G.D. 285.

l'adoption d'une telle approche ont nuancé leur position<sup>58</sup>. On critique l'approche fonctionnelle et intégrée pour le peu de nuances qu'elle permet quant aux qualifications des transactions qui ne sont pas toujours utilisées à des fins de garantie et quant à la complexité des conséquences de requalifier les droits du propriétaire en simple droit de sûreté opérant un transfert de propriété. De plus, les pays qui ont adopté ces approches ont apporté des modifications à leurs lois pour redonner des avantages au vendeur lors de financements d'acquisition. Il semble donc discutable de saper les différences entre les créanciers pour ensuite en créer législativement de nouvelles<sup>59</sup>. L'Angleterre démontre des réticences prononcées face à cette proposition de la CNUDCI et il en sera sûrement de même en France. Par ailleurs, les pays d'Europe de l'Est, qui ont procédé à une réforme majeure de leur droit des sûretés mobilières, n'ont pas non plus adopté cette approche<sup>60</sup>.

Le législateur québécois a peut-être fait le bon choix en rejetant l'approche fonctionnelle et intégrée totale. Cependant, il aurait dû faire suivre sa décision de mesures d'encadrement des sûretés parallèles beaucoup plus claires et beaucoup plus complètes. Il devra donc parfaire ce travail.

## 2. Conclusion

À la lumière des enseignements de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, nous pouvons dire que notre réforme du droit des sûretés s'inscrit dans les grandes tendances mondiales en la matière. En 1994, nous avons su nous donner un système de droit des sûretés et de la publicité moderne et efficace, qui a d'ailleurs servi de modèle pour certaines réformes d'autres pays. Contrairement à la France,

---

<sup>58</sup> Roderick A. Macdonald, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, « la présomption d'hypothèque » et le principe de « l'essence de l'opération » dans Ernest Capparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 527; Bridge et Macdonald, *supra* note 2 aux para. 147-185; Jean-François Riffard, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997 aux pp. 210-218; Jean-François Riffard, « Propriété et garanties : faut-il destituer la reine des sûretés? » dans Marie-Élodie Ancel, dir., *Repenser le droit des sûretés mobilières*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 29 aux pp. 36-41 [Riffard (2005)].

<sup>59</sup> Bridge et Macdonald, *ibid.*; Riffard (2005), *ibid.* aux pp. 41-46.

<sup>60</sup> Frédérique Dahan, « Un point de vue de Londres : projet anglais et réformes en Europe centrale » dans Marie-Élodie Ancel, dir., *Repenser le droit des sûretés mobilières*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, 95 aux pp. 105-06; Riffard (2005), *ibid.* à la p. 41.

nous avons réussi à rebâtir notre droit des sûretés autour d'un concept général d'hypothèque mobilière sans dépossession et donc à le simplifier et à le clarifier considérablement.

À la période de l'adolescence, il reste bien sûr à parfaire certains aspects laissés en plan. Nous en avons souligné quelques-uns, il y en a assurément bien d'autres. Cependant, comme tous les parents le savent très bien, l'œuvre ne sera jamais achevée, on pourra toujours l'améliorer.

## ABSTRACT

---

In 1994, the law governing real security and the publicity of rights underwent a major reform, especially in the area of movable security interests. It would now be appropriate to consider whether some of the fundamental choices made by the legislator at the time were wise.

For that purpose, we decided to verify the accuracy of the legislative policies on which the legislator relied in 1994 by comparing them to the major trends now propounded in that area. In that respect, the *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, drafted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and adopted in December 2007, will be of great help. [...]

In the first section, we will therefore examine some of the informed choices made by the legislator, then in the second section, we will look at some of the choices that need perfecting. [...]

According to the UNCITRAL guide, modern and efficient legislation regulating secured transactions will allow the parties to obtain real movable security interests in a simple and efficient manner and should validate movable security interests without delivery on all types of property, tangible and intangible, corporeal and incorporeal. [...]

The new *Civil Code of Quebec* made this global reform of the law of movable security possible. By adopting the general concept of the movable hypothec without delivery, it became possible, as advocated in the UNCITRAL guide, to create movable security interests without delivery charging various types of tangible, intangible, corporeal and incorporeal movable property, such as equipment, inventory and claims. [...]

Meanwhile, vigilance and caution are called for when faced with isolated reforms that could undermine our general concept of the movable hypothec. For instance, in January 2009, *An Act respecting the transfer of securities and the establishment of security entitlements* came into force, which introduced into our Civil Code a movable hypothec with delivery on certain securities or security entitlements. Such a hypothec could be created by giving control of such securities or security entitlements to the hypothecary creditor and it would rank ahead of the movable hypothecs without delivery registered in the Register of Personal and Movable Real Rights (Art. 2714.1 and 2714.2 C.C.Q.). Although we understood the imperative of harmonizing the laws in this particular area, which is also acknowledged in the UNCITRAL guide, the use of this legal fiction of a hypothec with delivery

might be regretted, since our modern law concerning hypothecs without delivery could have met the needs of practice. [...]

The UNCITRAL guide instructs us that to facilitate secured lending, it is preferable for the legislation to be broad in scope, encompassing to the greatest extent possible all categories of grantors and secured creditors, all types of movable property and secured obligations, and all forms of secured transactions. Although the legislator might have met these objectives in large part with the 1994 reform, some of its choices can be regretted. We will start by examining its decision to limit the scope of the hypothec, then we will look at its decision not to choose an integrated and functional approach. [...]

First, one might question the legislator's decision to prevent certain persons from granting a movable hypothec without delivery. [...]

Second, as regards the question of the obligations that can be secured by way of a hypothec, the legislator did not express itself clearly. According to UNCITRAL's teachings, it should be permissible to secure every kind of obligation, present or future, determined or determinable, including obligations for variable amounts and obligations described in generic terms. [...]

The UNCITRAL guide recommends taking a functional and integrated approach. [...]

In 1977, Quebec's *Office de révision du Code civil* had proposed this horizontal integration of all the mechanisms used for purposes of security, a proposal known as the presumption of hypothec. Finally, after analyzing it, the legislator rejected such total integration. [...]

Should one conclude from the foregoing that the Quebec legislator should have followed the teachings of UNCITRAL and adopted a functional and integrated approach? This question, which has been written about at great length, and is still being written about, is not an easy one. Indeed, even in the international community, this UNCITRAL proposal is the one that has met with the greatest resistance. [...]

Quebec's legislature may have made the right choice by rejecting the totally functional and integrated approach. However, it should have followed its decision with measures governing concurrent security interests that were much clearer and more comprehensive. It should therefore perfect that work.

In light of the teachings of the United Nations Commission on International Trade Law, we can say that our reform of the law of security

fits in with major world trends in that area. In 1994, we adopted a modern and efficient system of security law, which, moreover, has been the model for certain reforms in other countries. Unlike France, we have succeeded in restructuring our security law around the general concept of a movable hypothec without delivery, and thereby simplified and clarified it considerably.