

LA PUBLICITÉ DES SÛRETÉS RÉELLES AU QUÉBEC : ÉVOLUTION OU MUTATION ?

Aurore BENADIBA

Volume 116, Number 3, 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043518ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043518ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BENADIBA, A. (2014). LA PUBLICITÉ DES SÛRETÉS RÉELLES AU QUÉBEC :
ÉVOLUTION OU MUTATION ? *Revue du notariat*, 116(3), 333–387.
<https://doi.org/10.7202/1043518ar>

LA PUBLICITÉ DES SÛRETÉS RÉELLES AU QUÉBEC : ÉVOLUTION OU MUTATION ?

Aurore BENADIBA*

Introduction	337
1. Les différentes formes de publicité	340
1.1 La publicité matérielle	340
1.1.1 Origines	341
1.1.2 La remise matérielle du bien ou du titre : règle de publicité du gage	343
1.2 La publicité immatérielle	344
1.2.1 Le Registre des droits personnels et réels mobiliers : outil moderne de la réforme de 1991	345
1.2.2 Une sûreté économique permettant la conservation du bien.	346
1.3 La publicité dématérialisée	348
1.3.1 Le nouveau régime du gage par maîtrise	348
1.3.2 Certaines règles exorbitantes en matière de publicité	351
1.3.3 Une tendance persistante	353

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université Laval.

1.4	La publicité judiciarisée	357
1.4.1	Origines	358
1.4.2	Conditions entourant le financement temporaire	359
2.	Les limites des différents modes de publicité	361
2.1	La publicité matérielle : imparfaite.	361
2.1.1	Le gage sur des biens corporels	362
2.1.2	Le particularisme du gage portant sur des créances : une dépossession « substituée ».	362
2.2	La publicité dématérialisée : risques pour les tiers	363
2.2.1	Une publicité imparfaite, voire occulte	364
2.2.2	Conflits potentiels avec les tiers	365
2.3	La publicité immatérielle : perfectible	367
2.3.1	Lacune et erreurs possibles	367
2.3.2	Les propriétés-sûretés : un régime de publicité en demi-teinte	371
2.4	La publicité judiciarisée : une mise à l'épreuve	373
2.4.1	Pouvoir judiciaire important quant à la fixation du montant du financement, du taux d'intérêt et du rang	374
2.4.1.1	Le montant du financement.	374
2.4.1.2	Assiette limitée ou universelle.	375
2.4.1.3	L'attribution d'un rang super- prioritaire	376

2.4.2	Publicité minimaliste.	378
2.4.3	La nature de la « charge » superprioritaire	382
	Conclusion	384

INTRODUCTION

Au cours des dernières années au Québec, la publicité des sûretés réelles a connu une évolution qui, à certains égards, s'est traduite par une véritable mutation. La publicité des droits mobiliers – comme en matière immobilière – assure une mission d'information essentielle en ce qu'elle permet aux tiers de dépasser le simple état apparent des droits mobiliers. En droit de la publicité, l'apparence ne suffit pas. Une présomption de connaissance des droits inscrits¹ a d'ailleurs été édictée afin, précisément, de contrer le jeu parfois trompeur de l'apparence. Par exemple, l'apparence, comme l'existence d'un titre vicié, peut être source de conflits entre un véritable propriétaire et des tiers de bonne foi ou les créanciers d'un débiteur.

La publicité est donc une formalité juridique de première importance qui s'impose comme une double règle d'opposabilité et de rang. Elle est dans bien des cas prévue par le *Code civil du Québec* en matière d'hypothèque légale et conventionnelle. Les exceptions sont peu nombreuses et bien encadrées. Les priorités, sûretés légales, figurent au nombre de ces exceptions en matière de publicité. Or, depuis 2009, la publicité des sûretés réelles s'est transformée au point de bouleverser l'édifice entier qui reposait jusqu'alors sur deux principes élémentaires et séculaires : la connaissance des tiers et l'ordre temporel. Ainsi, d'une part, les tiers doivent être informés en temps utile qu'une sûreté a été consentie, alors que, d'autre part, les créanciers se voient attribuer un rang selon la date de l'inscription de leurs droits hypothécaires. Nous verrons que les différentes modifications apportées au *Code civil du Québec*, qu'elles soient directes² ou indirectes³, ont mis à mal cet ordonnancement légal et nous conduisent à qualifier cette nouvelle forme de publicité de « mutante » : ainsi « intellectualisée » ou judiciarisée, cette institution ne remplit plus sa fonction première.

1. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 2941, 2943 et 2944.
2. Notamment les nouveaux articles 2714.1 à 2714.7, 2701.1, 2759 C.c.Q. sous l'impulsion de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, RLRQ, c. T-11.002 (ci-après « L.T.V.M. »), notamment art. 51, 53, 54, 55, 56, 57, 113, 114 et 115.
3. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (ci-après « L.F.I. »), art. 50.6(1) à (5), 64.2(1) et s. ; *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. (1985), ch. C-36 (ci-après « LACC »), art. 11.2.

En matière hypothécaire, la publicité se pose donc très souvent comme une condition *sine qua none* d'opposabilité aux tiers des droits réels accessoires. En 1991, la réforme des sûretés avait parfaitement intégré cet enjeu en créant, au côté du nouveau concept d'hypothèque mobilière sans dépossession, le Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM). Un peu plus tard, le législateur a étendu la publicité en matière hypothécaire à certaines propriétés-sûretés comme la vente à tempérament et le bail à long terme sur certains types de biens mobiliers ayant une valeur économique. Il est connu que, dans un contexte d'insolvabilité et de faillite, le sort des créanciers, notamment garantis, est une préoccupation majeure. La publicité de leurs droits doit être assurée avant même l'ouverture de la faillite afin que leurs sûretés puissent être opposées aux tiers, notamment au syndic. Il leur est dès lors possible de dépasser leur condition de créancier ordinaire, ce qui leur permet, au choix, soit de déposer une réclamation prouvable, soit d'être en quelque sorte étrangers à la faillite⁴.

La publicité se situe donc au cœur du système des sûretés réelles et revêt une grande importance en matière d'insolvabilité, de restructuration et de faillite. Elle permet de dessiner les contours d'un système juridique et, avant tout, de rendre compte de l'accessibilité, de la lisibilité et de l'efficacité des règles de droit.

Bien souvent, la publicité se présente comme une double condition de validité et d'opposabilité (en matière de gage par exemple). En effet, la dépossession du bien entre les mains du créancier ancre la publicité dans sa plus simple matérialité. Sans cette mesure de publicité prévue par le Code civil⁵, la sûreté est inopposable aux tiers.

Or, la publicité en matière hypothécaire a connu plusieurs changements au fil des années. Une première transformation est intervenue en 1991 lorsque le législateur québécois a créé l'hypothèque mobilière sans dépossession. Le RDPRM a alors vu le jour, et depuis, il peut être utilisé pour remplacer, dans certains cas, la publicité matérielle. Le gage côtoie l'hypothèque mobilière sans dépossession, outil économique. Cette transformation, nécessaire en raison des contraintes économiques nouvelles, est apparue comme une évolution impérieuse du droit des sûretés.

4. Préc., note 3, art. 136 L.F.I.

5. Art. 2702 C.c.Q.

Le droit québécois a pu consacrer un droit de suite grâce à l'instauration du RDPRM, ce qui a permis une publicité d'une nature presque nouvelle, car immatérielle. Les registres existaient déjà sous le régime du *Code civil du Bas Canada*, qui faisait d'ailleurs face à une inflation en la matière. La nouveauté consistait à consacrer un seul registre national, centralisé et informatisé.

Cette publicité par inscription informatique s'est même étendue aux propriétés-sûretés qui, depuis 1994 et 1999, sont assimilées, à certains égards, à des sûretés puisque la vente à tempérament et le bail à long terme sont assujettis à la publicité au RDPRM et à l'exercice des droits hypothécaires (art. 1745 et 1852 C.c.Q.). Les enseignements tirés des décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Ouellet* et *Lefebvre*⁶, sur lesquelles nous reviendrons, témoignent de la difficulté inhérente à une telle assimilation.

Or, contre toute attente, le législateur a persisté dans l'utilisation du gage en créant récemment le gage par maîtrise et en envisageant une publicité « dématérialisée » : troisième forme possible de la publicité. La maîtrise est assimilée à la dépossession lors d'un gage consenti sur des valeurs mobilières et des titres intermédiaires. La France connaît le même mécanisme avec le nantissement sur compte d'instruments financiers. L'Ontario, les États-Unis ou encore l'Europe ont modifié leurs législations portant sur les sûretés en matière de valeurs mobilières afin de les arrimer au phénomène de dématérialisation des titres financiers. Le contrôle intellectuel par le créancier des valeurs mobilières mises en gage suffit à le rendre opposable.

Récemment encore, le législateur fédéral a envisagé la création d'une sûreté judiciaire et a prévu, non pas un régime particulier, mais une simple règle édictant une « publicité judiciarisée » à l'égard de certains créanciers⁷. En réalité, l'ingéniosité tant des praticiens que des juges canadiens et québécois a permis de légaliser la création de « charges » prioritaires au bénéfice d'un prêteur dans le cas d'un financement temporaire ou au profit des administrateurs et des dirigeants (communément appelées « charge A&D ») ou encore des professionnels ou des experts. Sous la houlette des juges, une

6. *Ouellet (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 348 (ci-après « *Ouellet* ») ; *Lefebvre (Syndic de) et Tremblay (Syndic de)*, [2004] 3 R.C.S. 326, 2004 CSC 63 (ci-après « *Lefebvre* »).

7. L.F.I., préc., note 3, art. 50.6(1) : « sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté ».

forme allégée de publicité des « charges » dites prioritaires grevant les biens du débiteur insolvable à l'égard des autres créanciers garantis a donc été mise en place dans un contexte d'insolvabilité.

Dans un premier temps, nous nous attarderons aux transformations subies par la publicité, laquelle s'est progressivement imposée sous quatre principaux modes : matérielle, immatérielle, dématérialisée et judiciairisée.

Dans un second temps, nous nous pencherons sur l'efficacité des différents modes de publicité et sur les faiblesses ou les lacunes du système de publicité des droits réels mobiliers québécois. Nous verrons alors qu'en contexte d'insolvabilité ou de faillite, les risques de conflits avec les autres créanciers du débiteur sont bien réels.

1. LES DIFFÉRENTES FORMES DE PUBLICITÉ

D'un point de vue économique, l'évolution de la publicité en matière hypothécaire est, au Québec, un phénomène presque naturel. Les nouvelles technologies, les innovations d'ordre économique touchant le financement des particuliers et des entreprises ainsi que la constitution, plus récente, de fortunes mobilières souvent incorporelles ont contraint les juristes à envisager des sûretés plus efficaces, plus faciles à constituer et moins coûteuses. Les modes opératoires concernant la publicité des droits réels accessoires ont donc subi des changements les rendant pluriels selon la nature corporelle ou incorporelle du bien objet de la sûreté, mais aussi selon l'utilité de la créance et le degré de solvabilité du débiteur. La publicité peut ainsi être matérielle (1.1), immatérielle (1.2), dématérialisée (1.3) ou judiciairisée (1.4).

1.1 La publicité matérielle

Le premier mode de publicité en matière de sûreté mobilière est matériel. Le gage, outil de prédilection permettant la constitution d'une sûreté sur un bien meuble, ne peut être opposable aux tiers que par dépossession du bien, c.-à-d. par la remise physique de ce bien entre les mains du créancier. La matérialité de ce type de publicité, qui s'expliquait, à l'époque du *Code civil du Bas Canada*, par des raisons historiques et pratiques (1.1.1), s'est maintenue sous le régime du *Code civil du Québec* et a même été récemment réaffirmée par le législateur (1.1.2).

1.1.1 Origines

L'histoire de la Coutume de Paris et du droit civil québécois applicable en Nouvelle-France et sous le *Code civil du Bas Canada* enseigne que pendant de nombreuses années, le Québec, comme la France, a été très réfractaire à l'idée d'une hypothèque sur des biens meubles. Il s'agissait là d'un effet bien réel de l'adage coutumier suivant lequel « les meubles n'ont point de suite par hypothèque ». Ainsi, la Coutume de Paris⁸ n'a jamais admis l'idée d'une sûreté mobilière sans dépossession, s'en tenant à une stricte orthodoxie dans ce domaine. Cette rigidité a eu des conséquences directes sur l'élaboration du droit des sûretés mobilières tant en France qu'au Québec. À l'époque, les biens meubles, considérés comme des choses viles et sans valeur, ne pouvaient être identifiables du fait de leur caractère mobile. Ils ne devaient donc pas faire l'objet d'hypothèque. En conséquence, seul le mécanisme juridique du gage permettait la mise en garantie des biens meubles. L'interdiction que traduit l'adage « les meubles n'ont point de suite par hypothèque » a été réintégré dans le *Code civil du Bas Canada*⁹. On justifiait cette règle par un motif d'ordre pratique¹⁰. Le défaut de pouvoir identifier les biens meubles ne permettait pas de les grever valablement d'une hypo-

-
8. Elle n'est à l'origine qu'un ensemble mal défini de préceptes et de maximes observés à Paris et dans sa région, connue sous le nom de *circa Parisius*. Aux XIII^e et XIV^e siècles, le Châtelet de Paris, par l'entremise de ses magistrats et avocats, commença à éclaircir ces dispositions coutumières par la diffusion de nombreux commentaires et la publication de traités. Sous l'impulsion de Charles VII, par l'ordonnance de Montil-les-Tours de 1453, la codification de toutes les coutumes de France fut décrétée. Charles VII a fait rédiger celle de Paris en 1510 appelée aujourd'hui Ancienne Coutume. Par la suite, en 1580, sous Henri III, la nouvelle Coutume de Paris fut présentée par le président du Parlement de Paris Christophe de Thou : Yves F. ZOLTVANY, « Esquisse de la Coutume de Paris », (1971) 25 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 365, 366.
 9. *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41 (ci-après « C.c.B.C. »), art. 2022, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1866. L'essentiel du droit civil hérité de la Coutume de Paris a été codifié, le Code Napoléon (plan et dispositions) a aussi été pris en compte.
 10. Emmanuel PUTMAN, « Sur l'origine de la règle : « meubles n'ont point de suite par hypothèque » », *RTD Civ.* 1994, p. 543 ; Robert PIEDELIÈVRE, *De l'interdit salvien en droit romain. De la règle Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque en droit français*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1884, p. 87 et p. 119 ; Pierre DINGREVILLE, *L'hypothèque mobilière, sa distinction du gage sans dépossession*, thèse de doctorat, Université de Lille, 1937 ; Yvan DESJARDINS, « Du nantissement commercial à l'hypothèque mobilière », (1968-1969) 71 *R. du N.* 87, 91.

thèque en raison de l'absence d'un système de publicité adéquat, comme en matière immobilière. La différence de valeur et de fixité entre les biens meubles et les biens immeubles ainsi que le souci de faciliter la circulation des biens meubles justifiait cette différence de régime¹¹. Les juristes considéraient l'adage comme « raisonnable »¹² étant donné l'impossibilité matérielle de suivre les meubles entre les mains des tiers auxquels le débiteur les avait transmis. À l'époque, ces meubles étaient considérés comme des objets fuyants, « périssables, faciles à dénaturer, aisés à confondre »¹³ voire comme « des choses viles »¹⁴ aux yeux des rédacteurs du Code napoléonien. En France, l'idée même de consacrer une hypothèque mobilière sans dépossession sur un bien meuble a été généralement bannie¹⁵. Le Québec ne s'est départi de cette conception en abrogeant l'adage qu'en 1994, date de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* adopté en 1991¹⁶, alors que l'interdiction s'est maintenue dans la législation française¹⁷.

La prolifération des biens meubles, notamment incorporels, et leur valorisation certaine au sein des patrimoines des entreprises et des particuliers rendent désuet cet adage. Les innovations technologiques ont en outre permis de mettre en place des registres publics aux fins d'inscription des droits mobiliers. Le droit de suite peut donc valablement être exercé par un créancier muni d'une sûreté mobilière à l'encontre de tiers acquéreurs. Les raisons qui ont pu justifier l'interdiction de l'hypothèque mobilière n'ont donc plus lieu d'être.

11. P. DINGREVILLE, préc., note 10, p. 11 et p. 15.

12. Dans Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, Paris, Videcoq, 1836, p. 226, exposé des motifs par Bigot de Préame-neu ; E. PUTMAN, préc., note 10, p. 545.

13. Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., t. 5, Paris, Garnery, 1812, p. 765, par. I, sous § III, « Des biens qui sont susceptibles d'Hypothèque ».

14. L'adage « *res mobilis res vilis* », né au Moyen Âge, fut admis par les rédacteurs du Code civil français (ci-après « C. civ. ») ; P. DINGREVILLE, préc., note 10, p. 12.

15. Au point que l'un des juristes importants de l'époque le présentait comme ayant un « usage universel » sur le territoire français : Claude DE FERRIÈRE, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, Paris, Theodore Le Gras, 1719, p. 368.

16. Le *Code civil du Québec* a supprimé l'adage en 1991.

17. Dans le C. civ., il demeure encore inscrit à l'article 2398 même après l'ordonnance de 2006 (ancien art. 2119).

1.1.2 La remise matérielle du bien ou du titre : règle de publicité du gage

La réforme qui a mené à l'adoption du *Code civil du Québec* a instauré le concept d'hypothèque mobilière sans dépossession pour le faire coexister avec le gage, désigné aussi sous l'appellation d'« hypothèque mobilière avec dépossession » (art. 2665, al. 2 C.c.Q.). Toutefois, l'exigence visant la remise matérielle du bien ou la remise du titre¹⁸ est toujours considérée comme une condition essentielle de formation du gage. La détention continue du bien ou du titre permet aussi d'opposer le gage aux tiers (art. 2703 C.c.Q.). La dépossession constitue ainsi une double condition de constitution et d'opposabilité. Le texte de l'article 2702 C.c.Q., légèrement remanié en 2008¹⁹, a réaffirmé cette réalité lorsqu'il emploie le nouveau vocable « matérielle » après le mot « remise ». Paradoxalement, le législateur a consolidé cette notion à l'occasion de l'adoption d'une loi financière érigeant en principe la dématérialisation de la dépossession en matière de gage de valeurs mobilières ou de titres intermédiés²⁰. Notons toutefois qu'un écrit ne permet pas de remplacer la remise, le gage n'étant pas un contrat solennel²¹.

Dans certains cas précis, tel le gage portant sur des créances, le législateur a aussi prévu des formalités supplémentaires visant à le rendre opposable au débiteur cédé²². Ces formalités sont similaires à celles prévues pour les cessions de créances en vertu des articles 1641 et suiv. C.c.Q.

18. L'exigence de la remise du titre fut introduite par la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, avant-projet de loi, 1986, 1^{re} sess., 33^e légis. (Qc) ; Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, nos 806-833, p. 379-394.

19. Modifications prévues par la L.T.V.M., préc., note 2.

20. L.T.V.M., préc., note 2 ; voir nos développements : Aurore BENADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels : Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, thèse de doctorat, Université de Paris 1 et de Montréal, 2012, publiée en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/8625/2/BenAdiba_Aurore_2012_these.pdf>.

21. Contrairement au droit français qui a récemment fait de l'écrit une condition de validité de l'acte de gage (art. 2336 C. civ.). Depuis l'*Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, JORF.2006.4475, la dépossession est justement présentée comme une condition d'opposabilité aux termes de l'article 2337 C. civ. Le Québec se démarque sur ce point de la France.

22. Art. 2710 C.c.Q.

On doit également noter que la publicité d'un gage portant sur des créances est tributaire de la remise du titre et de sa détention. Le législateur a choisi d'assimiler les créances représentées par un support matériel – un titre – à des biens corporels pour respecter l'exigence juridique de la dépossession conçue d'un point de vue strictement matériel. Il est alors question de l'application de la théorie de l'incorporation du droit dans le titre.

La publicité du gage passe donc par la détention continue du bien ou du titre (art. 2703 C.c.Q.). En principe, les créanciers gagistes prennent rang selon la date de la remise du bien ou du titre (art. 2945 al. 2 C.c.Q.). Ce caractère essentiel rattaché à la dépossession se justifie pour plusieurs raisons²³.

D'abord, la dépossession évite le détournement de l'objet du gage par le constituant. Elle permet au créancier de maintenir sa garantie en diminuant le risque de perte de valeur par le débiteur, de sa transformation ou de la perte de son objet. En ce sens, la dépossession fait fonction de « pré-saisie conservatoire »²⁴. Elle empêche le débiteur de tirer à nouveau crédit de l'objet gagé²⁵. Elle est surtout, et avant tout, un moyen d'avertir les tiers de la perte de certains droits du débiteur sur le bien gagé et, donc, de l'acquisition des droits sur ce bien par le créancier gagiste.

Or le législateur, conscient des limites du gage et de l'inflation des sûretés sans dépossession consenties à l'époque du *Code civil du Bas Canada* (prenant la forme de nantissements ou de cessions de stocks), a envisagé une sûreté unique sans dépossession : l'hypothèque mobilière sans dépossession. Une nouvelle forme de publicité, immatérielle cette fois, est dès lors apparue.

1.2 La publicité immatérielle

La création, en 1991, de l'hypothèque mobilière sans dépossession et de son indispensable Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM) compte au nombre de ces mesures nouvelles et

23. Dominique LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Paris, Economica, 1986, p. 30 et 31.

24. Michel CABRILLAC et Christian MOULY, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Paris, Litec, 1995, p. 544.

25. Jacques AUGER, « Les sûretés mobilières sans dépossession sur des biens en stocks en vertu de la Loi sur les banques et du droit québécois », (1983-1984) 14 *R.D.U.S.* 221 ; Yvan DESJARDINS, « Les garanties mobilières », (1971) 74 *R. du N.* 63.

modernes (1.2.1). La voie vers une nouvelle forme de publicité informatisée a donc été tracée rendant la prise de garantie plus efficace (1.2.2).

1.2.1 Le Registre des droits personnels et réels mobiliers : outil moderne de la réforme de 1991

Depuis 1994, date d'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, l'inscription au RDPRM remplace la remise de la chose entre les mains du créancier. Le mécanisme de l'hypothèque mobilière sans dépossession a absorbé les nantissements commerciaux, agricoles et forestiers ainsi que la cession de biens en stock. Elle a également mis fin aux transports de créances en vigueur sous le régime du *Code civil du Bas Canada*. Or, même à cette époque, la dépossession avait été rapidement perçue comme un inconvénient majeur du gage, ce qui a entraîné la création de gages sans dépossession (p. ex. : nantissements commercial, agricole, forestier, la cession de biens en stock, aux art. 1979a) et s. C.c.B.C.).

Avant la création du RDPRM, trois régimes d'enregistrement des droits personnels et réels mobiliers prévalaient²⁶ : le premier, établi aux termes du *Code civil du Bas Canada*²⁷ ; le deuxième, suivant la *Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock*²⁸ et le troisième, prévu par la *Loi sur le ministre de la Justice en matière de régimes matrimoniaux*²⁹.

Selon le *Code civil du Bas Canada*, l'enregistrement se faisait par dépôt du document complet³⁰ ou, à titre subsidiaire, par borde-

26. Lise CADORET, « RDPRM : de plus en plus connu », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit civil*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 55, p. 60-61.

27. Art. 2082 à 2182 C.c.B.C.

28. *Loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock*, RLRQ, c. C-53. Cette loi spéciale permettait aux entreprises d'affecter leurs biens en stock en faveur de toute personne physique ou morale pour garantir un prêt ou une ouverture de crédit.

29. *Loi sur le ministre de la Justice en matière de régimes matrimoniaux*, RLRQ, c. M-19, art. 19-22. L'enregistrement se faisait par avis, à partir de formulaires au service central des régimes matrimoniaux.

30. Acte authentique ou acte sous seing privé. L'acte sous seing privé présenté pour enregistrement par dépôt devait être signé en présence de deux témoins et accompagné de l'affidavit (assermentation généralement faite par avocat ou notaire) de l'un des témoins sous peine d'un refus d'enregistrement : Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE, *La publicité des droits*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 426.

reau au moyen d'un sommaire du document³¹ présenté au bureau d'enregistrement³². En décembre 1982, la *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*³³ a institué un mode d'enregistrement dérogeant aux deux modes traditionnels en prévoyant l'enregistrement par simple présentation d'un avis unilatéral³⁴ de la cession de biens en stock. Cette formalité s'affranchissait aussi de la présence de témoins ou de leur serment pour attester l'existence de l'acte de cession³⁵. La cession de biens en stock devait être enregistrée au seul registre informatisé au Québec à l'époque, le Registre central des cessions de biens en stock. Ce mode allégé d'enregistrement permettait d'envisager le développement d'une nouvelle forme d'enregistrement de droits réels mobiliers. Le RDPRM s'en est inspiré puisque la publicité se fait désormais par la présentation d'un avis en un seul exemplaire suivant les formulaires de réquisition prescrits en annexe du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*³⁶.

Rappelons que, sous le régime du *Code civil du Bas Canada*, la multitude des registres (plus de deux cents registres répartis dans soixante-treize divisions d'enregistrement) et la diversité des règles rendaient complexes tant la création et l'opposabilité que la vérification des droits réels mobiliers³⁷. Ainsi, la validité et la réalisation des sûretés mobilières étaient tributaires d'une logistique écrasante. En ce sens, la réforme du droit des sûretés et de celui de l'enregistrement des droits s'imposait³⁸.

31. Le registraire s'assurait des exigences de forme prescrites et de la concordance entre le document original et celui résumé : *ibid.*, p. 414-415.

32. L. CADORET, préc., note 26, p. 60-61.

33. *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, préc., note 28, notamment art. 48 et 54.

34. Avis sous seing privé en double exemplaire.

35. D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 30, p. 427.

36. Art. 2983 C.c.Q. et *Décret 1594-93 concernant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 8058, [c. C.c.Q., r. 8], art. 23.

37. Louise LALONDE, « Erreurs lors de la constitution de sûretés et omissions dans le suivi : prêteurs, prenez-garde – Le Code civil du Québec et formalisme strict », Quatrième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information, Montréal, septembre 2004, p. 14 [non publié].

38. L. CADORET, préc., note 26, p. 61.

1.2.2 Une sûreté économique permettant la conservation du bien

L'un des avantages de l'hypothèque sans dépossession est de permettre au débiteur de conserver son bien, d'éviter la perte des utilités du bien. Il est donc libre de consentir de nouvelles sûretés sur ce même bien et de l'utiliser comme outil d'exploitation (par exemple : hypothèques sur inventaires, outillage, équipements ou brevets).

La publicité immatérielle peut dès lors remplacer efficacement la remise physique du bien, évitant ainsi la constitution d'un gage, lequel peut être perçu comme une sûreté contreproductive puisqu'il empêche toute nouvelle utilisation du bien et freine l'accès au crédit pour les particuliers et les entreprises.

L'inscription au RDPRM est une mesure de publicité qui permet de rendre les droits hypothécaires opposables aux tiers et d'établir leur rang³⁹. Les tiers sont présumés avoir connaissance de l'existence de ce droit en consultant le registre⁴⁰. La condition de validité formelle de l'hypothèque sans dépossession est l'écrit⁴¹. L'hypothèque n'est plus un contrat réel.

Le RDPRM est le résultat d'un effort de modernisation de la publicité des droits réels mobiliers et de certains droits personnels dont la loi prescrit ou autorise expressément l'inscription⁴². Ce registre fonctionne actuellement au moyen de la transmission de réquisitions d'inscription par voie électronique. Les différents formulaires d'inscription sont accessibles par Internet. L'instauration du RDPRM marque un progrès incontestable d'un point de vue conceptuel et pratique puisqu'il facilite la prise de connaissance d'informations pertinentes concernant la composition du patrimoine d'une personne physique ou d'une société. Ces renseignements représentent un bon indicateur afin d'apprécier l'état de solvabilité d'un débiteur.

39. Art. 2934, 2941, 2945, al. 1 C.c.Q.

40. Art. 2941, 2943 et 2944 C.c.Q.

41. Art. 2696 C.c.Q.

42. Art. 2969, al. 2 C.c.Q.

1.3 La publicité dématérialisée

La dématérialisation des échanges et des biens a inéluctablement eu un impact sur les modes traditionnels de publicité des droits hypothécaires portant sur ces biens. Toutefois, en transformant le mécanisme de la publicité, le législateur a paradoxalement renforcé le caractère matériel du gage en le réaffirmant à l'article 2702 C.c.Q. Il a aussi prévu, par l'introduction de dispositions spéciales en 2008, un régime dérogatoire au droit commun : le gage par maîtrise pour lequel est prévue une publicité « dématérialisée »⁴³. Un nouveau régime de publicité complexe (1.3.1) et exorbitant du droit commun (1.3.2) a été mis en place, mettant en relief la notion fictive de « contrôle intellectuel ». Encore aujourd'hui, le législateur tente d'étendre ce gage par maîtrise au gage sur des créances non représentées par des titres négociables (1.3.3).

1.3.1 Le nouveau régime du gage par maîtrise⁴⁴

La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* (LTVM)⁴⁵, de nature financière, a été adoptée dans un contexte d'harmonisation des lois canadiennes en matière de transfert des valeurs mobilières. Elle a aussi eu une incidence importante sur les dispositions du *Code civil du Québec* concernant le gage et l'hypothèque sans dépossession portant sur les valeurs mobilières et les titres détenus par les courtiers en valeurs mobilières (titres dits intermédiés).

Depuis janvier 2009, un arsenal complexe de règles dérogatoires concernant l'hypothèque mobilière portant, directement et indirectement, sur des valeurs mobilières a vu le jour. La lecture combinée de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* et des dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* laisse entrevoir qu'une multitude de règles juridiques côtoie désormais les règles de droit commun. Le gage et l'hypothèque mobilière sans dépossession de droit commun doivent désormais

43. Art. 2714.1 à 2714.7 et 2759 C.c.Q.

44. Pour un exposé détaillé et une analyse critique : Aurore BENADIBA, « La *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* ou les excès d'un régime d'exception en matière de sûretés mobilières », (2012) 53 C. de D. 303 ; Aurore BENADIBA « Hypothèque grevant une créance, des valeurs mobilières et des titres intermédiés », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Sûretés*, fasc.10, Montréal, Lexis Nexis Canada, feuilles mobiles.

45. Préc., note 2.

cohabiter avec ces règles techniques à teneur financière. La remise et la détention matérielle prévues pour le gage de droit commun ont été remplacées par le concept de maîtrise (art. 2714.1 C.c.Q.). Des règles de constitution et d'opposabilité spécifiques sont en effet prévues pour le gage par maîtrise portant sur des valeurs mobilières directement détenues représentées par certificat ou sans certificat⁴⁶ et le gage par maîtrise portant sur des valeurs mobilières indirectement détenues appelés ainsi titres intermédiés⁴⁷.

Selon le système de détention directe, les valeurs mobilières peuvent ou non être constatées par un certificat papier⁴⁸. La valeur mobilière constatée par certificat détenue directement doit être livrée⁴⁹, c.-à-d. remise par tradition entre les mains du créancier gagiste. Dans certains cas, tels les titres nominatifs⁵⁰, le certificat doit faire l'objet d'un endossement. À condition d'en justifier la détention, la remise matérielle vaut maîtrise et rend le gage opposable aux tiers selon l'article 2714.1 C.c.Q.

En l'absence de certificat, deux modes de gage sont prévus par la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*. La valeur mobilière détenue directement doit, soit faire l'objet d'une inscription au registre de l'émetteur⁵¹, soit faire l'objet d'un accord de maîtrise⁵². L'accord de maîtrise est une convention de nature particulière. Elle tire son origine du *Uniform Commercial Code* américain où elle est appelée *control agreement*. L'accord de maîtrise est conclu entre « l'acquéreur des droits » (c'est-à-dire le créancier hypothécaire), l'émetteur et le détenteur inscrit de la valeur mobilière⁵³ (c'est-à-dire l'investisseur). Aux termes de cet accord, l'émetteur s'engage à se conformer aux instructions de l'acquéreur, sans le consentement additionnel du détenteur inscrit

46. *Ibid.*, art. 55-57, 85 et 135, prévoyant les articles nouveaux 2714.4, 2714.5 et 2714.7 C.c.Q.

47. *Ibid.*, art. 113 et 114.

48. Selon l'article 10 dernier alinéa L.T.V.M. : « Un certificat est au porteur s'il mentionne expressément que la valeur mobilière est payable au porteur du certificat. Un certificat est nominatif s'il désigne nommément le titulaire des droits sur la valeur mobilière et si le transfert de celle-ci peut être inscrit dans les registres tenus à cette fin par l'émetteur ou pour son compte ou si le certificat porte une mention en ce sens ».

49. *Ibid.*, art. 50.

50. *Ibid.*, art. 55.

51. *Ibid.*, art. 51 et 56, al. 1.

52. *Ibid.*, art. 56, al. 1 et 57.

53. *Ibid.*, art. 57, par. 1.

de la valeur mobilière⁵⁴. En résumé, la maîtrise peut résulter d'une inscription dans les livres de la société émettrice ou d'un accord de maîtrise.

Par l'effet de l'inscription ou de l'accord de maîtrise, le gage est considéré par la loi comme parfaitement constitué et publié (art. 2714.2 C.c.Q.). L'émetteur ne sera pas tenu de divulguer ce gage ou de confirmer l'existence d'un tel accord à un tiers sauf si le détenteur inscrit le lui demande (art. 57 3^o L.T.V.M.).

L'autre distinction concerne l'existence de titres intermédiés⁵⁵. Ces titres ne sont pas détenus directement par l'investisseur ou le titulaire, mais par l'intermédiaire d'un courtier en valeurs mobilières⁵⁶. Selon l'article 13 L.T.V.M., les valeurs mobilières ou autres actifs financiers sont qualifiés des titres intermédiés « lorsqu'ils sont portés dans un compte de titres tenu par un intermédiaire en valeurs mobilières ou doivent être portés dans un tel compte de titres ». Lorsque les valeurs mobilières sont indirectement détenues, le gage peut être constitué et son opposabilité assurée soit par titularité – le créancier devenant titulaire du compte titre –, soit par la conclusion d'un accord de maîtrise.

Dans le premier cas, le titulaire initial du compte de titres donne instruction à son courtier de transférer les actifs financiers crédités à son compte en faveur d'un autre compte de titres dont le créancier gagiste est titulaire. Le titulaire n'a plus la maîtrise de ces actifs financiers puisqu'il l'a en quelque sorte « transportée » à son créancier gagiste. Dans le second mode de constitution et d'opposabilité prévu, un accord de maîtrise tripartite est conclu entre l'intermédiaire, le créancier gagiste (nommé « acquéreur de droit ») et le débiteur (désigné comme le « titulaire des droits »)⁵⁷. Aux termes de cet accord de maîtrise, l'intermédiaire convient de se conformer aux ordres de l'acquéreur de droit sur le titre intermédié,

54. *Ibid.*, art. 56, al. 1.

55. *Ibid.*, art. 6, 13, 103 et 105. Ces titres dits intermédiés sont des titres obtenus par une personne sur une valeur mobilière ou un actif financier qui sont portés au crédit d'un compte de titres tenu par un intermédiaire pour le compte de cette personne. Cette dernière les a obtenus à la suite d'une vente ou d'une hypothèque.

56. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{re} sess., 38^e légis., 13 novembre 2007, « Présentation du projet de loi n^o 47 – Loi sur le transfert des valeurs mobilières et d'autres actifs financiers », 14 h 10 (M. Dupuis).

57. Préc., note 2, art. 113-114 L.T.V.M.

et ce, sans le consentement additionnel du titulaire du titre⁵⁸. Lorsque le gage porte sur les valeurs mobilières indirectement détenues, la titularité ou l'accord de maîtrise confère la « maîtrise » au créancier gagiste. Cette forme vaut à la fois aux fins de création et d'opposabilité du gage (art. 2714.1 et 2714.2 C.c.Q.). Cet accord n'a pas à être divulgué aux tiers, sauf si le titulaire du compte de titres le demande (art. 114 (2) L.T.V.M.).

On constate ainsi que des règles dérogatoires au droit commun sont prévues en matière de constitution et d'opposabilité du gage portant sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés. Certaines dérogent de façon significative aux règles traditionnelles en matière de publicité hypothécaire.

1.3.2 Certaines règles exorbitantes en matière de publicité

L'introduction d'un régime juridique dérogatoire, détaillé ci-avant, s'explique pour deux raisons principales ; d'une part, le législateur a souhaité répondre rapidement à une volonté politique d'harmoniser les lois du Canada en matière de transfert des actifs financiers⁵⁹ et, d'autre part, il devait réagir aux conséquences juridiques liées à l'affaire *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*⁶⁰ conduisant les juges de la Cour suprême du Canada à admettre le gage sur des créances non représentées par des titres négociables. Au-delà de ces explications, certaines règles dérogatoires paraissent plus surprenantes que d'autres. Pensons seulement à la disposition prévoyant le rang prioritaire de l'intermédiaire créancier-gagiste⁶¹. Selon nous, la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* a compliqué l'ordonnement légal antérieur en prévoyant une exception⁶² en faveur

58. *Ibid.*, art. 113, al. 2.

59. Voir nos explications détaillées : A. BENADIBA, « La *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* ou les excès d'un régime d'exception en matière de sûretés mobilières », préc., note 44, p. 303 à 348, par. 77 à 83.

60. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, [2003] 1 R.C.S. 666 (ci-après « *Val-Brillant* ») ; 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*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 421, p. 421, 423, 425 et 427 ; 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.

61. Art. 2714.3 C.c.Q.

62. Art. 115, al. 3 L.T.V.M.

d'un intermédiaire en valeurs mobilières. Selon l'article 2714.3 C.c.Q., le gage consenti par un titulaire d'un titre intermédié en faveur de son intermédiaire prend ainsi rang avant toute autre hypothèque publiée antérieurement. Ainsi, dès le transfert du titre intermédié ou dès l'obtention du consentement du titulaire, l'intermédiaire obtient la maîtrise du titre au sens de l'article 2714.1 C.c.Q. Un tel gage peut être créé dès l'ouverture d'un compte de titres en vue de garantir des obligations présentes et futures du titulaire envers son intermédiaire du gage⁶³. Quant à l'hypothèque sans dépossession de l'intermédiaire en valeurs mobilières, elle est publiée dès sa constitution (art. 2701.1 C.c.Q.), sans autres formalités, et prend rang suivant la date de sa constitution sans inscription au RDPRM (art. 2941 C.c.Q.).

En d'autres termes, cette sûreté permet à un courtier d'accorder un prêt à son client. Il achète en fait un titre sur marge en payant des intérêts sur les fonds empruntés⁶⁴.

Cette hypothèque, d'une nature particulière, bénéficie d'une maîtrise automatique, sans formalité supplémentaire, puisque l'intermédiaire a déjà le contrôle des valeurs mobilières gagées. L'intermédiaire n'a pas besoin de justifier d'une inscription sur un quelconque registre, ni de conclure d'accord pour la rendre opposable aux tiers⁶⁵.

Une autre prérogative accordée au créancier gagiste par maîtrise nous paraît surprenante, celle de retirer à tout moment le droit de disposition du titulaire des titres. Par l'effet de l'article 359 du nouveau Projet 28⁶⁶, entré en vigueur le 21 avril dernier, l'article 113

63. L. PAYETTE, préc., note 18, p. 437.

64. GROUPE DE TRAVAIL DES AUTORITÉS CANADIENNES SUR LES VALEURS MOBILIÈRES SUR LE PROJET DE LOI UNIFORME SUR LE TRANSFERT DES VALEURS MOBILIÈRES, « Loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières », Réunion annuelle de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, 2004, p. 244, en ligne : <http://www.ulcc.ca/images/stories/2004_French.pdf/2004chlc0026_USTA_Task_Force_Rep_Fr.pdf>.

65. Michel DESCHAMPS, « Sûretés et ventes portant sur des valeurs mobilières », (2010) 1 C.P. du N. 179.

66. Projet de loi 28 concernant « principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 4 juin 2014 et visant le retour à l'équilibre budgétaire en 2015-2016 » adopté le 20 avril 2015, modifiant un certain nombre de dispositions dans le *Code civil du Québec* et ajoutant les articles 2713.1 à 2713.9 portant sur le gage sur certains créances pécuniaires, dont l'entrée en vigueur est prévue au 1^{er} janvier 2016 (article 371 dudit Projet) : <<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2015C8F.PDF>>.

de la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés* a été modifié par l'ajout d'une nouvelle phrase à l'alinéa 2. Ainsi, il est désormais rédigé comme suit :

La maîtrise de l'acquéreur n'est pas affectée, le cas échéant, par le fait que le titulaire du titre conserve le droit de donner des ordres à l'intermédiaire en valeurs mobilières relativement au titre, d'effectuer des substitutions à l'égard du titre ou de disposer, de quelque manière que ce soit, du titre. *L'acquéreur peut, à tout moment, retirer ce droit au titulaire du titre ; ce retrait n'est assujéti à aucune formalité de notification ou d'inscription à des fins de publicité.*⁶⁷

Par conséquent, le débiteur dont les titres sont remis en gage se retrouve dépendant du bon vouloir du créancier gagiste par maîtrise, lequel peut désormais lui retirer, à tout moment, ses prérogatives de propriétaire et ainsi porter atteinte à son *abusus* ; le titulaire des titres ne pourra plus donner des instructions au courtier en valeurs mobilières, ni remplacer, ni vendre, ni ré-hypothéquer ses titres si le créancier gagiste lui ôte ce droit et il le peut sans préavis, ni publicité sur un quelconque registre. La toute-puissance du créancier gagiste par maîtrise est légalisée.

1.3.3 Une tendance persistante

Ce régime des sûretés portant sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés va s'étendre, dans un très proche avenir, aux sommes d'argent déposées sur un compte bancaire ou versées en garantie de l'exécution d'une obligation⁶⁸. C'est dire que le gage sur

67. Nos italiques, ajout nouveau.

68. *Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 4 juin 2014 et visant le retour à l'équilibre budgétaire en 2015-2016*, projet de loi n° 28, 1^{re} sess., 41^e législ. (Qc), en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-28-41-1.html>>
« II- De l'hypothèque avec dépossession sur certaines créances pécuniaires
Article 2713.1 : [...]»

On entend par une créance pécuniaire toute créance obligeant le débiteur à rembourser, rendre ou restituer une somme d'argent ou à faire tout autre paiement ayant pour objet une somme d'argent, à l'exception :

1° d'une créance représentée par un titre négociable,

2° d'une créance qui est une valeur mobilière ou un titre intermédié visés par la Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés (Chapitre T-11.002),

3° d'une créance résultant de la remise d'espèces individualisées dont le paiement, suivant l'intention manifeste des parties, doit être fait par la restitution de ces mêmes espèces.

(à suivre...)

créances non représentées par des titres négociables subira le même sort que le gage sur actifs financiers. En effet, le projet de loi 28 portant sur « principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 4 juin 2014 et visant le retour à l'équilibre budgétaire en 2015-2016 », adopté récemment le 20 avril 2015⁶⁹, semble avoir pour but de calquer le régime du gage sur les valeurs mobilières sur celui concernant certaines créances dites pécuniaires. Par l'entremise de ce projet « omnibus », plusieurs dispositions du *Code civil du Québec* ont été modifiées et certaines sont de rédaction nouvelle, notamment les articles 2713.1 à 2713.9⁷⁰. Ce nouveau gage sur « certaines créances pécuniaires » pourra ou non être conclu au moyen d'un accord de maîtrise, divulgué ou non divulgué⁷¹, et sera alors soumis à des règles semblables à celles du

(...suite)

Article 2713.4 C.c.Q. (nouveau) :

Un créancier obtient la maîtrise d'une créance pécuniaire détenue par le constituant contre un tiers si les conditions suivantes sont réunies :

1° la créance porte sur le solde créditeur d'un compte financier tenu par le tiers pour le constituant ou sur une somme d'argent versée par le constituant à un tiers pour garantir l'exécution d'une obligation envers le créancier ;

2° le créancier a conclu avec le tiers et le constituant un accord, appelé accord de maîtrise, aux termes duquel le tiers convient, relativement au solde créditeur ou à la somme d'argent, de se conformer aux instructions du créancier sans le consentement additionnel du constituant.

Un créancier obtient aussi la maîtrise d'une créance pécuniaire portant sur le solde créditeur d'un compte financier s'il devient titulaire de ce compte.

69. <<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2015C8F.PDF>>.

70. Préc., note 66. Ces nouvelles règles entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2016 alors que d'autres sont déjà en vigueur depuis le 21 avril dernier, voir article 371 dudit Projet, préc., note 66.

71. *Ibid.* :

Article 2713.4 C.c.Q. (nouveau) :

Un créancier obtient la maîtrise d'une créance pécuniaire détenue par le constituant contre un tiers si les conditions suivantes sont réunies :

1° la créance porte sur le solde créditeur d'un compte financier tenu par le tiers pour le constituant ou sur une somme d'argent versée par le constituant à un tiers pour garantir l'exécution d'une obligation envers le créancier ;

2° le créancier a conclu avec le tiers et le constituant un accord, appelé accord de maîtrise, aux termes duquel le tiers convient, relativement au solde créditeur ou à la somme d'argent, de se conformer aux instructions du créancier sans le consentement additionnel du constituant.

Un créancier obtient aussi la maîtrise d'une créance pécuniaire portant sur le solde créditeur d'un compte financier s'il devient titulaire de ce compte.

Art. 2713.5 C.c.Q. (nouveau) :

Le tiers n'est pas tenu de conclure un accord de maîtrise avec le créancier relativement au solde créditeur ou à la somme d'argent, même si le constituant le lui demande. Il n'est pas tenu, non plus, de confirmer l'existence d'un tel accord, sauf si le constituant le lui demande.

régime dérogatoire relatif au gage sur valeurs mobilières et sur titres intermédiés. Des règles complexes et déroutantes relatives au rang ont aussi été prévues à l'article 2713.8 du *Code civil du Québec* octroyant au créancier par maîtrise un super-rang, supplantant ainsi le créancier muni d'une hypothèque sans dépossession ayant été publiée antérieurement⁷².

L'alinéa 3 de l'article 2713.8 créé deux exceptions dont une en faveur du créancier gagiste par titularité⁷³. Le créancier gagiste devenu titulaire du compte créateur bénéficiera d'un rang ultra-prioritaire sur tous les autres créanciers. Ainsi, la pratique encouragera certainement le gage portant sur les créances déposées sur un compte financier par titularité.

Aux termes du nouveau projet, l'article 2711 du *Code civil du Québec*⁷⁴ a été abrogé. Ainsi, le gage portant sur une universalité de créances n'aura plus à être publié au Registre des droits personnels et réels mobiliers. Dans ce cas, les tiers ne seront plus aussi bien informés de l'existence de sûretés grevant le patrimoine d'une personne physique ou d'une société, donc de la réalité de son état patrimonial.

Ces nouvelles modifications législatives feront vraisemblablement l'objet de commentaires puisqu'elles sont contraires à la position actuelle des tribunaux. En effet, encore récemment, la Cour d'appel a considéré ce type de gage sur des sommes d'argent dépo-

72. Art. 2713.8 C.c.Q. (nouveau) :

L'hypothèque mobilière avec dépossession opérée par la maîtrise d'une créance pécuniaire qu'obtient un créancier prend rang avant toute autre hypothèque mobilière grevant cette créance, quel que soit le moment où cette hypothèque est publiée, dès l'obtention de cette maîtrise.

Lorsque plusieurs hypothèques mobilières avec dépossession grevant une même créance pécuniaire détenue par le constituant contre un tiers ont été consenties en faveur de créanciers qui, chacun, en ont obtenu la maîtrise en vertu d'un accord de maîtrise, celles-ci prennent rang, entre elles, suivant le moment où le tiers a convenu de se conformer aux instructions du créancier.

L'hypothèque sur une créance pécuniaire détenue par le constituant contre le créancier a priorité de rang sur toute autre hypothèque avec dépossession opérée par maîtrise grevant cette créance. Toutefois, si la créance porte sur le solde créateur d'un compte financier et qu'un autre créancier en a obtenu la maîtrise en devenant titulaire du compte, l'hypothèque de cet autre créancier a priorité de rang.

73. *Ibid.*

74. Art. 2711 C.c.Q. (ancien) :

L'hypothèque qui greve une universalité de créances doit, même lorsqu'elle est constituée par la remise du titre au créancier, être inscrite au registre approprié.

sées auprès d'un greffe comme valide et opposable aux tiers⁷⁵. Les juges de la Cour suprême du Canada avaient ouvert le débat, une décennie plus tôt, en se prononçant sur la portée des mots « bien » et « titre » employés aux articles 2702 et 2703 C.c.Q. Suivant une interprétation large et libérale de ces termes, la Cour suprême avait conclu à la validité du gage sur créance non représentée par un titre négociable à l'occasion d'un gage sur des REER⁷⁶. Les modifications apportées au *Code civil du Québec* lors de l'adoption de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*⁷⁷ ont, au contraire, conduit certains auteurs à opter pour une interprétation stricte suivant laquelle le législateur, en prévoyant le seul recours à l'hypothèque sans dépossession, aurait d'emblée exclu le gage de ce type de biens incorporels⁷⁸. En réalité, le législateur n'a pas été aussi explicite. Le mot « titre » mériterait d'être précisé puisqu'un certificat non négociable peut être matériellement remis entre

75. *Basile c. 9159-1503 Québec inc.*, 2014 QCCA 1653, par. 25-28 (J. Kasirer) en s'appuyant sur l'affaire *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, 2009 QCCA 1615, [2009] R.J.Q. 2232, par. 28 et 31 ; dans le même sens, *9052-5494 Québec inc. (Proposition de)*, 2010 QCCS 31, par. 25, 26 et 35 (*obiter*) ; dans le même sens sur des sommes d'argent déposées en vertu d'une convention d'épargne : *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, [2009] 2 R.C.S. 94. Dans cette cause, les juges majoritaires, en *obiter*, ont considéré que les conditions dégagées dans l'affaire *Val-Brillant* (préc., note 60) étaient réunies (par. 46-48). *Contra* : selon la juge Marie Deschamps (dissidente), l'affaire *Val-Brillant* ne peut plus s'appliquer compte tenu des nouvelles dispositions de la L.T.V.M. (par. 129).

76. *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, préc., note 60. Le législateur a expressément interdit l'hypothèque sans dépossession sur certains régimes d'épargne protégés par une insaisissabilité comme les REER (art. 15.02 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, RLRQ, c. CCQ, r. 8). D'autres conventions d'épargne non protégées comme le compte d'épargne libre d'impôt (CELLI) pourraient faire l'objet d'une hypothèque. Doit-on considérer, par une interprétation *a contrario* de l'article 15.02 excluant les REER de la liste des créances admissibles pour former l'assiette d'une hypothèque mobilière sans dépossession, que la voie du gage sur ce type de bien incorporel est désormais fermée aux particuliers ? En admettant que les REER soient exclus du régime du gage, la question reste encore pertinente pour les autres biens incorporels représentés par un titre non négociable comme, les contrats de dépôt ou d'autres conventions d'épargne non frappées d'insaisissabilité et protégées par la loi.

77. Par ailleurs, il est vrai que l'insaisissabilité des REER, sauf les douze derniers mois cotisés à la date de la faillite, prévue par l'article 67.1b)3) L.F.I. rend également moins efficace un gage sur REER dans un contexte de faillite.

78. Michel DESCHAMPS, « Le nouveau régime québécois des sûretés sur les valeurs mobilières ? », (2009) 68 R. du B. 541, 555-557 ; M. DESCHAMPS, préc., note 65, p. 10-11 ; L. PAYETTE, préc., note 18, p. 397, p. 398, p. 402-404.

les mains du créancier pour valoir gage⁷⁹. Par ailleurs, l'emploi de la conjonction « si » tout au début de l'article 2709 C.c.Q. (visant le gage sur titre négociable) permet de conclure que le gage sur créances représentées par des titres non négociables est régi, quant à lui, par la prescription générale de l'article 2702 C.c.Q. D'autres décisions de la Cour suprême et de la Cour d'appel du Québec, rendues postérieurement à l'arrêt *Val Brillant* et à l'adoption de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, ont reconnu la validité d'un gage portant sur une somme d'argent consignée dans le cadre d'une convention d'épargne⁸⁰ ou d'un contrat de dépôt judiciaire⁸¹ en dépit de l'absence d'un titre négociable. Par conséquent, selon les arrêts d'appel récents, la publicité de ce type de gage sur créances représentées par des titres non négociables ne serait assurée que par une détention matérielle continue et non par la maîtrise.

1.4 La publicité judiciairisée

En 2009, lors de la réforme de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.F.I.)⁸², le législateur fédéral a codifié plusieurs règles et pratiques développées dans le cadre de l'interprétation par les tribunaux⁸³ de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC)⁸⁴. Ainsi, en vertu de leur « pouvoir inhérent », les tribunaux canadiens et québécois permettent la constitution de sûretés super-prioritaires sur les biens du débiteur insolvable en faveur du prêteur temporaire, des administrateurs, des dirigeants,

79. D'ailleurs, le législateur l'a admis en 2008 pour le gage sur les valeurs mobilières et les titres intermédiés à l'article 2714.7 C.c.Q.

80. *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, préc., note 75. Dans cette cause, les juges majoritaires, en *obiter* en quelque sorte, ont considéré que les conditions dégagées dans l'affaire *Val-Brillant* étaient réunies (par. 46-48). Selon nous, même si cette affaire concerne des faits antérieurs non couverts par la L.T.V.M., les articles 2702 et 2709 C.c.Q. n'apportent pas de précision nouvelle sur le gage sur des créances constatées par des titres non négociables pouvant affirmer son impossibilité juridique.

81. *Brouillette-Paradis (Paysages Paradis) c. Boisvert*, préc., note 75, par. 28 et 31 ; *9052-5494 Québec inc. (Proposition de)*, préc., note 75, par. 25, 26 et 35 (*obiter*) ; *Basile c. 9159-1503 Québec inc.*, préc., note 75, par. 25-28.

82. Préc., note 3.

83. Janis SARRA, « Debtor in Possession Financing: The Jurisdiction of Canadian Courts to Grant Super-Priority Financing in CCAA Applications », (2000) 23 *Dalhousie L.J.* 337 ; Sandra ABITAN, « Superpriority Lending under the Companies' Creditors Arrangement Act », Troisième conférence annuelle sur les sûretés, Insight Information Co., septembre 2003 (non publié).

84. Préc., note 3.

des professionnels ou des experts. Le cas du prêteur intérimaire fera l'objet de notre attention (1.4.1). Des conditions précises entourent cette super-priorité accordée à un investisseur (1.4.2).

1.4.1 Origines

Pendant longtemps, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoyait peu de moyens permettant à une entreprise insolvable d'entreprendre et de poursuivre une restructuration. Même si une entreprise entend déposer une proposition concordataire en soumettant un plan de remboursement à ses créanciers en vue de régler son passif, cette entreprise reste tenue de respecter ses échéances. Durant cette restructuration, le paiement de certaines dettes est bien souvent source de difficultés quotidiennes. Ainsi, l'injection d'argent frais⁸⁵ peut permettre à l'entreprise en difficultés de maintenir ses opérations et d'optimiser ses chances de sortir de cette impasse financière. Les tribunaux canadiens, inspirés par leurs homologues américains et en vertu de leur « pouvoir inhérent »⁸⁶, ont dès lors permis à un exploitant d'obtenir un financement temporaire appelé dans la législation américaine « DIP financing », acronyme de « debtor-in-possession financing ». L'idée est d'encourager un débiteur insolvable à poursuivre l'exploitation de son entreprise tout en conservant la possession et le contrôle de ses biens. Afin de garantir le remboursement du financement ainsi accordé, les tribunaux québécois ont créé une « charge prioritaire » – au sens de garantie, expression au demeurant non définie – portant sur les biens de la personne insolvable et assurant au créancier un rang prioritaire par rapport à toute autre sûreté.

Après quelques revers⁸⁷, le concept de « juridiction inhérente » ou de « pouvoir inhérent » a finalement été importé en Colombie-Bri-

85. Le même mécanisme existe aussi en droit français des procédures collectives : Code de commerce français (ci-après « C. com. »), art. L. 611-11. Depuis la réforme du 12 mars 2014, le privilège de « new money » accorde une faveur aux créanciers postérieurs qui ont financé le débiteur pendant la période de conciliation.

86. Antoine LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement du débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », (2005) 39 *R.J.T.* 551 ; sur la distinction entre compétence inhérente et discrétion judiciaire, voir aussi Antoine LEDUC, « Grands pas et faux pas de la compétence inhérente des tribunaux en droit canadien de l'insolvabilité : qui fait la loi ? », (2009) 111 *R. du N.* 425, 434-440. L'expression « pouvoir discrétionnaire » est aussi employée.

87. *In Re Royal Oak Mines Inc.*, (1999) 6 C.B.R. (4th) 293 (Ont. S.C.).

tannique⁸⁸, en Ontario⁸⁹ puis, au Québec, par les affaires *Boutiques San Francisco*⁹⁰ et *MEI Computers*⁹¹. Les tribunaux canadiens ont justifié leur démarche par le pouvoir inhérent que leur attribue la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. En 2009, ce « pouvoir inhérent » des juridictions a été ensuite, en quelque sorte, codifié dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ainsi que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et permet désormais la constitution de sûretés prioritaires en faveur des administrateurs et des dirigeants d'une entreprise⁹², des professionnels⁹³ ou des experts⁹⁴. Notre attention portera ici sur le prêteur intérimaire.

1.4.2 Conditions entourant le financement temporaire

Le concept de « DIP financing », abordé ci-dessus, et les pratiques prétorienne ont été clairement légalisés en 2009 à l'article 11.2 LACC et aux paragraphes 1 à 5 de l'article 50.6 L.F.I. Il s'agit d'une mesure exceptionnelle permettant de garantir un nouveau financement accordé sur la base de l'état prévisionnel de l'encaisse détaillé et divulgué. Elle ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance⁹⁵. Des dettes antérieures ne sauraient être remboursées et garanties par la création judiciaire d'une super-priorité.

L'affaire *Dessert & Passion inc (Proposition de)*⁹⁶ fut la première décision rendue après la réforme de 2009. Dans cette affaire, l'honorable juge Chaput a repris les enseignements de la décision *Mecachrome International Inc.*⁹⁷, en commentant les critères non exhaustifs permettant l'octroi d'une charge prioritaire dans le cadre d'un financement sollicité lors d'une proposition concordataire. Ces

88. *Westar Mining Ltd.*, (1992) 14 C.B.R. (3d) 88 (B.C.S.C.).

89. *Dylex*, (1995) 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont. Gen. Div.).

90. *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (QC C.S.).

91. *MEI Computer Technology Group Inc. (Arrangement relatif à)*, [2005] R.J.Q. 1558 (C.S.) ; voir aussi *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, 2006 QCCS 1460 ; *Mine Jeffrey inc. (Arrangement relatif à)*, 2006 QCCS 5695.

92. Préc., note 3, art. 64.1(1) et s. L.F.I.

93. *Ibid.*, art. 64.2(1) et s.

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*, art. 50.6(1).

96. *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, 2009 QCCS 4669.

97. *Mecachrome International inc. (Plan de transaction ou arrangement de)*, 2009 QCCS 1575.

conditions, avec quelques variantes⁹⁸, sont désormais inscrites à l'article 50.6(5) et doivent servir de guide au juge disposant d'un large pouvoir discrétionnaire. Au moyen de ces techniques juridiques, le tribunal récompense l'effort fourni par un tiers prêt à prendre un risque financier en soutenant la restructuration de l'entreprise.

Suivant l'article 50.6(5) L.F.I.⁹⁹, le tribunal doit tenir compte de plusieurs critères, non limitatifs, notamment de la bonne gestion de ses affaires par le débiteur ; de la confiance qu'accordent au débiteur insolvable ses créanciers les plus importants ; du lien entre le prêt et la viabilité de la proposition ; de la nature et de la valeur des biens du débiteur ; de la possibilité pour les autres créanciers du débiteur insolvable de subir un préjudice sérieux et du rapport du syndic. Seul le débiteur¹⁰⁰, puisque le financement temporaire éventuel est accordé *intuitu personæ*¹⁰¹ – sur préavis adressé aux créanciers

-
98. Philippe BÉLANGER et Yves VINCENT, « Les conséquences pratiques de la réforme globale de la loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies », *Congrès annuel du Barreau du Québec*, 3 juin 2011, p. 19.
99. Préc., note 3, art. 50.6(5) L.F.I. : « Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :
- a) la durée prévue des procédures intentées à l'égard du débiteur sous le régime de la présente loi ;
 - b) la façon **dont les affaires financières et autres du débiteur seront gérées au cours de ces procédures** ;
 - c) la question de savoir si **ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants** ;
 - d) la question de savoir **si le prêt favorisera la présentation d'une proposition viable à l'égard du débiteur** ;
 - e) la nature et la valeur des biens du débiteur ;
 - f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers du débiteur ;
 - g) le rapport du syndic visé aux alinéas 50(6)b) ou 50.4(2)b), selon le cas. »
100. *Industries Cover inc. (Syndic des)*, 2014 QCCS 4712, par. 93 et 95 (j. Michel A. Pinsonnault) : dans cette affaire, le débiteur minoritaire, en dépit de l'opposition du débiteur majoritaire, a pu demander l'octroi d'un financement temporaire. En dépit de l'absence de disposition dans la L.F.I. autorisant le tribunal à accueillir une telle demande de financement émanant d'un actionnaire minoritaire, le tribunal a conclu qu'il était dans l'intérêt de la justice qu'il exerce son pouvoir inhérent de juge. Ainsi, l'urgence et la gravité des circonstances (le risque très élevé d'une faillite, la perte possible des 300 emplois) ont permis de faire pencher la balance des inconvénients en faveur du financement intérimaire.
101. *Gestion Rer inc. et Raymond Chabot inc.*, 2015 QCCS 1087, par. 42-46 (j. Claude Auclair) : en raison d'une interprétation littérale de l'article 11.2 LACC, le juge a considéré la charge prioritaire attribuée de manière *intuitu* (à suivre...)

vraisemblablement les plus concernés¹⁰² –, peut demander l'entrée d'un nouvel investisseur dans ses affaires. Le jugement permettra d'homologuer l'accord où sont précisés le montant et les modalités du financement, lequel est, par ailleurs, limité à ce que nécessitent le maintien des opérations et une restructuration efficace¹⁰³.

2. LES LIMITES DES DIFFÉRENTS MODES DE PUBLICITÉ

La pluralité des modes de publicité présente certaines limites. En dépit d'une volonté de rationalisation, la diversité des règles de publicité et de rang persiste, ce qui ne permet pas de voir l'état réel de solvabilité d'un débiteur et augmente ainsi les risques d'erreurs. Les tiers et les créanciers du débiteur doivent en effet être informés de tout changement de débiteur ou de toute sûreté nouvelle consentie sur des biens déjà grevés. Selon les catégories de « sûretés » réelles¹⁰⁴, la publicité peut être imparfaite (2.1), clandestine (2.2), perfectible (2.3) ou aléatoire (2.4).

2.1 La publicité matérielle : imparfaite

La dépossession matérielle a été imaginée comme une forme de publicité suffisante pour rendre le gage opposable aux tiers (2.1.1). En réalité, cette forme de publicité est imparfaite, tout comme celle prévue pour le gage portant sur des créances représentées par des titres (2.1.2).

(...suite)

personæ et a conclu qu'elle ne pouvait être cédée ou subrogée qu'avec l'autorisation du tribunal. Lui seul pouvait alors octroyer des droits à une autre personne que celle mentionnée dans l'ordonnance initiale. À notre avis, le prêteur intérimaire pouvait se prévaloir de la subrogation conventionnelle au profit de SSI à condition qu'il en ait reçu le paiement du moins de manière simultanée à l'acte conventionnel subrogatoire (art. 1654 C.c.Q.). La subrogation légale aurait aussi pu être invoquée sur le fondement de l'article 1656.1 C.c.Q. Tout simplement aussi, le prêteur intérimaire pourrait envisager de céder sa créance avec ses accessoires (art. 1641 C.c.Q.), en l'occurrence avec son rang prioritaire attaché à la créance de financement. Par ailleurs, les articles 3003 et 2712 C.c.Q. ne semblent guère lui imposer une quelconque publicité.

102. Préc., note 3, art. 50.6(1) L.F.I.

103. *Mecachrome International Inc. (Plan de transaction ou arrangement)*, préc., note 97.

104. La notion est ici envisagée de manière large et générique. Elle regroupe tant les sûretés dites traditionnelles comme le gage et l'hypothèque que les propriétés-sûretés comme la vente à tempérament ou le bail à long terme ainsi que les sûretés prévues par la L.F.I.

2.1.1 Le gage sur des biens corporels

En raison des articles 2702 et 2703 C.c.Q., la publicité est congénitalement imparfaite. La simple dépossession matérielle n'assure en réalité qu'une publicité très limitée puisque seul un nombre restreint de personnes en est informé. Finalement, cette publicité n'est pas *visible*. On peut même avancer que sa portée réelle est encore réduite si l'on considère la diversité des biens qui composent les patrimoines des particuliers et des entreprises. L'apparence ne suffit pas pour permettre une transparence totale. Juridiquement, la dépossession vise à informer les tiers ; or cette information est insuffisante si on compare la dépossession à une inscription au RDPRM.

L'adage ancien « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque », qui a longtemps justifié l'interdit portant sur l'hypothèque mobilière, a en contrepartie permis le maintien du gage comme seul outil de sûreté. Cette primauté de la dépossession matérielle a participé à la construction d'un dogme. En effet, la mise en possession des créances a été calquée sur ce modèle du gage portant sur des biens matériels. Elle a donc été rendue possible par le jeu de la remise d'un support matériel constatant le droit de créance et de la signification de l'acte constitutif du gage ou de son acceptation par le débiteur de la créance gagée (art. 2702 et 2710 C.c.Q.). C'est par l'entremise de la théorie de l'incorporation du droit dans le titre que le gage sur créances représentées par des titres s'est trouvé justifié sur le plan juridique (art. 2702 à 2710 C.c.Q.). Par fiction juridique, les créances ont été considérées comme des biens corporels préservant ainsi le principe de la dépossession matérielle et maintenant cette forme de publicité. Nous verrons que ces substituts n'offrent eux aussi qu'une publicité imparfaite à l'égard des tiers.

2.1.2 Le particularisme du gage portant sur des créances : une dépossession « substituée »¹⁰⁵

Les commentaires critiques formulés par la doctrine française à propos de l'ancien article 2075 du Code français et la position des tribunaux français peuvent être transposés ici. La remise du titre ne peut procurer la même sécurité que la remise du bien corporel au créancier gagiste, à moins de lui remettre l'original ou un exemplaire unique qui empêcherait le constituant de recouvrer lui-même la

105. Voir nos développements : A. BENADIBA, préc., note 20.

créance ou de l'offrir de nouveau au crédit. La remise de la chose corporelle revêt dès lors une fonction préventive que la remise du titre ou que la signification de l'acte constitutif ne possèdent pas¹⁰⁶. Selon Boulanger, « [l]e droit ne s'incorpore pas dans le titre : ce n'est donc pas avoir une maîtrise utile sur la créance que d'en avoir le titre en mains. La détention matérielle du titre est en soi un fait neutre, sans conséquence »¹⁰⁷. À l'instar du professeur Dominique Legeais, nous sommes d'avis « que la remise du titre de la créance au créancier nanti ne peut avoir une fonction de publicité. Pour les tiers cette remise n'a aucun caractère apparent »¹⁰⁸. Quant à la signification, elle constitue un mode de publicité rudimentaire et imparfait si on le compare à la publicité foncière¹⁰⁹. La signification, « vestige de l'ancien droit, apparaît en effet aujourd'hui comme une formalité archaïque parfaitement inconciliable avec les exigences du commerce juridique »¹¹⁰. Le caractère immatériel des sûretés portant sur des créances ou sur d'autres biens incorporels implique plutôt « un degré de perfectionnement des règles de publicité » mobilière qui va au-delà de la simple remise ou de la signification de l'acte constitutif de gage¹¹¹. À défaut, les tiers « risquent d'être trompés par la clandestinité des actes qu'ils sont intéressés à connaître »¹¹². C'est peut être la raison pour laquelle l'hypothèque sur une universalité de créances nécessite qu'elle soit inscrite au RDPRM (art. 2711 C.c.Q.). Selon nous, le législateur devrait prévoir que les gages sur des créances soient obligatoirement inscrits au RDPRM. Au lieu de cela, il remplace la dépossession par la maîtrise, le matériel par la dématérialisation dans le cas du gage sur des valeurs mobilières ou sur « certaines créances pécuniaires ».

2.2 La publicité dématérialisée : risques pour les tiers

Les différentes formes de publicité envisagée pour l'hypothèque avec ou sans dépossession portant sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés ne favorisent pas une bonne diffusion de

106. D. LEGEAIS, préc., note 23, p. 40, 41, 47, 49 et 61.

107. Jean BOULANGER, « Rapport présenté au nom de la commission chargée d'étudier la mise en gage des créances à personne dénommée », *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1938.333, 337, 341 et 342.

108. D. LEGEAIS, préc., note 23, p. 47, note 87.

109. *Ibid.*, p. 59 et 60.

110. *Ibid.*, n° 95, p. 60.

111. *Ibid.*, nos 71 et 77, p. 47 et 49.

112. François LAURENT, *Principes de droit civil*, 2^e éd., vol. 28, Bruxelles, Bruyant-Christophe, 1869-1878, n° 488, p. 503.

l'information en faveur des tiers. Ce nouvel ordonnancement légal leur impose un devoir de vérification (2.2.1) et entraîne des risques de conflits (2.2.2).

2.2.1 Une publicité imparfaite, voire occulte

Comme nous l'avons précédemment décrit, les différents gages sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés (par livraison, par inscription dans les registres ou les livres de l'émetteur ou par un accord de maîtrise) font l'objet d'une publicité imparfaite ou ne sont tout simplement pas publiés (dans le cas de l'intermédiaire-créancier gagiste ou lors d'un accord de maîtrise consenti et non divulgué).

Ainsi, les tiers sont tenus de procéder à de multiples vérifications¹¹³ concernant la propriété ou la détention des titres avant toute nouvelle sûreté. Ils doivent s'assurer de voir les titres s'ils sont représentés par un certificat. En l'absence de certificat, les tiers devront s'adresser à la société émettrice afin d'établir si le nom d'un créancier gagiste apparaît dans les registres de l'émettrice comme détenteur des titres visés.

Les tiers (notaires, avocats, créanciers garantis, syndic ou séquestre) devront faire preuve d'une extrême vigilance. Dans certains cas, ils devront demander la levée du secret entourant un éventuel accord de maîtrise auprès de leur débiteur. Habituellement, la dépossession, qui consiste à remettre le bien ou le titre entre les mains du créancier gagiste – accompagnée, s'il s'agit d'une créance, de la signification du contrat de gage au débiteur cédé¹¹⁴ –, permet aux tiers d'être informés de l'existence de ce contrat. Or, le nouveau concept de gage par maîtrise porte directement atteinte au rôle dévolu traditionnellement à la dépossession. Ainsi, l'absence possible de divulgation de l'accord de maîtrise favorise la clandestinité des contrats de gage sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés¹¹⁵.

Autre exemple patent : lors de la constitution d'un gage au profit de l'intermédiaire, le transfert des actifs sur le compte de titres

113. Marc BOUDREAULT, « L'hypothèque portant sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés : une garantie efficace ou aux risques et périls du créancier ? », (2010) 2 C.P. du N. 313.

114. Art. 2710, 1641 et s. C.c.Q.

115. Préc., note 2, art. 114(2), 57(2) et (3) L.T.V.M.

vaut maîtrise au sens de l'article 2714.1 C.c.Q.¹¹⁶, sans autre formalité¹¹⁷. Quant à l'hypothèque sans dépossession sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés consentie au bénéfice d'un intermédiaire, une dispense de toute inscription au RDPRM est prévue puisque l'hypothèque est réputée publiée par sa seule constitution¹¹⁸. Ainsi, les tiers n'auront quasiment aucun moyen d'être avertis d'une telle hypothèque avec ou sans dépossession. Aucun registre rendu public ne permet de pallier cette lacune. Ces tiers pourront difficilement savoir si telles valeurs mobilières se trouvent sous le contrôle d'un créancier gagiste qui pourrait aussi être le courtier en valeurs mobilières. Une demande de divulgation d'un éventuel accord de maîtrise pourrait toutefois être présentée à l'intermédiaire, sous réserve du consentement du titulaire initial. En tout état de cause, les tiers devront envisager l'existence possible d'une hypothèque consentie par le titulaire d'un titre intermédié en faveur d'un intermédiaire qui bénéficie d'un super rang¹¹⁹.

2.2.2 Conflits potentiels avec les tiers

Les dispositions dérogatoires en matière de gages sur des valeurs mobilières et des titres intermédiés¹²⁰ sont contraires au régime général qui prescrit un ordre de collocation des créanciers munis d'un gage ou d'une hypothèque sans dépossession selon le principe temporel. En principe, la date de la mise en détention¹²¹ ou la date de l'inscription au RDPRM¹²² permettent de fixer le rang des créanciers. La *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention*

116. *Ibid.*, art. 115, al. 3.

117. Art. 2701.1 et 2714.3 C.c.Q.

118. Art. 2701.1 C.c.Q.

119. Art. 2701.1 et 2714.3 C.c.Q.

120. L'ordre des rangs suivant ressort de la lecture de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* et du *Code civil du Québec* :

- 1- Le gage des titres intermédiés consenti au profit de l'intermédiaire en valeurs mobilières (art. 2714.3 C.c.Q.) art. 129, al. 2 L.T.V.M.) ;
- 2- Le créancier gagiste par titularité sur des titres intermédiés (art. 2714.2, al. 2 C.c.Q.) ;
- 3- Le créancier gagiste qui justifie d'une maîtrise (art. 2714.2, al. 1 C.c.Q.) ;
- 4- Le créancier gagiste sur des valeurs mobilières avec certificat nominatif qui a obtenu une dépossession matérielle même sans maîtrise prend rang avant le créancier (art. 2714.4 C.c.Q.) ;
- 5- Le créancier hypothécaire sans dépossession prendra rang quelle que soit sa date de publication au RDPRM (art. 2714.4 C.c.Q.).

121. Art. 2703 C.c.Q.

122. Art. 2663 et 2941 C.c.Q.

de titres intermédiés bouleverse l'ordre temporel des rangs établi lors de la réforme de 1991, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1994¹²³. Cet état nouveau est susceptible d'entraîner des conflits entre créanciers. Quelques exemples illustreront notre propos.

Le gage par maîtrise obtenu par titularité peut ne pas être connu par les tiers souhaitant consentir une hypothèque sur des titres, en réalité, déjà gagés. Le titulaire du compte de titres qui fait l'objet d'un gage n'a pas l'obligation légale d'identifier ces titres dans un compte prévu à cette fin. Les tiers pourraient donc croire en sa qualité de propriétaire des titres intermédiés. De plus, l'article 2714.6 C.c.Q. permet au créancier gagiste d'hypothéquer de nouveau des titres déjà grevés, sous réserve de l'autorisation du titulaire.

Par ailleurs, le créancier gagiste par maîtrise, dont le gage porte sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés, est en mesure d'empêcher les tiers de revendiquer leur propriété ou les autres créanciers d'exercer leurs recours hypothécaires car il a acquis ses droits « libres de toute revendication »¹²⁴.

Ce statut d'« acquéreur protégé » permet notamment au créancier gagiste par maîtrise d'ignorer les autres créanciers, ce qui lui donne une sorte de pouvoir de blocage lui permettant de contrecarrer l'action des autres créanciers. Aucune concurrence n'est alors admise. Ce statut est dérogoratoire au droit commun du gage qui ne permet pas à un créancier gagiste – de droit commun – d'empêcher un autre créancier titulaire d'une hypothèque sur le même bien d'exercer ses droits selon les articles 2706 C.c.Q. et 604 C.p.c.

Un dernier exemple des prérogatives à risque dévolues au créancier gagiste sur valeurs mobilières permettra de prendre la mesure de l'insécurité pour les tiers. Aux termes de l'article 2714.6 C.c.Q., le créancier gagiste peut vendre en faveur d'un tiers les valeurs mobilières et les titres intermédiés qu'il a reçus en gage, sauf convention contraire entre le constituant et le créancier.

Cet article de droit nouveau confère en tout temps au créancier gagiste la prérogative suprême dévolue à un propriétaire, à savoir

123. Ouvre une brèche, selon la professeure Denise PRATTE, « Sûretés réelles et publicité des droits : entre difficultés et réussites », (2010) 88 R. du Bar. can. 384, 394.

124. Préc., note 2, art. 53 et 112 L.T.V.M.

l'*abusus*. Pendant la durée du gage, le créancier gagiste peut décider, sauf avis contraire du constituant, de vendre les actifs financiers sans attendre le terme ou la déchéance du terme suivant défaillance du débiteur.

2.3 La publicité immatérielle : perfectible

Le Québec a indéniablement modernisé sa publicité lors de la réforme de 1991 en créant le RDPRM, corollaire indispensable du concept d'hypothèque mobilière sans dépossession. Toutefois, ce registre présente encore aujourd'hui quelques lacunes, dont certaines sont congénitales, et est source d'erreurs, souvent matérielles, qu'il est utile d'évoquer lorsqu'elles sont soulevées dans le contexte particulier de la faillite (2.3.1). Comme la publicité des droits hypothécaires a été étendue aux clauses de réserve de propriété contenues dans les ventes à tempérament de même qu'aux baux à long terme, il est aussi pertinent de faire état des conséquences juridiques liées à l'absence ou à la tardiveté de la publicité (2.3.2).

2.3.1 Lacune et erreurs possibles

La publicité des droits réels mobiliers et de certains droits personnels se fait désormais par voie de transmission électronique des réquisitions d'inscription. La consultation à distance des droits réels et personnels mobiliers facilite ainsi la tâche des tiers qui souhaitent connaître l'état patrimonial d'une personne physique ou d'une société.

Toutefois, l'eldorado de la publicité n'existe pas encore. Le RDPRM souffre de quelques lacunes liées principalement à l'absence d'encadrement juridique des formalités d'inscription et de contrôle des inscriptions par un officier de la publicité des droits¹²⁵. Le modèle du RDPRM est donc perfectible. Il pourrait, à certains égards, prendre modèle sur le registre foncier. Il est, dès lors, opportun de se pencher sur certaines erreurs ou difficultés pouvant survenir lors de l'inscription et de vérifier, alors, l'opposabilité de ces droits hypothécaires.

125. Lise CADORET et Nicole PAGÉ, « RDPRM, facile comme 2+2=4 », (2001) 1 C.P. du N. 93, 101 et s. ; D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 30, p. 418 ; Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE, « RDPRM : Duplicité ou Publicité du Registre Mobilier ? », (2003) 105 R. du N. 795.

Le système de publicité des droits réels et personnels mobiliers est fondé sur la bonne foi, laquelle permet de présumer l'existence du droit publié¹²⁶. Par conséquent, les tiers sont présumés en avoir pris connaissance¹²⁷. Ce fonctionnement rend malheureusement possible la création ou la radiation¹²⁸ artificielle de droits réels mobiliers dans un but frauduleux. Le créancier constituant pourrait envisager la cession d'une créance hypothécaire imaginaire¹²⁹ ou mal inscrite¹³⁰, ou inscrire un montant plus élevé que celui qui apparaît dans l'acte hypothécaire¹³¹. On pourrait, de même, indiquer de fausses informations¹³². Certaines erreurs matérielles sont jugées fatales : celles concernant l'orthographe du nom des parties¹³³ ou le numéro de matricule d'un véhicule¹³⁴ font partie de

126. Art. 2847 et 2944 C.c.Q.

127. Art. 2847, 2941 et 2943 C.c.Q.

128. Jean MORIN, « Commentaire sur la décision *Arthur Andersen c. Caisse populaire de Ste-Perpétue* – La réinscription ou l'illusion d'une sûreté », *Repères*, 2003, *La référence*, EYB2003REP22 : une hypothèque immobilière radiée par erreur ne peut « revivre » que par ordonnance du tribunal ou publication d'un nouvel acte de garantie. Selon cet auteur, dans ce jugement, les conséquences du faux intellectuel n'ont pas été directement traitées par le tribunal.

129. D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 30, p. 434.

130. L. CADORET et N. PAGÉ, préc., note 125, 101-103 et 116-117.

131. *Exode Automobile inc. (Syndic d')*, 2005 QCCA 1208 : une erreur portant sur la valeur d'une hypothèque mobilière ou sur la référence à un acte constitutif d'hypothèque ne peut invalider la publication de la sûreté au RDPRM.

132. Erreur quant à la qualification du droit jugée non fatale puisque elle n'induisait pas les tiers en erreur (inscription d'un crédit-bail au lieu d'un contrat de vente à tempérament) : *Boulangerie Rita (Van Horne) inc. (Syndic) c. 9111-8471 Québec inc.*, 2003 CanLII 35672 ; dans le même sens, pour un contrat de bail inscrit à tort comme un crédit-bail : *Transport Consol (1998) inc. c. Location de Camions Penske Canada inc.*, 2004 CanLII 3953 (QC C.S.).

133. Une erreur sur l'orthographe du nom du constituant peut être fatale si elle est susceptible d'induire les tiers en erreur et qu'ils ne puissent raisonnablement découvrir l'existence de la sûreté : *Ralfor Plus Inc. (Syndic)*, [2003] n° AZ-50184570 (C.S.) ; L. CADORET et N. PAGÉ, préc., note 125, 107-111 ; Martin BOODMAN, « Quelques problèmes de publicité à propos de l'hypothèque mobilière », (1995) 1 *C.P. du N.* 435 ; L. LALONDE, préc., note 37, p. 6 et 89 : cette auteure suggère la vérification diligente et préalable auprès du Centre informatique des registres des entreprises du Québec (CIDREQ) ou de STRATEGIS lorsqu'il s'agit de sociétés fédérales, avant la consultation au RDPRM. Toutefois, pour une affirmation de la primauté du régime de publicité du RDPRM sur les autres registres comme le registre des entreprises ou STRATEGIS d'industries Canada : *Kleer Vu Banner Corp. (Syndic de)*, [2004] n° AZ-50267904, J.E. 2004-1962, par. 11, p. 76-78.

134. *Caisse Populaire Desjardins de St-Augustin-de-Desmaures c. 9076-3335 Québec Inc (Syndic de)*, 2003 CanLII 8040 (QC C.A.) : une erreur matérielle sur le numéro de matricule de l'entreprise du constituant qui crée une confusion et ne permet pas l'identification du constituant cause un préjudice aux tiers et est (à suivre,..)

cette catégorie ; d'autres portent moins à conséquence, comme l'erreur sur la date de naissance¹³⁵.

Afin d'apprécier la validité ou non de l'inscription erronée, les tribunaux s'appuient sur une interprétation de type téléologique. Dans l'affaire *Équipements Roy inc. (Syndic d')*¹³⁶, le juge Michel A. Caron a conclu que ne peut être corrigée l'erreur portant sur la dénomination sociale d'une entreprise. En effet, selon le juge, « le formalisme exigé n'est pas un caprice du législateur et c'est au nom de la fiabilité et de la stabilité du registre qu'il y a lieu d'insister pour un enregistrement adéquat du moins en ce qui concerne le nom du constituant »¹³⁷.

Par ailleurs, selon la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Caisse Populaire Desjardins de St-Augustin-de-Desmaures c. 9076-3335 Québec inc.*¹³⁸, rien n'impose aux tiers qu'ils se livrent à une double, voire une multiple, recherche dans les fiches nominatives du RDPRM. Le régime de publicité des droits doit « résister à un assouplissement des règles de forme » ; dans le cas contraire, il y aurait risque « de compromettre la fiabilité et donc la raison d'être du régime de publicité »¹³⁹. La Cour d'appel poursuit en affirmant que l'assouplissement pourrait « ébranler la sécurité des échanges économiques et la fiabilité d'un registre informatisé que le législateur a voulu autonome, sécuritaire et impératif »¹⁴⁰.

En revanche, dans l'affaire *Roy (Syndic de)*¹⁴¹, la Cour d'appel a affirmé, dans un cas concernant un véhicule routier, qu'au regard des articles 15, 20 et 46 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, la consultation des fiches nominatives et descriptives était obligatoire et complémentaire afin que le système dualiste atteigne son objectif¹⁴².

(...suite)

considérée comme fatale : François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2005) 107 *R. du N.* 203, 217 ; L. LALONDE, préc., note 37, p. 21, 22, 25 et 26 ; 151761 *Canada inc. c. 9213-7116 Québec inc.*, 2013 QCCS 6130 : nullité de l'hypothèque entachée d'une erreur concernant la désignation du matricule de l'entreprise, par. 35-37.

135. *Roy (Syndic de)*, 2006 QCCA 330, par. 39-40.

136. *Équipements Roy inc. (Syndic d')*, 2010 QCCS 5194.

137. *Ibid.*, par. 18 et 19.

138. Préc., note 134, par. 40.

139. *Ibid.*, par. 42 et 43.

140. *Ibid.*, par. 46.

141. *Roy (Syndic de)*, préc., note 135.

142. *Ibid.*, par. 32 et 37.

Deux auteurs¹⁴³ se sont amusés à « tromper » le système du RDPRM pour en dénoncer les faiblesses. Selon eux¹⁴⁴, pour assurer une meilleure fiabilité du registre, il serait impérieux d'exiger que tous les avis qui y sont inscrits soient accompagnés d'une attestation, plus précisément d'un sommaire¹⁴⁵, une des formes prévues en matière de publicité foncière. Selon nous, il serait contraire à la marche efficace des affaires d'exiger dans tous les cas le dépôt de l'acte authentique ou de l'acte sous seing privé certifié. Différents dépôts devraient être possibles et coexister parallèlement à la possibilité de déposer un acte abrégé, tel un sommaire. Les attestations pourraient être faites par des personnes autres que les notaires ou les avocats, par exemple un courtier ou un professionnel agissant dans le cadre du système de détention indirecte des valeurs mobilières¹⁴⁶. Le contenu des informations publiées serait donc mieux encadré voire contrôlé. En ce sens, il serait également utile d'imposer à l'officier de la publicité des droits une obligation de vérification quant à l'exactitude des droits, notamment en comparant les informations publiées à celles contenues dans les actes juridiques soumis¹⁴⁷.

D'autres difficultés peuvent survenir dans un contexte de faillite : soit la publicité est postérieure à la date de la faillite, ce qui rend la sûreté inopposable au syndic du failli¹⁴⁸, soit la publicité est antérieure à la faillite, mais comporte des erreurs la rendant inopposable au syndic¹⁴⁹.

143. D.-C. LAMONTAGNE et P. DUCHAINE, préc., note 30, p. 437-438.

144. *Ibid.*, p. 438.

145. Art. 2988 et s. C.c.Q.

146. Cette mesure aurait, selon nous, l'avantage de favoriser l'inscription auprès du RDPRM de l'actuel gage par maîtrise sur des valeurs mobilières ou des titres intermédiés.

147. Les formules d'inscription peuvent s'avérer fastidieuses à remplir pour un profane en dépit de la publication d'un manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers, de différents guides et de la mise en place d'un service téléphonique. Pour un aide-mémoire de certaines difficultés pratiques, voir L. CADORET et N. PAGÉ, préc., note 125, 101-132.

148. *Poliquin c. Banque de Montréal*, 1998 CanLII 13298 (QC C.A.) ; *Agence du revenu du Québec c. Vasilakos*, 2014 QCCS 3180, par. 37-38 et 44-48 : une hypothèque légale doit être publiée avant le dépôt de la proposition ou la cession de biens.

149. *Signature Quartz SMT inc. (Syndic de)*, 2008 QCCS 6000 : la Cour supérieure a précisé qu'un acte de correction apporté à une hypothèque mobilière signé quelques jours avant la faillite, mais publié postérieurement à la faillite était inopposable au syndic en prenant notamment appui sur les décisions *Wilfrid Noel & fils ltée c. Bouchard*, [2000] R.R.A. 84 (C.A.) et l'arrêt *Lefebvre*, préc., (à suivre...)

2.3.2 *Les propriétés-sûretés : un régime de publicité en demi-teinte*

La publication des droits résultant des baux à long terme et celle des clauses de réserve de propriété sur certaines catégories de biens mobiliers visés par la loi (comme les véhicules routiers et assimilés et ceux acquis ou servant à l'exploitation d'une entreprise¹⁵⁰) devraient être obligatoires, et ce, même à l'égard d'un syndic de faillite. L'actuelle dissonance entre certaines dispositions du *Code civil du Québec* telles qu'elles sont interprétées par les juges de la Cour suprême et les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* met à mal la fiabilité du système de publicité des droits réels et personnels mobiliers¹⁵¹.

Les clauses de réserve de propriété contenues dans les ventes à tempérament et les baux à long terme ne sont pas traités de la même façon alors qu'ils sont régis par des dispositions rédigées en des termes similaires dans le *Code civil du Québec*. En effet, dans l'affaire *Ouellet (Syndic)*¹⁵², la Cour suprême du Canada a conclu que, dans un contexte de faillite, la vente à tempérament pouvait être assimilée à une sûreté puisque la clause de réserve de propriété non publiée ou publiée tardivement n'était pas opposable au syndic de faillite. Cette décision est le fruit d'une lecture combinée des articles 1745 C.c. Q. et 2 L.F.I. En prenant appui sur ces affaires et en s'inspirant d'une interprétation téléologique, la Cour d'appel a récemment déclaré inopposable au syndic de faillite un contrat de production de bovins en l'assimilant à un contrat de financement avec réserve de propriété¹⁵³.

En revanche, puisque le bailleur à long terme n'est pas considéré comme un créancier garanti par l'article 2 L.F.I., il a été décidé, dans les affaires *Lefebvre* et *Tremblay*¹⁵⁴, que le défaut de publicité

(...suite)

note 6, par. 8, 9, 13, 14 et 15. L'acte de correction ne pouvait avoir d'effet rétroactif compte tenu de la finalité du régime de publicité des droits et des effets par rapport aux tiers (par. 16).

150. Art. 15.01 du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 125 G.O. II, 8058.

151. *Ouellet*, préc., note 6. Le RDPRM a précisément été mis en place pour répondre à cet objectif de sécurité juridique : *Lefebvre*, préc., note 6, par. 22. Voir nos développements dans A. BENADIBA, préc., note 20.

152. *Ouellet*, préc., note 6, par. 13-16.

153. *Entreprises Mière inc. (Syndic de)*, 2011 QCCS 1891, par. 50-65.

154. Préc., note 6, par. 26, 30, 38, 39 et 40.

du bail est opposable au syndic. En effet, le défaut de publier les droits résultant d'un bail à long terme empêche le bailleur de revendiquer le bien entre les mains d'un tiers acquéreur alors qu'il peut le revendiquer auprès du syndic de faillite du locataire (ce dernier n'étant pas considéré comme un tiers). Selon la Cour suprême, il faut se garder de confondre la nature des droits résultant du louage, qui fait naître un droit de propriété au profit du bailleur, avec une hypothèque. Toujours selon la Cour, le droit de propriété du bailleur ne peut se transformer en une hypothèque¹⁵⁵ puisque le *Code civil du Québec* ne le prévoit pas en ces termes¹⁵⁶. Même si, sur un plan économique, le bail à long terme portant sur des véhicules routiers est assimilable à un contrat de financement se servant de la propriété à titre de garantie, les juges de la Cour suprême n'ont pas voulu requalifier en sûreté le contrat en appliquant le principe de l'essence de l'opération¹⁵⁷. Par ailleurs, le *Code civil du Québec* n'a pas donné au syndic un intérêt supérieur au failli en cas de défaut de publication du bail¹⁵⁸.

Dans l'affaire *9089-3777 Québec inc. c. Fischer*¹⁵⁹, la Cour d'appel a maintenu ce raisonnement en affirmant que le défaut de publicité ne permet pas au créancier ordinaire du locataire de saisir le bien du bailleur. L'objectif de la publicité prévue par l'article 1852 C.c.Q. est la protection des tiers, comme l'acheteur de bonne foi, ou le bénéficiaire d'une hypothèque consentie par le détenteur. Ainsi, le créancier ordinaire n'est pas visé par la protection qu'assure la publicité.

Toutefois, dans l'affaire *Service acier inoxydable C inc. (Syndic de)*¹⁶⁰, le tribunal s'est penché sur l'opposabilité d'une réserve de propriété publiée tardivement, mais avant la date de la faillite. D'une part, de façon surprenante, l'opposabilité de cette réserve de propriété envers le syndic a été maintenue, malgré sa tardiveté, en raison de sa publication avant la faillite. D'autre part, en application de l'article 1749 al. 2 C.c.Q., la réserve de propriété publiée tardivement ne peut être opposée aux créanciers hypothécaires ayant eux-mêmes publié avant l'inscription la réserve sur le même bien¹⁶¹.

155. *Lefebvre et Tremblay*, préc., note 6, par. 26.

156. *Lefebvre et Tremblay*, préc., note 6, par. 27.

157. *Lefebvre et Tremblay*, préc., note 6, par. 26.

158. *Ibid.*, par. 26 ; *Ouellet (Syndic)*, préc., note 6, par. 13.

159. 2012 QCCA 29, par. 14 et 15.

160. *Service acier inoxydable C inc. (Syndic de)*, 2008 QCCS 5250, par. 47.

161. *Ibid.*, par. 47, 49 et 52.

On peut également noter une autre différence de traitement cette fois-ci dans le cadre d'une vente à tempérament dont le contrat est assujéti à la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁶². Ainsi, dans l'affaire *Roy (Syndic de)*¹⁶³ la Cour d'appel a conclu, au terme d'une lecture combinée des articles 2 L.F.I. et 1749 C.c.Q., que le vendeur à tempérament, partie à un contrat de consommation, n'est pas un créancier garanti. En appliquant les enseignements de l'affaire *Ouellet*¹⁶⁴, son droit est opposable au syndic de l'acheteur quel que soit l'état ou la validité de l'inscription au RDPRM – ou même en l'absence d'une telle inscription.

Ainsi, le droit positif en matière de publicité des propriétés-sûretés mériterait d'être repensé pour être plus cohérent compte tenu des différentes solutions juridiques possibles. Or, de l'aveu même de certains juges¹⁶⁵, il n'y a pas de différence d'un point de vue économique et selon un raisonnement téléologique entre la vente à tempérament et le bail à long terme. En effet, la fonction économique des contrats de vente à tempérament, de location à long terme ou de crédit bail est identique. Ces trois techniques contractuelles visent à atteindre le même objectif, c.-à-d. l'obtention du crédit nécessaire à la poursuite d'une opération commerciale et, en contrepartie, l'attribution au fournisseur d'une garantie. La finalité économique et juridique de l'opération est simple : garantir l'exécution d'une obligation. Ainsi, ces trois formes contractuelles peuvent clairement être assimilées à des sûretés. Selon nous, le législateur devrait poursuivre dans cette voie et modifier à la fois le *Code civil du Québec* et l'article 2 L.F.I. afin d'assurer une cohérence juridique et permettre du même coup d'atteindre une meilleure sécurité lors des transactions.

2.4 La publicité judiciairisée : une mise à l'épreuve

La création de sûretés dans le contexte de restructuration d'une entreprise insolvable étant légalement admise, les tribunaux modulent, de manière discrétionnaire, les demandes de financement et fixent le rang du prêteur (2.4.1). Le mode de publicité de ces sûretés atypiques n'est pas encore suffisamment encadré et clairement défini par les juges (2.4.2). Mais une mission plus importante

162. Chap. P-40.1.

163. *Roy (Syndic de)*, préc., note 135, par. 24.

164. *Ouellet (Syndic)*, préc., note 6 ; *Roy (Syndic de)*, préc., note 135, par. 24.

165. *Lefebvre et Tremblay (Syndic de)*, préc., note 6, par. 26.

attend les tribunaux : définir la nature exacte de ces charges « super-prioritaires » afin d'assurer une meilleure sécurité, ou du moins une plus grande lisibilité, des règles juridiques en matière d'opposabilité des droits réels accessoires dans un contexte d'insolvabilité (2.4.3).

2.4.1 Pouvoir judiciaire important quant à la fixation du montant du financement, du taux d'intérêt et du rang

Dans le cadre d'une demande de financement temporaire, la cour aborde plusieurs questions. Elle peut modifier le montant (2.4.1.1), l'assiette (2.4.1.2) et le rang (2.4.1.3), ce qui soulève un certain nombre de difficultés.

2.4.1.1 Le montant du financement

Dans un contexte de faillite, les tribunaux ne s'immiscent pas sans bonne raison dans les affaires d'une société débitrice insolvable. On l'observe même à l'étape de la révision des transactions préjudiciables conclues antérieurement à la date d'ouverture de la faillite¹⁶⁶. Dans la fameuse affaire *People c. Wise*, les juges du plus haut tribunal n'ont pas manqué d'appliquer la règle de retenue aussi appelée « règle d'appréciation commerciale »¹⁶⁷ afin de ne pas interférer avec les décisions de gestion prises par les administrateurs laissant, au demeurant, leur responsabilité intacte. Les tribunaux examinent « si les administrateurs ont pris une décision *raisonnable* et non pas *la meilleure* décision »¹⁶⁸. Les juges font donc preuve de retenue et ne souhaitent pas « substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés »¹⁶⁹.

Il en va autrement en matière de financement temporaire. Les tribunaux n'hésitent pas à utiliser leur pouvoir d'ingérence dans les affaires du débiteur insolvable puisqu'ils décident des quanta accordés au titre du financement, de l'étendue de l'assiette de la garantie et du rang auquel prend place le créancier super-prioritaire. Ils peu-

166. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, notamment par. 64, 65, 67, 71, 87 et 88.

167. Appliquant en ce sens : *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*, (1998), 42 O.R. (3d) 177.

168. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, préc., note 166, par. 65.

169. *Ibid.*, notamment par. 67.

vent réduire¹⁷⁰ ou augmenter¹⁷¹ le montant du financement proposé ainsi que le taux d'intérêt en le faisant passer, par exemple, de 8 % à 12 %¹⁷², de 25 % à 20 %¹⁷³ ou de 20 % à 5,25 %¹⁷⁴. C'est donc dire que les juges ont une grande latitude lorsqu'ils apprécient *in concreto* des demandes de financement temporaire. Les juges prévoient dans les moindres détails le montant, le taux d'intérêt, le rang, mais sans fixer de balises apparentes ou de principes clairement définis en la matière comme la fixation d'un taux d'intérêt raisonnable. Et même, de manière surprenante, il a été admis une demande de financement temporaire au motif de la survie de l'entreprise alors que les chances de succès de présenter une proposition viable étaient minces et qu'il existait un préjudice sérieux pour un créancier garanti¹⁷⁵.

2.4.1.2 Assiette limitée ou universelle

L'assiette de la garantie peut, elle aussi, être modifiée par le juge, ce qui porte parfois atteinte aux droits des autres créanciers garantis.

D'après les quelques dispositions en la matière¹⁷⁶, les « charges » créées par le juge peuvent affecter un bien meuble ou immeuble appartenant au débiteur insolvable, lequel sera ciblé dans l'ordonnance, ou une universalité de biens meubles et immeubles composant le patrimoine du débiteur exploitant. Ainsi, la sûreté nouvellement créée peut porter atteinte à un plus grand nombre de créanciers garantis¹⁷⁷, lesquels ne se seront pas toujours informés. Cette information ne pourrait être portée à leur connaissance qu'à la condition que le juge l'ait expressément prévue dans son ordonnance, ce qui n'est pas toujours le cas. Certains juges, dans le dispositif de leurs décisions, ont même estimé que la publication de la

170. *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, préc., note 96, par. 80 ; *9186-7440 Québec inc. (Avis d'intention de)*, 2012 QCCS 6434, par. 7 ; *Mecachrome International inc. (Plan de transaction ou arrangement de)*, préc., note 97, par. 51.

171. *Wendigo Studios inc. (Avis d'intention de)*, 2011 QCCS 2336, par. 35 et 36.

172. *9186-7440 Québec inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 170, par. 8.

173. *Mecachrome International inc. (Plan de transaction ou arrangement de)*, préc., note 97, par. 47

174. *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, préc., note 96, par. 80.

175. *Ibid.*, par. 60, 69, 71 et 72.

176. Art. 50.6(1) à (6) L.F.I.

177. Expression référant à la notion de créanciers garantis de l'article 2 L.F.I.

charge nouvelle déclarée « super-prioritaire » en faveur du prêteur intérimaire n'était pas nécessaire¹⁷⁸.

2.4.1.3 L'attribution d'un rang super-prioritaire

Les tribunaux québécois disposent aussi d'un pouvoir discrétionnaire lors du classement des rangs des créanciers garantis. Ils n'hésitent pas à déclarer prioritaire la créance du prêteur par rapport à tous les autres créanciers en dépit de leur rang antérieur¹⁷⁹. L'article 364 du *Bankruptcy Code*¹⁸⁰, qui a servi de modèle aux tribunaux canadiens, permet, après enquête et audition, que soit conférée une créance, garantie ou non, en faveur du prêteur. Dans le cas où le prêteur bénéficierait d'un rang égal ou supérieur prévu à l'article 364(d), la preuve doit être apportée que le débiteur insolvable ne peut obtenir du crédit autrement et qu'une protection suffisante des intérêts des créanciers antérieurs a été aménagée¹⁸¹. En effet, les juges américains autorisent un tel financement si le débiteur ne peut obtenir de crédit auprès des institutions financières situées dans sa zone géographique¹⁸². En pratique, la seconde condition dite « adequate protection » semble difficile à remplir. Le Code ne la définit pas explicitement même si on en trouve plusieurs occurrences dans le *Bankruptcy Code*¹⁸³, notamment à l'article 361¹⁸⁴.

178. 9186-7440 *Québec inc (Avis d'intention de)*, préc., note 170, par. 27.

179. Le déclassement des autres créanciers garantis n'est pourtant que rarement pratiqué en droit américain : Antoine LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement du débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », préc., note 86, p. 558 ; James J. WHITE, « Death and Resurrection of Secured Credit », (2004) 12 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 139, 169-170.

180. Bankruptcy, 11 U.S.C. § 364.

181. Bankruptcy, 11 U.S.C. § 364, (d)(1)(A), (B) et (2).

182. *Bray v. Shenandoah Fed. Sav. & Loan Ass'n (In re Snowshoe Co., Inc.)*, 789 F.2d 1085, 1088 (4th Cir. 1986) citée dans Jane LEE VRIS et Richard LONDON, *An Introduction to DIP Financing*, 2007, en ligne : <<http://www.velaw.com/uploads/VEsite/Resources/Wallanderv5PLIBankrBasicsFinancingOutline2007.pdf>> et dans Matt EISENBERG et Erik LAWRENCE, « DIP Financing: Why Rational Actors Lend to Bankrupt Businesses », en ligne : <<http://www.dpf-law.com/wp-content/uploads/2013/12/DIP-Financing-Article.pdf>> ; *In re Plabell Rubber Prods., Inc.*, 137 B.R. 897, 899 (Bankr. N.D. Ohio 1992).

183. Steven C. KRAUSE et Andrew ZATZ, « Recent Developments in Adequate Protection under Section 361 », *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law & Practice*, 2011, 629.

184. Cet article fournit plusieurs exemples d'emploi de l'expression « adequate protection », en des termes parfois ambigus, laissant ainsi aux juges américains une large discrétion lors de leur appréciation au cas par cas.

(à suivre...)

Les juges québécois n'ont pas hésité à s'éloigner des prescriptions américaines pour accorder une priorité déclassant des créanciers antérieurs, lesquels se croient pourtant, et à bon droit, protégés. On pourrait en ce sens évoquer les dispositions d'interprétation stricte de la loi provinciale en matière de priorité et d'hypothèque du Livre sixième du *Code civil du Québec*. Même si, dans certaines circonstances et pour des raisons d'équité ou d'efficacité du plan de redressement¹⁸⁵, les juges ont maintenu le rang de certains créanciers garantis comme Investissement Québec pour des crédits d'impôt recherche et développement générés avant la proposition¹⁸⁶, ou une banque en raison de l'utilité pour la débitrice de conserver sa marge de crédit (excluant ainsi de l'assiette de la charge *DIP financing* les « actifs à court terme »)¹⁸⁷. L'attribution d'un rang super-prioritaire déclassant les autres créanciers garantis devrait se faire avec parcimonie, de manière encadrée et respectueuse des dispositions du *Code civil du Québec* comme le commande d'ailleurs l'article 72 L.F.I. Ce pouvoir exorbitant du droit commun nous conduit à constater, à regret, la multiplication des régimes dérogatoires en droit des sûretés mobilières¹⁸⁸ et immobilières. Ces nouvelles règles altèrent les concepts traditionnels tels que l'hypothèque et les priorités, et bousculent le principe séculaire de l'ordre temporel fixant le rang des sûretés conventionnelles.

(...suite)

When adequate protection is required under section 362, 363, or 364 of this title of an interest of an entity in property, such adequate protection may be provided by—

(1) requiring the trustee to make a cash payment or periodic cash payments to such entity, to the extent that the stay under section 362 of this title, use, sale, or lease under section 363 of this title, or any grant of a lien under section 364 of this title results in a decrease in the value of such entity's interest in such property ;

(2) providing to such entity an additional or replacement lien to the extent that such stay, use, sale, lease, or grant results in a decrease in the value of such entity's interest in such property ; or

(3) granting such other relief, other than entitling such entity to compensation allowable under section 503 (b)(1) of this title as an administrative expense, as will result in the realization by such entity of the indubitable equivalent of such entity's interest in such property.

185. 9068-6767 *Québec inc. (Avis d'intention de)*, 2012 QCCS 2137, par. 17-22 et 33.

186. *Wendigo Studios inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 171, par. 39, 54 et 56.

187. 9068-6767 *Québec inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 185, par. 18 et 31.

188. Comme par exemple avec les nouvelles dispositions du C.c.Q. insérées par l'adoption de la L.T.V.M.

Il est intéressant, ici, de faire état d'une décision de la Cour d'appel du Québec qui tente timidement d'ouvrir une brèche, circonstancielle, en envisageant une répartition proportionnelle entre la charge super-prioritaire d'un prêteur intérimaire et un créancier muni d'une hypothèque légale de la construction. Selon la Cour, le remboursement du prêt temporaire doit respecter la formule de répartition de l'article 2754 C.c.Q. favorisant ainsi un traitement équitable des autres créanciers garantis¹⁸⁹. Refusant clairement d'appliquer la doctrine du *marshalling* de common law qui consiste à forcer un créancier de premier rang à exercer sa garantie sur un bien plutôt qu'un autre, aussi grevé par la garantie de second rang¹⁹⁰, la Cour a toutefois permis la répartition de la charge du prêteur sur les différents biens de la débitrice de manière proportionnelle avec l'hypothèque légale de la construction¹⁹¹.

Conscients de tracer les contours encore incertains de ce mécanisme instituant des « charges » ou des sûretés super-prioritaires dans les dernières affaires, les juges québécois offrent, de manière diffuse, quelques exemples de modulations possibles de l'ordre des rangs. Sa publicité minimaliste pose aussi, comme nous le verrons, certaines difficultés juridiques.

2.4.2 Publicité minimaliste

Les formalités entourant l'octroi d'une sûreté super-prioritaire obtenue dans le cadre d'un financement temporaire soulèvent un certain nombre de difficultés juridiques compte tenu, d'une part, des dispositions existantes dans le *Code civil du Québec* en matière de priorités et hypothèques et, d'autre part, de la préservation des droits des créanciers antérieurs garantis.

189. *Maisons Marcoux inc. (Syndic de)*, 2012 QCCA 192, par. 61.

190. *Ibid.* : la garantie de premier rang doit grever deux biens ou moins appartenant au même débiteur ; le débiteur doit être unique et commun aux deux créanciers, de premier et de second rang et les biens doivent avoir une valeur suffisante pour satisfaire le créancier de premier rang.

191. *Ibid.*, par. 62 ; dans le même sens : *Central Factors Corporation Ltd. c. Imasa Ltd.*, [1979] J.Q. n° 411 (C.A.). L'article 2754 C.c.Q., peu usité, permet indirectement de distiller une certaine justice dans les rapports au temps entre un créancier hypothécaire antérieur et un créancier muni d'une charge prioritaire.

Première remarque : selon une lecture littérale de l'article 50.6(1) L.F.I., les créanciers devraient être informés, par préavis, de la demande judiciaire du débiteur de se voir accorder un financement par un tiers. La loi est, toutefois, laconique en ce qui concerne une possible contestation de la part des créanciers garantis touchés par la charge prioritaire ainsi créée. L'article 50.6(1) L.F.I. indique simplement que le tribunal peut grever d'une nouvelle charge les biens du débiteur « sur préavis de la demande adressée aux créanciers qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté ». Aussi, le législateur est-il pour le moins approximatif lorsqu'il emploie l'adverbe « vraisemblablement ». Pourtant, le rapport du syndic pourrait porter à la connaissance du juge une liste détaillée des créanciers garantis afin que ce dernier les avertisse dans un délai raisonnable. Aucun délai n'est mentionné dans la loi. Lors de l'audience, il serait utile de vérifier si cette précaution élémentaire est respectée. En pratique, certains créanciers garantis concernés par la charge sont interrogés lors de l'audience et le préjudice qu'ils pourraient subir est examiné¹⁹². On ne saurait dire si cette formalité est scrupuleusement respectée et si tous les créanciers concernés sont présents. Aucune décision ne fait état d'un préjudice à ce point sérieux¹⁹³ qu'il aurait fait obstacle à l'attribution d'un prêt temporaire.

Deuxième remarque : aucune publicité n'est prévue par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ni par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* en vue d'informer les tiers, et notamment les créanciers du débiteur, que les biens d'une société insolvable seront désormais grevés d'une charge prioritaire. Une fois constituée par le juge, la « charge » prioritaire devrait, selon nous, être publiée. La société débitrice, poursuivant ses opérations commerciales, sera amenée à traiter avec des tiers déjà en affaires avec elle ou avec de nouvelles personnes, comme des fournisseurs, de nouveaux clients, des acheteurs ou de nouveaux prêteurs. Or, l'enregistrement au registre foncier ou au RDPRM n'est pas systématiquement ordonné par les juges. Certaines décisions indiquent clairement l'absence de nécessité de la publication¹⁹⁴ sur un quel-

192. Pour un exemple : 9068-6767 *Québec inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 185.

193. *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, préc., note 96, par. 60, 69, 71 et 72.

194. 9186-7440 *Québec inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 170, par. 24 et 27 : mention « sans nécessité de publication » au registre foncier, prise d'une charge sur un immeuble « immédiate et sans autre formalité » ; *Mecachrome International inc. (Plan de transaction ou arrangement de)*, préc., note 97, aucune publication (à suivre...)

conque registre, alors que d'autres, plus rares, l'envisagent¹⁹⁵. Une uniformité en la matière est souhaitable afin d'éviter des conflits de rang et de créer une apparence trompeuse de solvabilité. Sortis d'une crise de liquidités, de nouveaux prêteurs pourraient s'engager contractuellement avec la débitrice exploitante sans savoir que tous ses actifs sont grevés d'une charge prioritaire parfois élevée, incluant un haut taux d'intérêt. La publication au registre foncier ou au RDPRM reste la seule option viable afin d'atteindre les objectifs de fiabilité et de pérennité du système de publicité des droits. Il est vrai que les juges doivent concilier plusieurs intérêts divergents : le besoin de liquidités de l'entreprise insolvable, le maintien de la valeur économique des garanties réalisables et la recherche d'une solution financière rapide et cohérente dans un contexte de redressement.

En matière de financement temporaire, fait elle aussi cruellement défaut l'autre mesure de publicité consistant à transmettre au débiteur et aux créanciers du débiteur munis de sûretés un préavis indiquant que la réalisation d'une sûreté est envisagée par un créancier du débiteur. Aucune disposition ne prévoit un tel mécanisme¹⁹⁶, ni n'envisage l'envoi du préavis pourtant prévu par l'article 244 L.F.I.¹⁹⁷. En l'absence de dispositions légales, les juges

(...suite)

prévue, prise d'une charge sur une universalités de biens ; *Wendigo Studios inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 171, par. 27 « sans nécessité d'une quelconque publication » ; *Kinipi spa nordique inc (Avis d'intention)*, 2012 QCCS 5516, par. 55 prévoit une dispense de toute publication ou inscription au registre foncier ou au RDPRM et déclare que le jugement vaudra publication aux fins de l'opposabilité et de la validité de la charge des prêteurs prioritaires. Ce type de clause prévue dans l'ordonnance du juge impose indirectement aux tiers et aux créanciers d'un débiteur l'obligation générale de consulter tous les jugements des cours, à défaut de retranscription dans un bureau d'enregistrement spécialement conçu à cette fin ; *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, préc., note 96, par. 111.

195. *Industries Cover inc (Syndic des)*, préc., note 100, par.110 : publication au registre foncier de la charge superprioritaire grevant un immeuble. Le juge Michel A. Pinsonnault précise, avec raison, que la copie certifiée conforme du présent jugement permettra de remplir la réquisition d'inscription. En sens, cette clause pourrait tenir lieu de modèle d'ordonnance. Les praticiens ont souvent à faire face à une difficulté technique de remplir la réquisition correctement en l'absence d'un acte constitutif.

196. Contrairement à ce que prévoit le Code civil en matière hypothécaire : art. 2648 C.c.Q.

197. Pour une dispense expresse de l'envoi du préavis de l'article 244 L.F.I. ; *Mecachrome International inc. (Plan de transaction ou arrangement de)*, préc., note 97, par. 98, point 27 ; *9186-7440 Québec inc (Avis d'intention de)*, préc., note 170, par. 21.

prévoient parfois l'envoi d'un préavis à la débitrice¹⁹⁸ et aux créanciers connus dans un délai variable. Il serait souhaitable qu'une uniformisation intervienne en la matière, imposant l'envoi d'un préavis respectant un délai raisonnable compris entre 10 jours (délai minimal de l'article 244 L.F.I.), 20 jours à 60 jours (délais de droit commun prévus en matière hypothécaire)¹⁹⁹. L'article 72(1) L.F.I. prévoit justement le respect des délais prévus dans le Code civil lors de l'exercice des droits hypothécaires. Le raisonnement de l'honorable juge Gaetan Dumas, dans plusieurs décisions²⁰⁰ dont *Boréal-Information Strategies* et *Media5 Corporations*, devrait pouvoir s'appliquer, par analogie, imposant ainsi l'envoi d'un préavis par le prêteur temporaire aux autres créanciers garantis lors de la réalisation de la charge prioritaire, du moins dans un délai minimal de 10 jours comme prévu dans la L.F.I. Il serait inique et incohérent de prévoir une exception en faveur du prêteur temporaire alors que les autres créanciers garantis sont soumis à ces délais relevant du droit substantif et non procédural. Même si l'objectif du régime des sûretés du Code civil favorisant l'exécution forcée, donc la liquidation de certains biens du débiteur, est différent de celui encadrant l'attribution d'un financement temporaire qui vise la survie de l'entreprise²⁰¹, la restructuration de l'entreprise, qui n'est souvent envisageable qu'à court terme, ne devrait pas permettre de contourner les mesures légales préalables et impératives entourant la réalisation de sûretés valides et exécutoires comme le sont le préavis et les modalités de sa transmission.

198. *Mecachrome International inc. (Plan de transaction ou arrangement de)*, préc., note 97, par. 98, point 27 : préavis envoyé à la seule débitrice de 3 jours ; *9186-7440 Québec inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 170, par. 21 : envoi d'un préavis de 15 jours à la débitrice et aux créanciers inscrits au registre foncier ; *Industries Cover inc (Syndic des)*, préc., note 100, par. 112 : préavis de 5 jours au débiteur et aux créanciers inscrits ou publiés au registre foncier.

199. Art. 2758 C.c.Q., selon la nature du bien meuble ou immeuble.

200. *Boréal-Information Strategies inc. (Avis d'intention)*, 2014 QCCS 5595, par. 10-19, 23-26 et 29-37 ; *Média5 Corporation inc. (Séquestre de)*, 2011 QCCS 6874, par. 57 et 63 ; *Banque Nationale du Canada c. 9146-2614 Québec inc.*, 2010 QCCS 4611 ; *Ferme des Hautes Collines (Séquestre de) c. Banque Nationale du Canada*, 2008 QCCS 1495 ; *Contra : 9113-7521 Québec inc. (Syndic de)*, 2011 QCCS 3429.

201. Parmi les arguments soulevés par Alain HEYNE et Éric LAVALLÉE, « Séquestre intérimaire et séquestre de la partie XI de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Faillite, insolvabilité et restructuration*, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, Feuilles mobiles, à jour au 10 février 2013, p. 92.

2.4.3 La nature de la « charge » superprioritaire

La sûreté consentie au prêteur temporaire, comme celles en faveur des administrateurs, des dirigeants ou des experts²⁰² prévue dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou dans la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, est constituée par les juges lors de l'homologation de l'accord. Ces sûretés, de troisième type, sont aussi appelées « charges », entendues comme prioritaires. Leur qualification exacte, n'ayant pas fait l'objet de débats, n'emporte donc pas de véritable régime juridique codifié à l'instar de ceux existants pour les priorités et les hypothèques prévues en nombre limité dans le Code civil²⁰³. Pour nous en tenir à la charge spécifiquement prévue en faveur du prêteur intérimaire – même si la démonstration plus générale concernant les autres charges en faveur des dirigeants et administrateurs, des experts ou des professionnels pourrait être faite en des termes similaires –, elle revêt une nature hybride. Certains préféreraient la qualification de sûreté *sui generis*²⁰⁴. Elle ressemble à l'ancienne catégorie de *privilege*, désormais abolie.

Depuis la réforme de 1991, certains anciens privilèges se retrouvent classifiés désormais dans l'une des deux catégories, priorité ou hypothèques légales. Or, la charge du prêteur temporaire est de nature mixte ; certains de ses caractères relèvent des deux catégories à la fois²⁰⁵, et d'autres lui sont plus spécifiques. Il faut y voir, semble-t-il, une nouvelle catégorie de sûreté.

La charge superprioritaire est originale tant en raison de sa source que de son régime. La charge n'est pas une sûreté légale puisqu'elle ne tire pas sa source de la loi comme c'est le cas des priorités et des hypothèques légales, le législateur ayant accordé un rang prioritaire à certains créanciers en raison de la supériorité intrinsèque d'une créance (frais de justice ou créance fiscale de

202. Préc., note 3, art. 64.1(1) et 64.2(1) L.F.I. ; LACC, préc., note 3, art. 11.51(1) à (4), 11.52(1) et (2).

203. Art. 2647 C.c.Q.

204. A. LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement du débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », préc., note 86, p. 567 et 568.

205. Pour une vision différente, voir A. LEDUC, « Les limites de la « juridiction inhérente » du tribunal et le cas du financement du débiteur-exploitant (« DIP Financing ») en droit civil québécois », préc., note 86, p. 582.

l'État ou des commissions scolaires et des municipalités)²⁰⁶ ou encore en raison de l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur (créance prioritaire du vendeur impayé, du rétenteur de meuble, hypothèque légale de la construction ou hypothèque légale du syndicat des copropriétaires)²⁰⁷.

La charge ne prend pas non plus sa source dans la seule convention des parties (comme c'est le cas des hypothèques conventionnelles) puisque l'intervention du juge est indispensable. Sa source est particulière puisque l'accord entre le débiteur insolvable et le prêteur devra être approuvé par le tribunal, et ce, de manière discrétionnaire. Selon nous, il s'agit donc d'une sûreté de nature double, à la fois conventionnelle et judiciaire, constituée par les juges ; fixant son montant en capital et en intérêt, une fois la demande portée devant eux par le débiteur insolvable, et avec l'accord du prêteur intérimaire.

Par ailleurs, ce type de charge prioritaire se justifie par l'idée d'une récompense. Le législateur gratifie celui qui prend le risque de s'engager dans une relation avec un débiteur insolvable, dans une procédure collective, où la menace d'un défaut de paiement est élevée. Elle est donc conditionnée par la nécessité de prouver la poursuite de l'activité du débiteur et l'intention ou le dépôt d'une proposition ou d'un arrangement. Le sauvetage de l'entreprise est l'objectif ultime envisagé par le législateur. Ce type de sûreté qui confère le droit à un paiement préférentiel sur la valeur des biens du débiteur n'est plus fondé sur la date de naissance de la créance, mais dépend de l'utilité de la créance pour la poursuite de l'activité du débiteur. La combinaison des critères d'utilité de la créance et du degré de solvabilité participe à l'élaboration d'un régime particulier afférent à cette sûreté superprioritaire et judiciairisée.

Par ailleurs, la charge superprioritaire emprunte les attributs classiques de la catégorie des hypothèques (droit de préférence et droit de suite) et ressemble aussi à la priorité dite « exceptionnelle » des municipalités et des commissions scolaires (art. 2654.1 C.c.Q.) : occulte mais opposable aux tiers puisque constitutive d'un droit réel (art. 2655 C.c.Q.). La charge du prêteur bénéficie d'une supériorité de rang : elle prend rang avant les autres créanciers prioritaires et hypothécaires tant conventionnels (gage et hypothèque sans dépossession) que légaux (hypothèque légale de la construc-

206. Art. 2654 C.c.Q.

207. Art. 2654 et 2724 C.c.Q.

tion)²⁰⁸ ; elle est assortie d'un droit de suite puisque les décisions des tribunaux, par l'emploi d'une clause quasi usuelle, la déclarent « valide et exécutoire à l'encontre de toute personne, tierce partie », incluant entre autres le syndic et le séquestre gérant ou intérimaire de la débitrice²⁰⁹. Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné plus haut, rien n'est prévu par la loi en matière de publicité. Parfois, mais pas systématiquement, les juges ordonnent une publication au registre approprié. Nous sommes d'avis qu'il serait souhaitable de généraliser cette pratique et de publier le jugement dans un registre national de publicité des droits mobiliers ou immobiliers²¹⁰.

Sûreté originale, atypique, de nature judiciaire, la « charge » remet en cause le *numerus clausus* institué par les dispositions du *Code civil du Québec* sur les priorités et les hypothèques. Elle relève du pouvoir discrétionnaire des tribunaux même si elle suit le modèle de l'ordonnance standardisée convenue entre le Barreau et la Chambre commerciale de la Cour supérieure de Montréal²¹¹. Priorité quasi occulte, elle bouleverse les principes de sécurité et de transparence qui sous-tendent le système québécois d'opposabilité des droits réels accessoires.

CONCLUSION

Les modifications récentes apportées aux règles de publicité ont mis à mal l'ordonnement juridique général et ont transformé le concept même de publicité en créant la publicité dématérialisée (le gage par maîtrise) et la publicité judiciarisée (la création de charges superprioritaires par la voie d'ordonnance). Une publicité plus

208. Exemple de conflit possible de rang : *Maisons Marcoux inc. (Syndic de)*, préc., note 189.

209. Par exemple : *Industries Cover inc (Syndic des)*, préc., note 100, par. 122 ; *9186-7440 Québec inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 170, par. 27 ; *Kinipi spa nordique inc. (Avis d'intention)*, préc., note 194, par. 58 ; *Wendigo Studios inc. (Avis d'intention de)*, préc., note 171, par. 57 ; *Dessert & Passion inc. (Proposition de)*, préc., note 96, par. 111.

210. Exemple : *Industries Cover inc. (Syndic des)*, préc., note 100, par. 110.

211. Voir réflexions instructives à ce sujet et notamment sur les lacunes ou insuffisances du processus de rédaction et d'adoption d'ordonnances modèles : Antoine LEDUC, « Grands pas et faux pas de la compétence inhérente des tribunaux en droit canadien de l'insolvabilité : qui fait la loi ? », préc., note 86, p. 440-443 et 447. Selon nous, l'une des solutions réalistes consisterait pour les tribunaux à revenir, de manière indirecte, sur les modèles de clauses contenues dans l'ordonnance standardisée afin de raisonner sur la nature de ses charges dites prioritaires et de promouvoir un régime cohérent eu égard aux règles impératives de droit civil en matière de constitution et de réalisation des sûretés.

qu'imparfaite, voire occulte, résulte de ces dispositions créant un chaos dans l'ordre initial des rangs et des conflits possibles entre les créanciers garantis.

L'absence de publicité ne semble guère inquiéter les professionnels de la restructuration puisque la « financiarisation » de la restructuration ne permet plus de contester ou de modifier le processus de redressement²¹². La recherche de liquidités par l'entreprise la place dans un état de vulnérabilité laissant le prêteur intérimaire, souvent créancier majoritaire, seul acteur ayant le contrôle sur la dette²¹³. Le risque financier qu'il court est en réalité assez faible puisque sa créance est garantie par une charge prioritaire qui aura préséance sur les autres créanciers garantis. Il pourra aussi être le premier à racheter l'entreprise lors d'une vente aux termes de l'arrangement. À l'instar de certains chercheurs²¹⁴, nous nous demandons si l'approche financière où la restructuration est abordée comme un problème de liquidité devrait être délaissée au profit d'une approche industrielle s'intéressant davantage à la viabilité à long terme de l'entreprise et à ses emplois.

Certaines restructurations d'envergure se sont souvent illustrées par une prise de contrôle des actifs par le prêteur intérimaire (créancier majoritaire) suivant les prescriptions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. À présent, il serait peut-être judicieux de repenser le mécanisme d'attribution des charges prioritaires, notamment en cas de financement temporaire, lequel a été calqué à partir d'un cadre différent de celui de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Il ne s'agit pas de dénaturer le débat en le réduisant à une lutte politique qui opposerait le législateur fédéral au législateur provincial, mais plutôt de l'envisager sous l'angle de la compatibilité et surtout de la cohérence juridique. Il s'agit dès lors d'envisager une politique juridique commune dans deux secteurs intrinsèquement liés.

212. Josée CÔTÉ, Frédéric HANIN, François L'ITALIEN, « Financiarisation de l'entreprise et prise de contrôle des actifs sous la LACC : une étude de cas dans l'industrie forestière », ARUC Innovations travail et emploi, Université Laval 2014, p. 6, en ligne : <http://www.aruc.rlt.ulaval.ca/sites/aruc.rlt.ulaval.ca/files/aruc-lacc_cahier2_vfinale_0.pdf>.

213. *Ibid.*, p. 7.

214. *Ibid.*, p. 27.

La performance réelle d'un système de sûretés mobilière ou immobilière se mesure à l'efficacité de ses modes de publicité. Ainsi, il serait bon de soumettre toute sûreté prioritaire à la publicité immobilière ou mobilière. Le Registre des droits personnels et réels mobiliers présente une multitude d'avantages permettant l'accès à une information fiable et pertinente. Tout compte fait, le crédit mobilier est davantage accessible à tous. De plus, ce registre unique présente l'avantage de permettre la publication des droits de propriété résultant des contrats de baux à long terme, de crédit-bail, de vente avec réserve de propriété et de fiducie-sûreté.

Cet outil informatique assure également l'opposabilité des droits. La traçabilité des sûretés mobilières qui portent indifféremment sur des biens corporels et incorporels est améliorée. Il serait souhaitable de prévoir ce registre à l'échelle fédérale, ce qui permettrait une meilleure réalisation des sûretés au-delà de la province de Québec (notamment dans un contexte de faillite). Le séquestre national a bien été récemment créé²¹⁵. Il importe donc de mettre en place une logistique permettant l'enregistrement systématique des sûretés mobilières et immobilières, qu'elles soient de nature légale, conventionnelle ou judiciaire.

Un registre international des garanties mobilières serait envisageable comme l'ont prévu la *Convention du Cap* (2001) et le *Protocole aéronautique* (2001)²¹⁶ en matière de garanties internationales portant sur des biens d'équipement mobiles et aéronautiques.

Ainsi, l'harmonisation²¹⁷ des systèmes de sûretés mobilières tant au niveau national, entre le fédéral et le provincial²¹⁸, qu'inter-

215. Préc., note 3, art. 243(1) L.F.I.

216. UNIDROIT, *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, Le Cap, 16 novembre 2011, en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>> ; UNIDROIT, *Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles* (Le Cap, 2001), en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/aircraftprotocol.pdf>> ; Suzanne POTVIN PLAMONDON, « Une esquisse du système international d'inscription en vertu de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et son application au domaine de l'aéronautique [...] », (2001) 103 R. du N. 11.

217. Voir nos développements dans A. BENADIBA, préc., note 20.

218. L'une des difficultés juridiques actuelles est de concilier la création de sûretés judiciaires par le biais de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* avec les dispositions du *Code civil du Québec* prônant un *numerus clausus* des sûretés.

national, commande la mise en place d'outils logistiques favorisant l'efficacité et la transparence, deux objectifs qui à eux seuls sous-tendent en bonne part la sécurité juridique dans les transactions.