

LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ COMME GARANTIE DES OBLIGATIONS EN DROIT ANGLAIS ET EN DROIT CIVIL

Jean Gagnon

Volume 13, Number 1, 1982

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110224ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19563>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gagnon, J. (1982). LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ COMME GARANTIE DES OBLIGATIONS EN DROIT ANGLAIS ET EN DROIT CIVIL. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 13(1), 1–47. <https://doi.org/10.17118/11143/19563>

Articles

LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ COMME GARANTIE DES OBLIGATIONS EN DROIT ANGLAIS ET EN DROIT CIVIL*

par Jean GAGNON**

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
PREMIÈRE PARTIE: LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ COMME GARANTIE DES OBLIGATIONS EN DROIT ANGLAIS	4
1. Dédoublement de la propriété	5
A. Historique de ce dédoublement	5
a) L'évolution suivie	5
b) La continuité assurée	12
B. Réalité sous-jacente à ce dédoublement	14
a) "Equitable title": réalité ou subtilité de langage? ...	14
b) L'esprit du droit anglais	16

* Le texte proposé a été présenté par l'auteur comme mémoire de maîtrise à la Faculté de droit de l'Université Laval. Conçu avant le dépôt du rapport de l'Office de Révision du Code civil, il revêt un intérêt certain à la veille de la réforme du droit des biens que le législateur s'apprête à réaliser. L'étude de droit comparé qui y est faite permettra sans doute de mieux identifier les sources d'inspiration qui sous-tendent le projet de réforme.

** Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

2. Conséquences de ce dédoublement	17
A. Les tribunaux et la règle de droit	17
a) La protection du créancier	18
b) La protection du débiteur	19
B. Le rôle du législateur	21
a) Le "Receivership" et la protection des différents "equitable titles"	21
b) Le pouvoir statutaire de vendre et la protection de la valeur des biens	22

DEUXIÈME PARTIE: LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ COMME GARANTIE DES OBLIGATIONS EN DROIT CIVIL	23
1. Dédoublement de la propriété	23
A. Historique de ce dédoublement	24
a) L'évolution suivie	24
b) La continuité rompue	29
B. Réalité sous-jacente à ce nouveau dédoublement	33
a) La clause de dation en paiement: reconnaissance et effet	33
b) L'esprit du droit civil	36
2. Conséquences de ce dédoublement	38
A. Les tribunaux et la règle de droit	38
a) La protection du créancier	38
b) La protection du débiteur	41
B. Le rôle du législateur	42
a) Interventions réalisées	43
b) Interventions à réaliser	44
CONCLUSION GÉNÉRALE	46

INTRODUCTION

Coiffée d'un pareil titre, notre étude pourrait débiter par une violente sortie contre la fameuse Proclamation Royale du 7 octobre 1763 abolissant tous nos droits, pour ensuite faire l'éloge des valeureux combattants qui ont amené le gouvernement de Londres à revenir sur ses positions dès 1774 par l'Acte de Québec,... et enfin faire le panégyrique de tous les juristes qui ont su s'objecter chaque fois que l'influence de ce terrible ennemi qu'est la *common law* voulait envahir notre chasse gardée de droit civil perdue dans l'immense bassin nord-américain de *common law*...

Tel n'est pas notre propos. Nous aimerions plutôt abandonner le "branle-bas de combat" pour essayer de voir si, dans le domaine de la garantie des obligations, les chemins parcourus, tant par la *common law* que par le droit civil, sont aussi diamétralement opposés que l'on pourrait être porté à le croire; somme toute, les deux systèmes de droit appartiennent à la même civilisation et doivent tout de même poursuivre un idéal de justice assez semblable.

Parce qu'il présente des opinions difficilement conciliables, ce domaine de la garantie des obligations permet une approche susceptible de mettre en relief les divergences les plus marquées. Comment expliquer que, d'une part, les commentateurs étrangers aussi bien que les usagers de nos lois jugent insuffisantes les garanties offertes par le Code civil, alors que, d'autre part, les civilistes fustigent avec véhémence l'excès des garanties exigées en sol québécois?

Loin de nous, notons-le, l'idée de blâmer ceux qui, d'un côté comme de l'autre, ont réagi lorsque confrontés aux réalités d'un système de droit qui n'était pas le leur: toutes ces réactions ont le grand mérite de nous indiquer clairement le malaise bien normal, et surtout l'inquiétude ressentie devant des concepts inconnus. Ces inquiétudes et ces incompréhensions ne vaudraient probablement pas la peine qu'on s'y arrête, si elles n'étaient cause d'un climat susceptible de porter gravement préjudice à notre économie.

Que, de prime abord, le système étranger de la *common law* nous insécurise n'est que normal. Mais si l'étude de ce système nous permettait de constater que la souplesse qu'il assure justifie les inquiétudes et réticences des étrangers face aux carences du droit civil, nous comprendrions peut-être mieux que "les excès de garanties" ne proviennent pas nécessairement de l'appât du gain, mais bien de ces carences de notre droit. Tel est précisément notre propos.

Nous ne pouvons cependant espérer passer en revue toutes les règles afférentes à la garantie de l'exécution des obligations en

common law et en droit civil. Cet exposé n'y suffirait d'ailleurs pas. Il est néanmoins possible d'avoir bonne intelligence du problème d'ensemble en l'abordant sous un angle particulier, soit celui de la notion de propriété. En effet, la notion même de propriété conditionne la nature et l'efficacité des garanties pouvant être offertes. Nous l'examinerons donc dans les deux systèmes en tenant compte tant des développements particuliers connus de part et d'autre, que des avantages de la technique d'un système par rapport à l'autre.

Dans une première partie, nous tenterons de saisir la réalité sous-jacente à la propriété "dédoublée" en *common law* et d'en mesurer l'impact en la matière. Dans une deuxième, nous étudierons, grâce à l'éclairage fourni par cette incursion en *common law*, les carences de notre droit et la nécessité de les combler, non par la volonté des parties, mais bien par une législation appropriée.

PREMIÈRE PARTIE

LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ COMME GARANTIE DES OBLIGATIONS EN DROIT ANGLAIS

Tenter de cerner la notion de propriété en *common law* n'est pas une mince tâche. En dépit des contraintes que nous impose le présent travail, nous aimerions toutefois en arriver à une compréhension suffisante pour mettre en lumière les principales différences par rapport à notre droit civil.

Dès l'abord, il importe, pensons-nous, de garder présente à l'esprit la mise en garde faite par le professeur Lawson à tout civiliste désireux de s'aventurer dans le domaine de la propriété du droit anglais, à savoir, qu'il doit oublier toutes les notions qu'il a étudiées dans son propre système¹.

C'est dans cet esprit de respect des institutions que nous voudrions aborder, dans un premier point, l'évolution du dédoublement de la propriété, pour ensuite nous arrêter, dans un deuxième temps, aux conséquences d'un tel dédoublement.

1. F.W. LAWSON, "Property and Trust", dans *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. VI, c. 2, *Structural Variations in Property Law*, International Association of Legal Science, 1975, 22.

1. Le dédoublement de la propriété en droit anglais

Le dédoublement de la propriété en droit anglais étant une création qui résulte d'un long cheminement au cours des siècles, il serait illusoire d'espérer en vérifier l'essentiel sans une première référence, même générale, à l'évolution suivie en l'espèce. Après avoir brossé un tableau général, nous verrons, grâce à quelques commentaires des juges et des auteurs, que la réalité qui y est sous-jacente est fort éloignée de la conception civiliste de la propriété.

A. Historique de ce dédoublement

Désireux d'approfondir le droit anglais, le célèbre juriste français René David se voit obligé de constater la carence quasi complète d'oeuvre de synthèse de ce droit; les grands noms de la littérature juridique étant, pour la plupart, ceux d'historiens du droit anglais, tel Maine, Maitland, Vinogradoff, Pollock, Holdsworth².

C'est dire ici jusqu'à quel point se vérifie l'affirmation de Lawson à l'effet que l'étude du droit de la propriété en *common law* représente un défi, non seulement dû à l'absence d'une synthèse codifiée, mais surtout à cause du fait que le poids de l'histoire se fait encore plus lourdement sentir dans le droit de la propriété que dans tout autre secteur du droit³.

a) L'évolution suivie

Bien qu'intéressantes sur le plan purement historique, les périodes de l'histoire d'Angleterre précédant la conquête de Guillaume le Conquérant, en 1066, n'offrent, pratiquement parlant, aucun intérêt sur le plan juridique. Même la période de l'occupation par les tribus germaniques et les anglo-saxons, ne revêt aucune importance pratique de nos jours; la structure de la société et la civilisation actuelles étant trop différentes de ce qu'elles étaient avant la conquête normande. D'ailleurs, aucun ouvrage de doctrine ne remonte à cette époque qui n'est pas dominée par des préoccupations d'ordre juridique⁴.

La période qui va de la conquête des Normands à l'avènement d'Henry VII, en 1485, se révèle cependant fondamentale à l'élaboration de la *common law* proprement dite. En introduisant la féodalité, les Normands allaient implanter une structure de société plus orga-

2. René DAVID, *Les systèmes de droit contemporains*, t. 1, Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948, 81.

3. LAWSON, *loc. cit. supra*, note 1, 22.

4. DAVID, *op. cit. supra*, note 2, 18.

nisée qui répondait déjà à certaines normes juridiques assez bien définies.

La féodalité emporte, de soi, dédoublement de la propriété, mais le système offre en Angleterre des caractéristiques propres qui expliquent, du moins partiellement, des développements juridiques différents qu'il importe de souligner brièvement.

Territoire beaucoup plus vaste, la France a vu la féodalité s'implanter progressivement, région par région, avec le résultat que certains grands féodaux, tel le duc de Normandie ou le duc de Bourgogne, pouvaient menacer ou même dépasser la puissance du roi.

En Angleterre, rien de tel. La conquête de Guillaume assure sa suprématie sur l'ensemble du territoire et l'hostilité de la population conquise entraîne une hiérarchisation plus forte qu'en France. Toutes les terres sont concédées par le roi. Au fait des difficultés suscitées en France par la puissance des grands féodaux, il fera des concessions de fiefs à étendue beaucoup plus restreinte et au besoin éparpillés partout dans le royaume lorsqu'il s'agit de concessions multiples au même seigneur⁵.

Cette suprématie du roi, assurée, au moins à ses débuts, par le mode de concession des fiefs, permet de mieux comprendre le développement du droit anglais, lequel ne cessera de se présenter comme une série de luttes de juridiction des tribunaux.

Pour cette période du moyen-âge, comme pour la période suivante, l'idée que le roi, ultime concédant du sol, constitue un réservoir incontesté de justice, demeure fondamentale. C'est ainsi que les cours de Westminster, issues de ce pouvoir de justice royale, assureront peu à peu leur primauté, tant et si bien que les Cours locales (*Hundred Court* et *Country Court*) tomberont en désuétude dès le XIII^e siècle, de la même façon d'ailleurs que les Cours seigneuriales à la même époque. Bien que, dans cet esprit traditionaliste cher aux Anglais, l'abrogation de ces juridictions n'ait eu lieu qu'en 1867 par le *Country Courts Act*, il n'en demeure pas moins que le Statut de Gloucester de 1278, en limitant leur juridiction au-dessous de quarante (40) shillings, leur avait donné leur coup de grâce⁶.

Née de cas d'exception, sans cesse élargie par le procédé du *Writ*, la juridiction des Cours de Westminster couvrait en quelque sorte l'ensemble des secteurs du droit au XV^e siècle. Sa primauté écrasante avait permis l'élaboration de règles de droit uniformes et applicables à

5. *Id.*, 20.

6. *Id.*, 31.

l'ensemble du royaume. Procédurale et technique à l'excès à cause de ses origines, la *common law* ainsi élaborée dans l'uniformité ne tardera pas à subir les assauts de l'*Equity*, lesquels auront des répercussions déterminantes sur la propriété, et ce jusqu'à nos jours.

Fortement structurée dès ses origines, vu l'hostilité des conquis, la féodalité ne pouvait se maintenir avec le roi au sommet de la pyramide sans que certains bénéfices puissent en contrepartie être attribués aux seigneurs. Les contraintes du système ne pouvaient donc tarder à se faire sentir sur les épaules des petits tenanciers. Les plus importantes et les plus lourdes de ces contraintes sont sans contredit les droits reconnus au seigneur à l'occasion du décès de l'un de ses tenanciers.

Ce sera d'abord le droit pour le seigneur de percevoir le *Reliefs*, soit une redevance que l'héritier doit payer au seigneur pour succéder aux droits de son père. L'*Escheat*, retour de la terre au seigneur en cas de félonie ou du décès du tenancier sans postérité, présente pour sa part des dangers plus inquiétants d'accaparement par le seigneur. Mais, plus lourdement encore pèseront les droits du seigneur advenant que le tenancier décède en laissant des héritiers mineurs: la garde et l'administration (*Wardship*) des terres dévolues à ces mineurs reviennent de droit au seigneur, lequel n'est en aucune façon comptable des profits qu'il en retire. Bien plus, la majorité une fois atteinte, ces héritiers ne sont pas pour autant libérés de la tutelle du seigneur puisqu'ils doivent alors accepter de marier la personne que ce dernier a bien voulu choisir pour eux; et la seule façon de se libérer de ce "droit de mariage" est de verser au seigneur une somme d'argent équivalente à celle offerte par le prétendant⁷.

Il n'en fallait évidemment pas davantage pour que les tenanciers se mettent à la recherche d'une technique permettant de contourner tant les désastres financiers que les incursions du seigneur dans la vie privée de la famille à l'occasion du décès.

La technique trouvée, somme toute assez simple, s'imposait pratiquement d'elle-même. Elle était invariablement la suivante. De son vivant, le tenancier transfère la propriété de son fonds à A et B pour qu'ils la détiennent à son usage et à celui de ses héritiers. Si A ou B viennent à mourir, une autre personne pouvait être nommée pour détenir la propriété. Ainsi, le tenancier a l'usage du fonds, bien qu'il se soit départi de la propriété elle-même. Comme il est assez peu probable que A et B décèdent simultanément, les droits payables au seigneur en

7. William GELDART, *Elements of English Law*, 6^e éd., London, Oxford University Press, 1963, 29.

cas de décès ne s'ouvrent tout simplement jamais. Cette technique, dites des *Uses*⁸, est l'ancêtre du *Trust* anglais, si répandu de nos jours⁹.

La reconnaissance et la protection de la technique ainsi élaborée exigèrent cependant des chambardements assez ardues. En effet, la *common law*, de création récente et composée de "cas" bien précis réglementés par les *Writs* au cours des années précédentes, se retrouvait assez dépourvue devant ce phénomène nouveau. Certes, elle était bien équipée pour faire face à la protection des droits des détenteurs A et B (de l'exemple ci-dessus): le *Writ of right* leur permettait de faire reconnaître leur propriété sur le fonds de terre. Aucun *Writ* cependant ne correspondait à la protection du bénéficiaire que s'était réservé le tenancier pour lui et pour ses héritiers. Ainsi, la technique des *uses* risquait-elle de devenir un formidable attrape-nigauds dans l'hypothèse, par exemple, où le tenancier ou ses héritiers ne se trouveraient pas d'arène judiciaire pour faire valoir leurs droits à l'encontre des propriétaires en titre (*at law*), A et B, ces derniers refusant de respecter les obligations inhérentes à leur détention.

Pour bien saisir la difficulté qui se présente, il importe, croyons-nous, de rappeler que la Cour de Westminster, bien qu'elle ait déjà à cette époque une grande autonomie et qu'elle ait réussi à établir les fondements même de la *common law*, demeure essentiellement une juridiction d'exception restreinte aux *Writs* déjà existants.

Assez ironiquement, ce sera vers celui-là même qui avait présidé à la création de la Cour de Westminster et à l'élaboration de la *common law* que l'on devra se tourner. En effet, le roi ne demeure-t-il pas toujours ce réservoir de justice que le Moyen-Âge avait reconnu¹⁰? Conscience du roi, le chancelier pouvait-il de plus passer outre à l'iniquité flagrante découlant de semblable attitude de la part de détenteurs faisant fi de leurs obligations? D'ailleurs, le second Statut de Westminster, de 1285, ne forçait-il pas le Chancelier à délivrer un nouveau *Writ* lorsque l'espèce en cause ne s'insérait pas à proprement parler dans le cadre d'aucun des *Writs* courants, son refus étant appelable au Parlement?

Liée cependant par la règle du précédent, comment la Cour de Westminster pouvait-elle donner gain de cause à la fois aux détenteurs A et B sur la base du *Writ of right*, et aux héritiers sur la base d'un

8. On a tenté de faire échec à cette pratique par le *Statute of Uses* de 1535 mais sans grand succès puisque le statut pouvait facilement être contourné par la stipulation d'un double *Use*.

9. G.R. RUDD, *The English Legal System*, London, Butterworths, 1962, 26.

10. DAVID, *op. cit. supra*, note 2, 25.

nouveau *Writ*? Cette Cour de Westminster se voyait de plus fort limitée dans les remèdes offerts puisqu'elle ne pouvait que condamner aux dommages-intérêts encourus¹¹. Devant cette carence de la *common law*, nos héritiers n'auraient pu qu'envisager une interminable parade sporadique devant la Cour pour réclamer leurs dûs.

La chancellerie se devait donc de voir elle-même à la protection de ces droits, et ce, avec d'autant plus d'efficacité qu'elle dispose de moyens coercitifs de beaucoup supérieurs à la condamnation à dommages-intérêts de la Cour de Westminster. Ce sera le fameux *decree in personam* permettant l'emprisonnement jusqu'à ce que le défendeur ait bien voulu se rendre à l'ordre qui lui est donné. Par l'exécution en nature (*specific performance*), l'injonction ou l'ordre de restitution, elle dispose de remèdes appropriés et essentiels permettant de combler la surprenante carence de la *common law*¹².

C'est ainsi que commencèrent à coexister deux ordres différents de juridictions. D'une part, les Cours de Westminster appliquent le système traditionnel de la *common law*, fondé dans ses grandes lignes sur les idées qu'un honnête homme avait au XIII^e siècle. D'autre part, la Cour de la Chancellerie, tribunal d'*Equity*, déroge en des points particuliers à ce système et admet certains remèdes nouveaux en faisant appel à une idée générale d'équité correspondant en fait à l'idée de justice qu'un honnête homme pouvait avoir au XVI^e siècle¹³. De ce fait, la propriété se verra dédoublée à un second degré. Nos détenteurs A et B se verront reconnaître par la *common law* le *legal estate*; nos héritiers, dans le même exemple, se verront accorder par l'*Equity* l'*Equitable estate*¹⁴.

Au niveau du transfert de la propriété comme garantie, le *mortgage at common law* offre un développement analogue, le dédoublement de la propriété faisant du *Mortgage* une institution propre au droit anglais.

Dès la fin du XV^e siècle, le *mortgage de common law* était une réalité bien définie consistant en un transfert de "propriété"¹⁵ au créan-

11. John H. CRABB, *Le système juridique anglo-américain*, Publications de l'Université de Kinshasa, Paris, Béatrice-Nauwelaerts, 1972, 70.

12. RUDD, *op. cit. supra*, note 9, 27.

13. DAVID, *op. cit. supra*, note 2, 64.

14. Nous reviendrons dans notre second point sur cette notion d'*Equitable estate* que nous tâcherons alors de cerner de plus près.

15. Si, à ses origines, le transfert réalisé par le *Mortgage at common law* englobait une propriété recoupant notre notion de propriété, il est bien clair, cependant,

cier avec, en faveur du débiteur, une clause de rétrocession ou d'annulation du transport sur paiement ponctuel. Ce transfert de "propriété" constitue d'ailleurs un caractère essentiel de ce *mortgage*¹⁶.

Qu'il nous suffise de mentionner quelques prérogatives du créancier pour nous convaincre de la force des droits que ce *mortgage* lui réserve. Si le débiteur-emprunteur fait défaut de rembourser son emprunt à la date convenue, il perd automatiquement et définitivement le bénéfice de sa clause de rétrocession ou d'annulation et le créancier demeure propriétaire irrévocable et absolu de l'immeuble donné en garantie¹⁷. Une autre conséquence ne manquant pas non plus de signification et reconnue encore de nos jours¹⁸ est celle reconnaissant au créancier d'un *mortgage* le droit de revendiquer la possession de l'immeuble à titre de propriétaire (*having a freehold interest in the land*) afin de percevoir les fruits et revenus qui en proviennent. Le droit accordé au créancier de retenir les améliorations faites à la propriété par le débiteur demeuré en possession¹⁹ se révèle tout aussi significatif.

Ces droits aux améliorations, à la possession et surtout au titre absolu de la propriété que la *common law* accorde au détenteur d'un *mortgage*, démontrent amplement l'existence d'un transfert de "propriété"²⁰. D'ailleurs, l'effort déployé par la Cour de la Chancellerie pour éviter le dépouillement du débiteur démontrera hors de tout doute qu'il y avait effectivement un transfert de "propriété" trop préjudiciable aux intérêts du débiteur.

Le *legal mortgage in Equity* allait rétablir l'équilibre des forces entre les parties²¹. Bien que dans le système de *common law* la volonté des parties constituait leur propre loi et que le défaut de l'emprunteur accordait un titre absolu au créancier, la Cour de la Chancellerie, dans

que l'objet du transfert sera diminué au fur et à mesure des interventions des tribunaux d'*Equity*, tant et si bien qu'il devient impropre d'employer l'expression transfert de propriété au sens du droit civil. Les guillemets utilisés veulent rappeler cette réalité.

16. John Delatre FALCONBRIDGE, *The Law of Mortgages of Land*, 3^e éd., Toronto, Canada Law Book Company, 1942, 13.

17. *Ibid.*

18. *Cundiff v. Fitzsimmons*, (1911) 1 K.B. 513.

19. *In re Kitchin v. Punnett*, (1880) 16 Ch. D. 226, 236.

20. C'est à dessein que nous insistons sur ces attributs spécifiques du *mortgage at common law* complètement étrangers à notre hypothèque de droit civil.

21. Il s'agit ici du *Mortgage* de la *common law* mais soumis au contrôle des tribunaux d'*Equity*. À distinguer de l'*Equitable mortgage* dont nous traiterons ultérieurement.

un esprit de protection et d'équité pour l'emprunteur, intervint pour modifier ces ententes librement consenties. Partant du fait que le *mortgage* est avant tout une garantie, elle insistera beaucoup plus sur le droit du créancier d'être remboursé que sur son droit de devenir propriétaire.

Partant de ce principe, la Cour de la Chancellerie permit au débiteur d'effectuer son paiement et de reprendre sa propriété bien que le délai stipulé au contrat soit révolu. En d'autres mots, et selon l'interprétation même qu'en fait un jugement récent²², la Cour accorde au débiteur un droit de reprendre sa propriété (*equitable right to redeem*) bien que son droit contractuel soit anéanti par son défaut.

Ne pouvant aller carrément contre le système de la *common law*, le processus suivi par la Cour de la Chancellerie est encore ici le même, soit le *decree in personam*. Comme toujours, la Cour respecte la position légale du créancier. En *Equity* aussi bien qu'en vertu de la *common law*, le créancier devient propriétaire absolu sur défaut de paiement du débiteur, mais la Cour, par son décret, forcera le créancier à rétrocéder l'immeuble au débiteur désireux de rembourser²³.

Parce que sa préoccupation première était toujours de parvenir à un équilibre de justice, la Cour de la Chancellerie ne tarda pas à accorder au créancier, toujours susceptible de se faire retraire l'immeuble, un décret de *Foreclosure*, i.e. un ordre de la Cour forçant le débiteur à exercer son droit de reprendre dans un délai raisonnable, faute de quoi la déchéance de son droit serait prononcée²⁴.

Il n'en demeure pas moins cependant qu'avec les années cet *equitable right to redeem* en vint à être attaché à tout *mortgage*. La Cour de la Chancellerie, à moins de *Foreclosure*, le sanctionnait toujours, tant et si bien d'ailleurs que si la Cour de Westminster accordait invariablement le *legal title* au créancier, la Cour de la Chancellerie ne manquait pas de reconnaître au débiteur son droit de retraire, qualifié d'*equitable title*.

Encore ici donc, aussi bien que pour les *Uses* et les *Trusts*, la propriété se retrouvait dédoublée du fait de la coexistence de juridictions différentes.

22. *Kreglinger v. New Patagonia Meat & Cold storage*, (1914) A.C. 25.

23. FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 34.

24. *How v. Vignes*, (1628-29) 1 Rep. in ch. 32, cité par FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 36.

b) La continuité assurée

Désireux d'approfondir le droit de la propriété et, partant, le domaine connexe des sûretés, le civiliste a comme réflexe inné de revenir aux sources en opérant un retour aux principes du droit romain. N'y est-il pas d'ailleurs invité par les expressions latines employées par le Chancelier lui-même? Plus encore, la technique interventionniste du Chancelier ne rejoint-elle pas le processus analogue de développement du droit romain soumis aux interdits du préteur? Ce retour aux principes du droit romain semble pourtant devoir être écarté, du moins quant au fond, si l'on en croit plusieurs commentateurs.

René David ne nous affirme-t-il pas que, dû à des circonstances historiques particulières, telle la brièveté de l'occupation romaine et la conversion tardive des barbares au christianisme, l'Angleterre n'a pas été soumise de façon appréciable à l'influence du droit romain, laquelle aurait disparu sans laisser de trace au moment des invasions barbares²⁵. Lawson, tout en concédant qu'il y a eu, en Angleterre comme sur le continent, une certaine renaissance des études du droit romain, s'empresse de souligner que le phénomène, parce que restreint aux facultés de droit, n'a pas atteint le développement du droit anglais, les membres des facultés de droit ayant exercé bien peu d'influence²⁶. Rudd, pour sa part, nous mettra en garde contre certaines expressions latines qui, prises à la lettre, peuvent induire en erreur²⁷.

Clerc de formation, du moins à l'origine, il paraît plausible que le Chancelier se soit inspiré du droit romain précédant la refonte de Justinien, du moins quant à la forme et aux procédés d'intervention. Quant au fond, sa marge de manoeuvre s'est certainement trouvée réduite par une Église qui s'opposait résolument à l'introduction du droit romain et en prohibait même l'enseignement. Il serait pour le moins surprenant que le droit romain ait pu être introduit par l'institution même, la Cour de la Chancellerie, qui, par la fragmentation des droits, développait une complète incompatibilité avec l'unicité retrouvée de ce droit.

Cette résistance au droit romain n'est sans doute pas étrangère aux réticences entretenues devant les demandes de codification et de réforme du droit, auxquelles d'ailleurs on songeait avant même que la France passe à l'action après la Révolution.

25. DAVID, *op. cit. supra*, note 2, 16.

26. LAWSON, *loc. cit. supra*, note 1, 23.

27. RUDD, *op. cit. supra*, note 9, 19.

Objet d'efforts continus de conceptualisation et de synthèse, les droits romains et français pouvaient accepter avec profit les contraintes d'une codification. Le droit anglais, essentiellement empirique, et, comme nous le soulignait Lawson²⁸, coupé de l'apport conceptuel que pouvaient fournir les membres des facultés de droit, pouvait-il se lancer dans pareille aventure sans risquer de sacrifier précisément ce caractère de souplesse et d'adaptabilité qui lui avait permis d'atteindre un équilibre enviable? Dispersées parmi les différents cas d'espèces, bon nombre de règles de droit risquaient de se voir oubliées et d'entraîner ainsi un déséquilibre peu souhaitable. Quant à s'inspirer du droit continental pour procéder à la codification, l'idée n'emballait aucunement les juristes anglais, et ce, d'autant moins que la rigidité du droit civil codifié se présente à eux comme fort décevante²⁹.

Admettons-le, l'éclatement occasionné par la Révolution française n'avait rien de particulièrement invitant à l'imitation. Le joug de la féodalité, l'une des causes de cet éclatement en France, n'avait-il pas été en partie amoindri en Angleterre par la souplesse du droit dont la reconnaissance de la technique des *Uses* constitue un bel exemple? De codification il n'y aura pas, et la réforme sera marquée du sceau de la prudence.

Procédural dans son élaboration par la technique du *Writ*, le droit anglais verra sa réforme réduite en quelque sorte à sa procédure, à l'administration même de la justice. Nous venons de le voir, les juristes anglais n'étaient pas nécessairement aussi mécontents que l'on pourrait le penser des règles de droit développées depuis le XI^e siècle. Par contre, la multiplicité des tribunaux, due à la double juridiction de la *common law* et de l'*Equity*, se faisait de plus en plus encombrante.

Ce sera donc essentiellement une réforme des tribunaux que les *Judicature Acts* de 1873 et 1875 décréteront: une seule hiérarchie de tribunaux ayant à son sommet la Chambre des Lords rendra dorénavant justice dans le royaume, la base étant constituée des différentes divisions de la *High Court of Justice*, chacune de ces divisions se retrouvant unifiée par un seul tribunal d'appel, la *Court of Appeal*.

Il est cependant de la toute première importance de souligner que cette unification des juridictions s'est réalisée sans la moindre abrogation soit des règles de la *common law*, soit des principes de l'*Equity*. Ces règles et ces principes, maintenant clairement établis, seront tout simplement appliqués par le même juge siégeant à la fois *at law* et en

28. LAWSON, *loc. cit. supra*, note 23.

29. *Id.*, 139.

Equity. C'est ainsi que, quant au fond, les règles demeurent les mêmes et que l'*equitable title* aussi bien que le *legal title* continuent d'entraîner les mêmes conséquences juridiques qu'avant la réforme, le dédoublement de la propriété demeurant une réalité intrigante, et cela, même aujourd'hui.

Traditionnaliste et peu portée à se couper de son passé, l'Angleterre se maintenait ainsi dans la continuité et le pragmatisme qui jusque-là l'avaient si bien servie.

B. La réalité sous-jacente à ce dédoublement

Que la *common law* attribue une propriété dite *legal estate* à celui qui transporte son fonds de terre à des tiers en s'en réservant les profits lors d'un *Use* ou d'un *Trust*, ou qu'elle accorde le *legal title* au créancier à qui le débiteur transfère son immeuble, voilà qui ne surprend pas outre mesure le civiliste tout de même familier avec sa fidéicommissaire ou sa vente à réméré. Mais que l'*Equity* reconnaisse, dans les mêmes circonstances, une propriété dite *equitable* à celui qui apparaît comme s'étant effectivement dépouillé de la "propriété", voilà qui risque peut-être de le confondre. Pour un civiliste, cela est évident, l'apparente difficulté se doit d'être tranchée. Mais pour un juriste anglais, comme nous le verrons, elle est loin de présenter le même impact, l'esprit même du droit anglais se refusant à la conceptualisation.

a) "Equitable title": réalité ou subtilité de langage?

Nous l'avons vu précédemment, la régularité de la reconnaissance du droit de retrait accordé par la Chancery au débiteur a eu tôt fait de transformer ce droit en un titre de "propriété", si bien que devant cette Cour le débiteur était considéré comme le propriétaire. C'est du moins l'opinion de Holdsworth³⁰.

Trop de commentateurs, croyons-nous, s'en sont tenu à cette affirmation. Nous avons donc cru bon de la contrôler d'abord par référence à quelques arrêts des tribunaux, puis auprès des auteurs.

Dans *Casborn v. Scarfe*³¹, Lord Hardwicke est des plus catégo-

30. "The result had been to make the mortgagor's equity to redeem a right of property. He had an equitable estate in the land and, subject to the legal rights of the mortgagee, was, in equity, regarded as its owner." William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 2^e éd., London, Sweet and Maxwell, 1937, t. 6, 663.

31. "An equity of redemption has always been considered as an estate in the land... The person, therefore, entitled to the equity of redemption is considered as the owner of the land." *Casborn v. Scarfe*, (1738) 1 Atk. 603, 605, cité par FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 51.

riques quant à l'existence d'une propriété dans le fonds en vertu de ce droit de retraire et reconnaît le débiteur comme propriétaire. Au même effet, d'ailleurs, cette opinion de Lord Nottingham³² affirmant que de toute évidence ce droit de retraire est une propriété dans l'immeuble. Ces opinions ont sans doute permis l'affirmation précédente de Holdsworth.

Sir James Bacon, par contre, d'une façon beaucoup plus nuancée, dans l'arrêt *Paget v. Ede*³³, y voit un droit reconnu par le tribunal, mais se refuse carrément à voir autre chose qu'une figure de style dans le qualificatif de propriété que l'on accole à ce droit de retraire du débiteur. Cette position de Sir Bacon nous paraît d'autant plus intéressante qu'elle jouit d'un recul de près de deux siècles sur les opinions précédentes de Lord Hardwicke et de Lord Nottingham.

C'est en fait vers les années 30 (1930) que le débat refit surface. Voulant contredire le professeur Brunyate, lequel soutenait qu'il s'agissait tout au plus d'un droit personnel, Holdsworth refuse de modifier son opinion et affirme encore plus catégoriquement que l'opinion de ce dernier est absurde³⁴.

Plucknett, un peu comme le faisait Sir James Bacon, se refuse aux solutions sans nuance, et, après avoir insinué que les faibles raisonnements des théoriciens s'étaient perdus dans les profonds ravins qu'ils avaient eux-mêmes creusés, il se voit obligé de supposer l'existence d'une sorte d'abstraction dans laquelle il est possible de créer des propriétés³⁵. Point n'est besoin ici d'insister pour démontrer que Plucknett ne s'est pas préoccupé outre mesure du problème de qualification qui se présentait.

Devant autant d'ambiguïté, Fordham ne peut s'empêcher d'affirmer que la question de savoir si Lord Hardwicke concevait l'intérêt du

32. "Obviously, the equity of redemption is an estate in the land." *Thournborough v. Baker*, (1675) 3 Swanst 628, 631, cité par FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 48.

33. "The deed is executed, the legal estate passes to the mortgagee, ... Then what remains? The equity of redemption. It is said that that is an estate. But it is by a figure of speech only that it can be called an estate... and in my opinion it is a mis-application of terms to call an equity of redemption an estate in the proper technical legal sense. That it is a right is beyond all doubt — a right which may be enforced in this court..." *Paget v. Ede*, (1874) L.R. 18, Eq. 118, cité par FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 51.

34. W. HOLDSWORTH, "Maintland Reissued", (1937) *Yale L.J.* 801, 808.

35. Théodore PLUCKNETT, "The Equity of Redemption", (1932) 45 *Harv. L.R.* 1279, 1280.

débiteur comme une véritable propriété dans l'immeuble ou comme une abstraction quelconque, est beaucoup trop éloignée de notre planète pour être de quelque utilité³⁶.

Un peu dans le même sens, Falconbridge³⁷, après avoir convenu que certains y voient une propriété, souligne qu'il ne peut s'agir que d'une propriété d'une espèce particulière, et, qu'alors point n'est besoin de chercher à la nier. L'auteur poursuit ensuite en précisant que, sur le plan pratique, le débiteur détient, avant défaut, le droit à une rétrocession sur paiement ponctuel, et après défaut, le droit de racheter permettant d'obtenir une rétrocession³⁸!

Décevante, concluons-nous cette attitude des juristes anglais peu soucieux de vider une discussion nous apparaissant pourtant fondamentale. Pour un civiliste, certes; mais pour un juriste anglais, absolument pas. Nous touchons d'ailleurs ici l'un des traits les plus essentiels du droit anglais et qui ne cesse de nous dérouter.

b) L'esprit du droit anglais

Droit procédural, élaboré à la suite de cas d'espèces fournis par les besoins de la pratique journalière, le droit anglais est avant tout un droit en action. Si Maine a affirmé que le droit anglais avait été sécrété dans les interstices de la procédure³⁹, tous les historiens s'entendent pour affirmer que les actions ont précédé les droits.

Il est peu utile pour le sujet de droit anglais de savoir s'il est propriétaire ou pas, puisque ce titre *in se* ne génère pas nécessairement de recours. Il se doit plutôt de rechercher s'il existe un *Writ* prévoyant la protection de la situation factuelle dans laquelle il se trouve. C'est ainsi qu'issu de la pratique, le droit anglais n'a jamais été soumis à un effort sérieux de conceptualisation et que certains concepts pourtant fondamentaux en droit civil n'ont jamais été précisés en droit anglais. La notion de propriété est un de ces concepts.

Geldart nous affirmera sans ambage qu'il n'y a probablement rien de plus difficile que de donner une définition du mot propriété⁴⁰. Lawson écrira, aussi récemment qu'en 1975, qu'il est possible et peut-être souhaitable d'écrire tout un traité sur le droit anglais sans définir ou même mentionner le concept juridique de "*ownership*". Blackstone,

36. Jefferson FORDHAM, "The Equity of Redemption", (1932) 7 *Tulane L.R.* 150.

37. FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 52.

38. *Id.*, 50.

39. DAVID, *op. cit. supra*, note 2, 211.

40. GELDART, *op. cit. supra*, note 7, 89.

comme il nous l'affirme, a réussi "l'exploit" et ce pour la simple raison que le droit anglais n'a jamais eu de théorie de la propriété⁴¹.

Ownership, property, estate, title, voilà autant de mots employés l'un pour l'autre inconsidérément⁴², de l'aveu même de Lawson⁴³, et qui démontrent bien que la notion de propriété en est une sans contenu fixe⁴⁴.

S'il est permis d'être songeur devant un esprit si différent du nôtre, il n'en faut pas moins cerner la réalité du *Mortgage* de très près et vérifier les résultats concrets du souci d'équilibre et d'équité ayant présidé à l'élaboration de ce système ambivalent.

2. Conséquences de ce dédoublement

Notre premier point, centré sur l'évolution du droit anglais, a permis de saisir le rôle primordial, pour ne pas dire exclusif, des tribunaux dans l'élaboration du droit. Par le truchement du *Mortgage*, nous voudrions maintenant, suivant en cela un peu l'attitude des juristes anglais, voir ce droit à l'oeuvre dans ses applications concrètes et tel que perçu par les utilisateurs.

A. Les tribunaux et la règle de droit

Peut-on même songer au principe de la séparation des pouvoirs en Angleterre durant la période de formation du droit? Le dédoublement de juridiction ayant pour origine le pouvoir de justice du roi indique bien la totale confusion des pouvoirs. Sous le couvert d'un profond respect pour les règles de la *common law*, il n'en demeure pas moins

41. LAWSON, *loc. cit. supra*, note 1, 24.

42. Inutile de dire que l'imprécision de ces mots en droit anglais rend toute comparaison avec le droit civil très ardue. Nous verrons cependant, lors de notre étude sur la protection tant du débiteur que du créancier, que ces termes, si imprécis qu'ils soient, recouvrent une réalité que l'on aurait tort de ne pas signaler (voir *infra*, page 31).

43. LAWSON, *loc. cit. supra*, note 1, 26.

44. Aux États-Unis, désireux de faire le point, une Commission a été formée et remettait son rapport en 1936 sous le titre: *Restatement of the Law of Property*, American Law Institute, 1936, St-Paul. Le mot *property* est circonscrit comme suit: "The word "property" is used in this Restatement to denote legal relations between persons with respect to a thing... Legal relations between persons can be of widely differing types. Clarity of thought and exactness of expression require the analysis and subdivision of legal relations into types having different significances..." et ensuite dans deux volumes de ce *Restatement* nous assistons à autant de fluctuations de la propriété qu'il y a de relations juridiques possibles... Nous saisissons peut-être ici davantage le pourquoi du refus de codification que les anglais se sont imposés.

que la Cour de la Chancellerie permet de contourner cette même *common law*. La reconnaissance du droit de *cestui que use*, autorisant un accroc important aux droits du seigneur, en est certes un exemple frappant. Le prétexte du cas d'espèce n'est d'ailleurs pas beaucoup plus convainquant si l'on considère que la régularité des décisions dans le même sens et l'influence du précédent transforment les cas d'espèces en règle de droit, comme ce fut le cas, entre autres, du *right to redeem*. Dans ce sens, la Cour n'est pas soumise de façon stricte à la règle de droit; elle peut même parvenir à la créer.

a) La protection du créancier

Il ne fait pas de doute que la protection du créancier est des mieux assurées par le transfert de "propriété" que comporte nécessairement le *mortgage at law* avec ses droits à la possession, aux fruits, aux impenses et éventuellement à un titre de propriété définitif⁴⁵.

En plus de son recours en remboursement sur la base de la convention, le créancier, aux prises avec un débiteur qui abuse du *right to redeem* en retardant indûment le remboursement, dispose de l'action *for Foreclosure* par laquelle le *right to redeem* sera déclaré forclos et le créancier propriétaire définitif⁴⁶. Contrepoids du *right to redeem*, cette action, en permettant de mettre fin à l'incertitude où se retrouvait le créancier, illustre bien le souci d'équilibre dont a toujours fait preuve le droit anglais.

L'action en possession, conséquence directe du transfert du *legal estate*, offre au créancier la possibilité d'entrer en possession de l'immeuble et d'assurer ainsi, par la perception des fruits et revenus, des entrées de fonds nécessaires à la couverture tant du loyer de l'argent qu'à l'amortissement du capital investi⁴⁷.

Une action autorisant la vente du bien est également ouverte au créancier. Il importe ici de bien distinguer la vente ainsi autorisée de la vente en justice du Code civil. En droit anglais, sujet à l'approbation d'un officier public, le *Master*, la vente peut être faite aussi bien par contrat privé que par enchères publiques⁴⁸. Nous verrons ultérieurement que le "Pouvoir de vendre" statutaire assouplira encore cette procédure.

45. Voir *supra*, page 10.

46. FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 411.

47. *Id.*, 371.

48. *Id.*, 482.

Multiplés et évitant le couloir étroit de la seule vente en justice, les recours du créancier ne nous paraissent pas pour autant exagérés. Une judicieuse organisation de ces recours permet d'ailleurs une protection plus adéquate: la perception des fruits et revenus par l'action en possession permettra, par exemple, l'attente d'un moment plus propice à la vente, ce qui, comme nous le verrons, ne sera pas à l'avantage exclusif du créancier.

Mis au pas par l'*Equity*, le *mortgage* s'est depuis révélé l'instrument de crédit par excellence. Il est intéressant de constater que le transfert de propriété opéré (*legal estate*) n'a plus jamais été contesté, alors que le droit civil, pour sa part, pourchassera au cours des siècles, son propre mort-gage, son réméré, et, depuis les quarante (40) dernières années au Québec, le transfert de propriété contenu dans la clause de dation en paiement.

La protection accordée au débiteur lui-même nous apparaît avoir été la sauvegarde du créancier: le *right to redeem* justifie le transfert du *legal estate* et la conservation de recours appropriés au service du créancier.

b) La protection du débiteur

La convention consentie par le débiteur en faveur du créancier, en transférant dans un premier temps la propriété, et en ouvrant, dans un deuxième temps, le droit à la rétrocession, risquait de ne pas tenir compte de circonstances imprévisibles dans lesquelles pouvait se retrouver le débiteur prisonnier d'un terme amovible. Nous connaissons tous suffisamment l'impact de la clause de dation en paiement pour apprécier à leur juste valeur les inconvénients de la formule.

Aussi, l'intervention de l'*Equity* ne peut que nous apparaître des plus souhaitables. Le droit de redevenir propriétaire de son immeuble sur remboursement des sommes dues, et ce, même après délai, constitue une protection que la faiblesse même du débiteur ne permettait pas de prévoir conventionnellement.

La protection accordée se révélera encore plus complète que, de prime abord, l'on serait porté à le croire. En accordant un *equitable title*, la Cour garantissait plus qu'un simple droit. En déclarant que l'*Equity of redemption* avait toujours été considéré "*as an estate in the land*", Lord Hardwicke⁴⁹ étendait la couverture de la protection.

Notre intention n'est pas de recommencer ici la discussion des juristes anglais sur le contenu de la notion de propriété. Incapables, ou

49. Voir *supra*, note 31.

plutôt peu ou pas motivés par un effort de conceptualisation, ils nous étaient apparus comme assez décevants⁵⁰. Et pourtant les mots cachent ici une réalité qu'il faut souligner. Si le mot "*estate*" ne présente pas de contenu fixe il n'en demeure pas moins un vocable générateur de conséquences importantes.

Décrivant l'intérêt de celui qui bénéficie d'un *equitable estate*, Lawson explique que, d'une part, le terme *equitable* indique qu'il s'agit d'un droit sanctionné par les tribunaux d'*Equity*, et que, d'autre part, le terme *estate* indique qu'il s'agit d'un droit susceptible de subir les mêmes fragmentations dans le temps que le *legal estate* lui-même⁵¹.

Le débiteur, en possession de l'*equitable estate*, n'est donc pas, pour toute la durée du prêt, aussi dépouillé que pouvait le laisser croire le transfert de la propriété. Il lui sera donc loisible de profiter de l'équité⁵² de son immeuble et d'emprunter à nouveau en transportant en garantie son *equitable estate* (son *right to redeem*) qui constituera un *equitable mortgage* entre les mains de ce second créancier.

La "denrée" qu'il offre n'est pas d'ailleurs dépourvue de tout attrait.

D'abord, précisons que l'*equitable mortgage* est loin d'être un instrument de crédit rare. Tout *mortgage* avec vice de forme devient un *equitable mortgage*. La promesse de consentir un *legal mortgage* entre également sous ce vocable. On retrouvera également dans cette classification le *mortgage* d'un intérêt futur ou encore la charge flottante (*floating charge*) consentie dans les actes de fiducie.

Ajoutons à cela que le créancier détenteur d'un *equitable mortgage* peut se voir accorder une action en possession visant à la perception des fruits, si son action n'est pas dirigée contre le détenteur du *legal estate*⁵³. Si l'action en possession ne peut lui être accordée, le droit statutaire lui accordera le droit de faire nommer un administrateur, *Receiver*, lequel verra à l'administration du bien en question et à la protection de ses intérêts.

Le droit à un jugement ordonnant la vente est également ouvert à l'*equitable mortgage* qui pourra procéder à la vente, non pas de

50. Voir *supra*, page 16.

51. LAWSON, *loc. cit. supra*, note 1, 30.

52. Comprendre ici la différence entre la valeur de l'immeuble et le montant du premier *mortgage*.

53. FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 377.

l'immeuble, mais de l'intérêt qu'il détient, par exemple, le *right to redeem* lui-même⁵⁴.

Terminons cet exposé sur la valeur certaine de l'*equitable estate* en précisant qu'un défendeur, débiteur principal ou détenteur d'un *equitable mortgage*, peut faire changer l'action *for Foreclosure* du créancier détenteur du *legal estate* en un jugement autorisant plutôt la vente du bien de telle sorte que ses intérêts soient protégés⁵⁵.

À travers la réalité palpable des recours qu'implique la classification comme "*estate*" du *right to redeem*, il nous a sans doute été permis de cerner de plus près l'existence du "dédoublement de la propriété".

Véritable propriété ou pas, comme concluraient probablement les juristes anglais, il n'en demeure pas moins que la protection "équitable" accordée à l'une des parties justifie à elle seule une protection tout aussi "équitable" pour l'autre partie.

B. Le rôle du législateur

Bien servi par cette dualité de juridiction des tribunaux permettant d'évoluer et de progresser au rythme des besoins, et sans doute aussi voué à la prudence par le traditionalisme des sujets de droit, le législateur ne pouvait que se montrer circonspect dans ses interventions en droit privé. La réforme des *Judicature Acts* illustre bien son souci d'agir au plan des structures plutôt qu'au niveau du droit substantif. Il allègera la lourdeur de ce double appareil judiciaire tout en permettant au justiciable de se faire entendre en vertu des principes de l'un ou de l'autre système.

Les deux interventions sur lesquelles nous voudrions attirer ici l'attention s'inscrivent d'ailleurs dans cette voie de l'assouplissement du règlement des conflits.

a) Le "Receivership" du droit statutaire

L'action en possession ne pouvant être dirigée contre le détenteur du *legal estate*, la protection du créancier ne détenant qu'un *equitable mortgage* risquait de se voir réduite à l'action pour vendre, compte tenu du fait que, non détenteur du *legal estate*, il ne saurait bénéficier de l'action *for Foreclosure*. Que l'on se rappelle seulement que la charge flottante entre dans la catégorie de l'*equitable mortgage* et que ce mode de financement important pour l'entreprise a existé en droit anglais bien avant que l'on songe à le reconnaître au Québec⁵⁶, et nous aurons

54. *Id.*, 506.

55. *Id.*, 478.

56. *Loi des pouvoirs spéciaux de certaines corporations*, S.R.Q. 1964, c. 275.

une juste idée de la lacune que le législateur se devait de combler par la possibilité de nomination d'un *Receiver* par le tribunal.

Officier public lorsqu'il est nommé par la Cour, le *Receiver* est en quelque sorte un administrateur qui verra à la perception des fruits et revenus qui permettront au créancier, comme dans le cas de l'action en possession, de voir se continuer les entrées de fonds⁵⁷.

b) Le pouvoir statutaire de vendre

Le monde des affaires en étant un essentiellement pratique et imbu de l'importance du facteur temps a eu tôt fait de déplorer les lourdeurs de l'appareil judiciaire à mettre en branle par les inéluctables demandes en justice.

Le législateur, tout en protégeant le débiteur par des exigences formelles de préavis d'au moins soixante jours, accorda le droit au créancier de procéder à la vente de l'intérêt de son débiteur en défaut d'au moins quatre mois dans ses versements de capital et d'au moins six dans ses versements d'intérêts⁵⁸.

Nous l'avons vu précédemment, l'action entraînant le droit de vendre, pouvait, moyennant l'autorisation du *Master*, être faite privément. L'assouplissement apporté ici est quand même d'importance puisqu'il n'y a pas lieu à procéder par action, et que la vente peut être faite privément sans nécessité d'obtenir quelque autorisation que ce soit.

Marqué du sceau de la continuité, tant par le pragmatisme de son élaboration que par la prudence de sa réforme, le droit anglais a su minimiser l'inconvénient de l'absence de conceptualisation grâce à un remarquable équilibre des forces, assuré par la souplesse à laquelle devait nécessairement aboutir un droit en perpétuel devenir et soucieux de l'équité.

Notre droit civil, essentiellement basé sur le consensualisme et la sécurité des contrats, a-t-il su organiser des mécanismes aussi souples et aussi facilement adaptables à des circonstances particulières nécessairement variables? C'est ce que nous verrons dans notre seconde partie.

57. FALCONBRIDGE, *op. cit. supra*, note 16, 713.

58. *Id.*, 664.

DEUXIÈME PARTIE

LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ COMME GARANTIE DES OBLIGATIONS EN DROIT CIVIL

S'il ne nous a pas été permis au cours de notre première partie de réussir à accrocher une étiquette civiliste à la réalité sous-jacente au "dédoubllement de la propriété" de la *common law*, il nous a cependant été donné de constater que, grâce à l'apport de la Cour de la Chancellerie, tout un système de règles parallèles à la loi (*at law*) et ayant pour but l'équité s'était développé.

Comme le droit civil n'a pas connu ce développement historique qui a apporté à la *common law* la confrontation de deux juridictions poursuivant des fins différentes, il y a certainement lieu de nous interroger sur l'élaboration et le contenu de ce que le juge Rinfret appelle notre "propriété unique"⁵⁹.

En traitant de la propriété en *common law* force nous a été de mettre l'accent sur l'étude du *Mortgage*. Afin de mieux faire ressortir le parallélisme des institutions, les répercussions de la "propriété unique" de notre droit seront étudiées principalement en regard de notre hypothèque. Il nous sera alors possible de constater que, même si le législateur québécois emploie lui-même l'expression *Mortgage*⁶⁰, la force de garantie qu'elle assure n'a pas de commune mesure avec l'hypothèque.

À cette fin, dans un premier point, après une brève revue des contraintes historiques, nous tâcherons de dégager le fait que l'insuffisance de la protection accordée est la cause première du rôle supplétif exagéré tenu par la convention des parties. Dans un second point, nous verrons que notre conception du pouvoir judiciaire exige que le législateur joue le rôle que la Cour de la Chancellerie a joué en droit anglais.

1. Le dédoubllement de la propriété en droit civil

De prime abord, l'expression même de "dédoubllement de la propriété", dont nous coiffons cette partie réservée au droit civil, risque de surprendre les civilistes d'aujourd'hui, beaucoup plus familiers avec le caractère unitaire de notre propriété. Après avoir vu l'effritement complet de la notion de propriété de la *common law* sous les pressions

59. *Laliberté v. Larue*, (1931) S.C.R. 7.

60. *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. 1977, c. P-16, articles 22, 23, 24, 25.

de contraintes sociales et économiques, il est pourtant facile de s'imaginer que, tout au moins, des pressions analogues ont dû se faire sentir à différentes époques de l'évolution du droit civil.

A. Historique de ce dédoublement

En droit anglais, nous l'avons vu, le maintien pendant près d'un millénaire de la justice parallèle des tribunaux d'*Equity* a permis d'assurer à long terme le cheminement du dédoublement de la propriété. Le droit civil français n'offre pas le même genre de continuité historique: ce n'est donc pas dans la reconnaissance officielle et ininterrompue d'un organisme judiciaire qu'il faut rechercher ce dédoublement, mais bien plutôt dans l'effort constant de "soumettre" la règle de droit aux impératifs sociaux et économiques.

a) L'évolution suivie

Il est bien évident qu'il ne saurait être question ici de refaire l'historique du passage de la propriété collective à la propriété privée. Impossible non plus d'approfondir et analyser d'innombrables "services", droits réels ou charges foncières, que ces droits aient leur source dans les différentes tenures, qu'ils soient les conséquences de l'organisation familiale, ou encore des vestiges d'anciennes propriétés collectives. Selon l'expression même de Gabriel Lepointe⁶¹, la "complexité infinie" de ce régime foncier naturellement variable au cours des âges, nous entraînerait certainement loin de notre propos.

La théorie du double domaine, parce que chapeautant pratiquement toute l'évolution du droit de la propriété, semble davantage devoir retenir notre attention, et ce d'autant plus qu'elle se présente comme une excellente illustration d'un dédoublement de la propriété reconnu dès le XIII^e siècle.

Dès l'époque franque, dans un but évident de sécurité, le petit propriétaire abandonne la propriété de son champ à son voisin plus puissant pour obtenir sa protection. Sa terre lui est ensuite rendue, parfois même agrandie, mais en vertu d'une concession, obtenue par prière, *precaria*, ou par bienfait, *beneficium*, et toujours grevée de charges diverses⁶².

Ce phénomène de l'abandon du sol en échange de la protection des puissants se produit également au niveau de la grande propriété,

61. Gabriel LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français*, Paris, Dalloz, 1958, 209.

62. Paul OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Les biens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, 126.

tant et si bien qu'une hiérarchie presque indéfinie de seigneurs et de vassaux en vient à constituer l'organisation même du système féodal.

De bénéfices viagers qu'elles étaient, ces concessions deviennent rapidement héréditaires avec le résultat heureux que la continuité d'occupation assure une meilleure mise en valeur du sol. D'un autre côté, les charges exigées aussi bien que l'hommage appartiennent toujours à la famille du concédant originaire ou à ses ayants cause.

Peu à peu on permit au vassal d'agir comme un *dominus* en lui accordant une action réelle, dite utile et copiée sur l'action *in rem* accordée par le préteur romain, dans le but de protéger le *dominium* qu'il possède⁶³. D'autre part, si la situation juridique soulevée mettait en cause les droits du seigneur, celui-ci, détenteur du *dominium* éminent, bénéficiait de l'action réelle directe.

C'est ainsi que la nécessité de protéger l'ordre social échafaudé a eu tôt fait de développer une structure juridique visant à protéger les intérêts propres à chacun tout en permettant la coexistence de jouissances diverses sur une même chose. Le *domaine direct*, reconnu au seigneur, permettra l'exercice de ses prérogatives: retrait féodal, commise, droits de mutation; le vassal, grâce au *domaine utile* qu'on lui attribue, verra confirmer ses droits d'user de la chose, d'en percevoir les fruits et de l'aliéner⁶⁴.

Est-il besoin d'insister sur le fait que cette simple énumération des droits rattachés au domaine utile dénote une influence certaine du droit romain et de sa notion de propriété, qui, si elle n'a jamais fait l'objet de définition exhaustive en droit romain, comprenait tout au moins le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*? Mais au-delà de cette influence, n'est-il pas surprenant de retrouver ces prérogatives de la propriété entre les mains d'un détenteur précaire et non entre celles du détenteur du domaine supérieur? En abandonnant son champ et en reconnaissant sa précarité par l'hommage, le propriétaire devenu vassal n'avait-il pas abandonné sa propriété?

C'est effectivement cette réalité juridique qui a permis à ce doublement de propriété de se perpétuer jusqu'à l'abolition du domaine direct par la révolution de 1789; avant cette date, les droits du détenteur du domaine utile ne pouvaient, en droit, épuiser ceux du domaine direct.

63. Élaborée dans le cadre du droit seigneurial, cette protection pouvait également jouer dans le cas des terres libres.

64. OURLIAC et DE MALAFOSSÉ, *op. cit. supra*, note 62, 146.

La confrontation de ces deux domaines de propriété ne laisse pas d'être révélatrice de la pression sociale exercée sur la règle de droit pure. Au XVIII^e siècle, le domaine direct apparaîtra même vidé de son contenu, la directe ne représentant tout au plus qu'une servitude sur la propriété du vassal. Pourtant, au XVI^e siècle encore, on admettait que le seigneur avait retenu la propriété⁶⁵. Défenseurs attirés du pouvoir royal, les juristes coutumiers se sont employés à dépouiller de leurs prérogatives les seigneurs, accentuant du même coup la tendance irréversible à la consolidation des droits de celui qui possède, défriche, cultive et exploite le bien.

Est-il besoin de souligner l'analogie frappante entre, d'une part, le rapport de forces ayant abouti à l'épuisement, puis à l'abolition du domaine direct en France, et d'autre part, le même rapport de forces qui a permis, en Angleterre, sensiblement durant la même époque, la confrontation de deux juridictions. Dans les deux cas, par des voies différentes, ne visait-on pas un meilleur équilibre? Ce même souci de soumettre la règle de droit à la réalité sociale ne préside-t-il pas d'ailleurs également au "dédoublement" de la propriété romaine par la juxtaposition de la propriété prétorienne à la propriété quiritaire et ce, jusqu'à Justinien?

En droit romain, protégé par les interdits du préteur et l'utilisation fictive de l'usucapion, le propriétaire bonitaire finit par acquérir la véritable propriété du droit civil⁶⁶. D'ailleurs, est-ce que, de façon générale, l'intervention du préteur n'aboutissait pas à accorder *de facto* l'équivalent de la propriété du droit civil? Aussi, sous Justinien, l'unification pourra se faire en douceur, le préteur ayant servi de tampon entre les situations de faits et le droit pur tout au cours des siècles. Le droit anglais, tout en affirmant la suprématie de la règle de droit (*at law*) sur l'équité (*equity*) maintient sans jamais abolir les droits et sanctions développés par la Cour de la Chancellerie: on procède à une réforme strictement procédurale laissant ainsi aux juges le soin d'appliquer la règle et le système de droit qui convient à l'espèce. En France, bien que progressivement vidée de son contenu, la directe représentait tout de même un droit "monnayable" et fort répandu: cette résistance de la règle de droit à la réalité sociale se traduira par la révolution. Taine n'a probablement pas complètement tort lorsqu'il voit essentiellement dans la révolution une "translation de propriété"⁶⁷.

65. Gaston MAY, *Éléments de droit romain*, 17^e éd., Paris, Librairie de la Société anonyme du Recueil Sirey, 1927, 253.

66. M. LEPOINTE, *Cours de droit romain*, Paris, Les cours de droit, 1948-49, 626.

67. OURLIAC et DE MALAFOSSÉ, *op. cit. supra*, note 62, 158.

Cette difficulté d'adaptation à la réalité sociale, en France, nous la retrouverons également dans l'élaboration du domaine des sûretés, élaboration qui parfois prend beaucoup plus l'allure d'une chasse aux sorcières que d'un droit ayant à oeuvrer dans le domaine économique.

Née en quelque sorte de l'abandon progressif du gage immobilier rendu inopérant par l'absence de procédure de saisie immobilière jusqu'au XVI^e siècle⁶⁸, l'hypothèque est calquée sur l'hypothèque romaine. Comme à Rome, elle constitue un droit réel autorisant le droit de suite et le droit d'être payé par préférence.

Le contexte cependant dans lequel cette institution a eu à évoluer ne pouvait qu'en restreindre l'utilisation et en gêner le développement. Si le législateur romain avait eu à limiter les abus des créanciers en imposant des contraintes au niveau des taux d'intérêts, il n'en demeure pas moins qu'il avait su se tenir loin d'une *favor debitoris* systématique, néfaste en définitive à celui qu'elle prétend protéger⁶⁹.

Sous l'influence des Pères de l'Église, des différents conciles et des théologiens, l'usure, ou plus exactement le simple fait de demander un intérêt, fut opposée à la charité chrétienne⁷⁰. Si Justinien avait su résister en portant même le taux d'intérêt à 33%, il n'en va pas de même des Carolingiens qui en viennent à sanctionner le délit d'usure. Le pouvoir royal, en particulier sous Saint-Louis, prendra à son compte les règles canoniques, si bien que l'usure sera punie et par la justice civile et par les cours d'Église. Non seulement l'usurier sera-t-il excommunié mais encore le simple fait de soutenir la légitimité de l'intérêt sera qualifié d'hérésie par le pape Clément V.

Basée sur des arguments aussi peu convaincants que "l'argent est stérile et ne fait pas de petits", ou que le prêteur qui reçoit un salaire sans travailler se voit "invité à la paresse", ou encore que le temps ne se vend pas "car il n'appartient qu'à Dieu"⁷¹, il est pour le moins surprenant que cette prohibition se soit perpétuée jusqu'à la révolution française. Seuls les multiples subterfuges utilisés pourront expliquer le maintien de cette prohibition.

Nous voyons mal l'hypothèque évoluer et prendre son essor dans un tel contexte. À la rigueur, on peut la voir comme une garantie efficace dans les cas visant à assurer la saine administration d'un tuteur

68. Paul OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, 350 et 353.

69. *Id.*, 235 et 335.

70. *Id.*, 243.

71. *Ibid.*

ou encore la restitution de la dot à la femme; mais comment peut-on la considérer comme un instrument de crédit assurant la protection de l'investissement alors que le prêt à intérêt est lui-même condamné?

L'ingéniosité des investisseurs à la recherche de garanties adéquates tout au long de cette période illustrera bien leur désintéressement à l'endroit de cette sûreté.

Le gage d'un immeuble, en vogue dès la période franque, parce qu'il permettait au créancier d'en user et d'en percevoir les fruits, avec la possibilité même d'y adjoindre un pacte comissoire, a eu tôt fait de se voir soupçonner d'usure. Il ne tarda pas à en être ainsi pour la vente à réméré qui lui succéda comme instrument de crédit⁷².

Le vif-gage, prêt gratuit, ne pouvait être retenu par les prêteurs à la recherche de la rentabilité. Le mort-gage, par contre, en permettant au prêteur de percevoir les revenus (équivalents des intérêts), prend alors de plus en plus d'importance: il constituait un moyen efficace pour les laïques et les abbayes de placer leurs capitaux, et ce d'autant plus qu'ils en prescrivait pratiquement toujours la propriété. La pratique du mort-gage ne tarda donc pas, elle aussi, à éveiller les soupçons: devant l'imputation obligatoire, dès le XII^e siècle, de tous les revenus d'un gage sur le capital, le prêteur ne savait plus que faire de cette institution qui d'ailleurs aura complètement disparue au XIII^e siècle.

Les plus fortunés parmi les prêteurs pourront alors se tourner vers la constitution de rente à titre onéreux, façon reconnue de retrouver les avantages du prêt à intérêt, et que les canonistes ont finalement acceptée vu l'impossibilité d'exiger le capital⁷³. Dans le sud de la France, on aura également recours au bail emphytéotique.

Pour les autres, des techniques moins astucieuses, et de ce fait plus susceptibles d'être découvertes, seront employées. Ce sera la double vente: vente à terme par le prêteur à l'emprunteur suivie d'une revente au comptant pour un prix inférieur. On y décèlera l'usure dans l'écart entre les prix stipulés. Il ne restera donc plus qu'à utiliser les contre-lettres occultes. Le maintien de cette règle juridique désuète qu'est la prohibition du prêt à intérêt pouvait-il d'ailleurs conduire à autre chose qu'à la clandestinité?

Quant à l'hypothèque, introduite à une époque où la fructification des capitaux est au ban de la société, il ne faut pas se surprendre du fait qu'elle ait été laissée pour compte par les prêteurs. Mais, privée de

72. *Id.*, 245.

73. LEPOINTE, *op. cit. supra*, note 61, 213.

l'apport quand même créatif des investisseurs, pourra-t-elle se transformer suffisamment pour répondre aux exigences du passage de la société terrienne à la société capitaliste?

b) La continuité rompue

Déjà nous avons eu l'occasion de mentionner les conséquences néfastes du maintien de règles de droit trop rigides face à des besoins sociaux et économiques qui ne peuvent s'en accommoder. Les ruptures occasionnées par le rejet brusque et émotif de législations périmées ne sont pas sans priver le droit du mûrissement nécessaire et que seule une patiente évolution peut assurer.

La révolution, en abolissant le domaine direct, en sabrant dans les droits féodaux, en proclamant que la propriété enfin libérée retrouvait toute la plénitude reconnue par les Romanistes, ne faisait-elle pas en un jour ce qui ne peut être absorbé que par des siècles?

Les distinctions que l'on croyait pourtant nécessaires en 1791 ne vont-elles pas être en bonne partie mises de côté par la Loi de la Convention du 17 juillet 1793? L'application de ces lois de la révolution non seulement occupera les tribunaux tout au long du XIX^e siècle mais fera l'objet de litiges encore en 1950. Insuffisamment préparés, bien plus psychologiquement que juridiquement, les juges tenteront de maintenir d'anciens droits en dépit des lois révolutionnaires⁷⁴. Comment ne pas conclure que l'absorption de la rupture a durement conditionné les siècles qui ont suivi la révolution?

Ce n'est pas par inadvertance que nous avons souligné précédemment la souplesse avec laquelle aussi bien le droit romain que le droit anglais avaient su faire évoluer leurs institutions: les mesures d'équité élaborées tant par le prêteur que par la Cour de la Chancellerie et qui avaient servi de soupapes à la règle de droit n'ont jamais eu à subir, quant au fond, l'abolition systématique.

Originellement, que représentait la théorie du double domaine sinon la protection de tous, vassaux et seigneurs. Le *modus vivendi* élaboré par ce "dédoublement" recoupait les préoccupations à l'origine des dédoublements du droit romain ou du droit anglais.

Par contre, la révolution, au nom de la justice sociale, en abolissant à toutes fins utiles les droits d'une partie de la population, n'a-t-elle pas du même coup abandonné son souci d'équité, cette ambivalence source d'équilibre? La pureté de sa notion de propriété libre et unifiée, soi-disant emprunt du droit romain, saura-t-elle faire preuve

74. OURLIAC et DE MALAFOSSÉ, *op. cit. supra*, note 62, 164.

de suffisamment de souplesse pour favoriser la protection des intérêts de tous?

Cette unicité, considérée *in se* comme une valeur et un attribut nécessaire, fera-t-elle oublier que la propriété romaine a d'abord su vivre et, au besoin, perdre de son éclat pour être un instrument de progrès? Rome a vécu ses règles de droit; la révolution définit le droit: il reste à le vivre.

Cette capacité de "vivre" des règles de droit empruntées et transportées artificiellement dans une société différente, il nous sera possible de la vérifier grâce à une analyse du comportement de l'hypothèque.

Emprunt déjà réalisé par les coutumes, l'hypothèque a vu son champ d'activité fortement limité par la prohibition du prêt à intérêt. Ce n'est effectivement que sous la Constituante, le 3 octobre 1789, que le prêt à intérêt est devenu légitime⁷⁵.

Nous l'avons vu, cette prohibition constitue un autre exemple du maintien à outrance de règles absolument inappropriées. La soudaine suppression d'une contrainte remontant aux Pères de l'Église ne s'inscrit certes pas dans l'esprit de continuité nécessaire à l'élaboration d'une règle de droit. Le moins que l'on puisse affirmer est que la libéralisation du prêt à intérêt va entraîner la possibilité d'une nouvelle vocation pour l'hypothèque, soit celle d'instrument de crédit au service des investisseurs.

Essentiellement, l'hypothèque, telle que reconnue par la Révolution et codifiée en 1804, constituait un droit réel accessoire se traduisant par un droit de suite et un droit d'être payé par préférence sur le produit de la vente en justice. Notre Code civil québécois à l'article 2016 présente l'hypothèque comme suit: "L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation en vertu duquel le créancier peut les faire vendre en quelques mains qu'ils soient, et être préféré sur le produit de la vente suivant l'ordre du temps, tel que fixé dans ce code".

Qu'il s'agisse de l'emprunt de l'*hypoteca* romaine ne fait aucun doute. Mais n'a-t-on pas retenu la rigidité de la coutume au risque de cantonner l'institution dans la sphère d'activité pré-révolutionnaire? Sur le plan pratique, la seule utilisation que peut en faire le créancier, le seul débouché qui s'offre à lui n'est-il pas le recours de la vente en justice? C'est, croyons-nous, bouleverser l'économie de l'hypothèque telle qu'elle existait en droit romain.

75. LEPOINTE, *op. cit. supra*, note 61, 290.

À Rome, grâce à l'interdit créé par le préteur Salvius, *interdictum Salvianum*, de même qu'à l'action réelle accordée par un autre préteur, *actio Serviana*, le créancier pouvait réclamer la possession des biens⁷⁶. Contrôlant ainsi les biens donnés en garantie, en percevant temporairement les revenus, quitte à les imputer à la dette, le créancier romain ne se trouvait-il pas dans une position plus avantageuse que notre créancier qui se voit obligé de déclencher un lourd processus judiciaire pour assurer la sauvegarde de ses intérêts?

Issue du gage, cette faculté de réclamer la possession des biens ne permettait, dans ses débuts, que leur rétention jusqu'au paiement de la dette. Cependant, en possession de biens ne produisant que peu, ou pas, de revenus, le créancier risquait de se voir privé, pour un temps indéfini, des capitaux investis et ce, sans aucune rentabilité. Aussi, le droit romain lui accorda-t-il la possibilité de vendre les biens détenus et de se payer sur le prix⁷⁷. Cette vente, pouvant être faite à l'amiable, risquait, il faut bien le reconnaître, de se faire au préjudice du débiteur ou des autres créanciers.

Suite logique de la "vente au marché", cette vente en justice, que nous retrouvons dans notre droit, est un emprunt à la coutume qui l'avait d'abord exigée pour le gage⁷⁸. Elle impose une contrainte que le droit romain n'avait pas retenue et que le droit anglais a su contourner par le compromis du *Master*.

Pour bien saisir cette contrainte, il importe peut-être de rappeler que le créancier romain, fort du droit de rétention des biens jusqu'à parfait paiement, était libre de choisir le moment le plus opportun pour procéder à la vente, liberté par ailleurs accentuée par l'assurance de la continuité de la perception des revenus. Dans notre système, lorsque le débiteur a cessé tout paiement, l'attente du moment favorable pour déclencher une vente en justice ne permet pas le maintien de cette entrée de fonds.

Il reste bien sûr la possibilité du pacte comissoire que pouvait s'aménager le créancier hypothécaire romain, la prohibition de tel pacte n'ayant été étendue à l'hypothèque que sous Constantin. Bien que des plus intéressantes pour le créancier, cette convention n'est, ni à Rome ni en droit civil moderne, de l'essence de l'hypothèque; il s'agit d'une convention accessoire dont nous aurons l'occasion de reparler plus loin.

76. MAY, *op. cit. supra*, note 65, 503.

77. *Id.*, 504.

78. OURLIAC et DE MALAFOSSÉ, *op. cit. supra*, note 68, 349.

Née du besoin de protéger le débiteur, la voie unique de la vente en justice, vu la lourdeur de l'appareil judiciaire à mettre en branle, risquait d'entraîner des imprévus et des délais que les "marchands de temps" ne pouvaient que tenter d'éviter.

Si la Révolution peut apparaître comme une brisure tant par l'abolition de la directe que par le "débridement" subit de la prohibition du prêt à intérêt, force nous sera d'admettre que les usagers des garanties réelles font preuve d'un sens de la continuité parfois embarrassant. Voilà ce que nous tâcherons de vérifier en droit québécois.

Les prêteurs, en effet, n'ont pas tardé à réaliser que la propriété si hautement louangée par la Révolution, constituait un rapport de droit plus efficace que le "démembrement" de propriété qu'est l'hypothèque. À l'instar de leurs ancêtres du Moyen-Âge pourchassés par la prohibition de l'usure, c'est d'abord vers le réméré que les créanciers se sont tournés pour obtenir le transfert de propriété recherché.

C'est ainsi, qu'au Québec, l'examineur de titres immobiliers a tôt fait de constater qu'avant le début du siècle, la vente à réméré connaissait une vogue certaine, laquelle cependant a subi un ralentissement non moins certain vers les années quarante. La nécessité de prolonger la période d'amortissement en matière de prêt immobilier, de même que les nouvelles exigences de l'avis de soixante jours imposées au réméré en 1938, ont eu un impact assez évident sur la décision des prêteurs de découvrir d'autres garanties.

Pour peu qu'ils aient eu l'occasion de lorgner chez le voisin, les créanciers n'ont pu que constater la multiplicité des recours offerts par le *mortgage* du droit anglais, translatif de la "propriété" et résultat du dédoublement de cette propriété. Restait à trouver les principes et la combinaison juridique permettant d'atteindre des résultats semblables.

Libérant la propriété, la Révolution avait aboli le double domaine; la libération du sol n'était cependant que la conséquence du principe moteur de la révolution: la liberté. Ainsi, Mirabeau, s'il affirme "qu'il est de l'essence de la propriété d'appartenir à un seul", n'en prônera pas moins "que la liberté est l'annexe inséparable de la propriété"⁷⁹. C'est ainsi que la Déclaration des Droits du 24 juin 1793 définira la propriété comme "le droit qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens...". Le Code civil français et ses premiers commentateurs vont renchérir encore. La propriété, écrit

79. OURLIAC et DE MALAFOSSÉ, *op. cit. supra*, note 62, 157.

Demolombe, confère au maître "sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet"⁸⁰.

Ne pouvant aborder de front la propriété unifiée, les prêteurs se serviront du véhicule de la suprématie de la volonté pour obtenir un transfert de propriété conditionnel, "dédoublement" de la propriété dans le temps: ce sera la confection de la clause dite "de dation en paiement".

B. Réalité sous-jacente à ce nouveau dédoublement

Justement qualifiée d'institution hybride⁸¹, la clause de dation en paiement, telle qu'on la connaît aujourd'hui, est probablement l'une des plus belles démonstrations de l'esprit inventif dont doivent faire preuve les praticiens du droit. Il a fallu se frayer un chemin entre, d'une part, les contraintes de la loi, et, d'autre part, les exigences des utilisateurs: démarche parfois ardue et qui, sans doute, ne pouvait plaire à tous.

a) La clause de dation en paiement: reconnaissance et effet

Il nous paraît inutile de refaire ici une analyse jurisprudentielle de la réception de cette clause par les tribunaux: dans un excellent article paru dans *Les Cahiers de Droit*⁸², Lucien Bouchard fait la rétrospective de cette démarche. Nous voudrions tout au plus souligner l'acceptation et la reconnaissance dont elle a fait l'objet.

Bien que l'on ait, à l'occasion, fait état d'hésitations de la part des juges, il n'en demeure pas moins que, dès le début du siècle, la Cour suprême qualifiait la nouvelle invention de clause pénale telle que définie à l'article 1131 de notre Code civil⁸³. Ce qui, à première vue, apparaît comme un cheminement hésitant, n'est en somme que le reflet de la pénible recherche par les praticiens de formules de rédaction adéquates.

En effet, désireux d'éviter la nécessité de donner l'avis de soixante (60) jours exigé par le Code dès 1938 tant pour la résolution de la vente que pour le réméré, le prêteur stipulera en quelque sorte que sa clause

80. *Id.*, 172.

81. Armand LAVALLÉE, "Nature de la clause d'un acte de prêt, transférant au créancier la propriété de l'immeuble hypothéqué, au cas de défaut du débiteur", (1932) 34 R. du N. 298.

82. Lucien BOUCHARD, "De la clause dite de dation en paiement", (1964) 6 C. de D. 33.

83. *Halcro v. Gray*, (1916) 33 D.L.R. 140.

résolutoire se veut une dation en paiement⁸⁴. Peut-on blâmer les tribunaux de s'être arrêtés quelque peu devant l'ambiguïté de semblables clauses?

Parfois, probablement dans le but d'éviter d'effrayer l'emprunteur avec un transfert de propriété en bonne et due forme, la clause prendra l'aspect d'une promesse bilatérale de dation ou de vente. Cette rédaction malheureuse, du moins en ce qui concerne le prêteur, ne pouvait évidemment avoir la même force juridique qu'un véritable transfert de propriété, la promesse n'étant qu'une obligation personnelle de ce faire. Cette distinction a d'ailleurs été clairement établie dans la célèbre affaire de *Caisse Populaire de Montmorency Village v. Côté et Sternlieb*⁸⁵.

Une fois acceptée la qualification comme clause pénale licite, et une fois établie la distinction entre les clauses "de promesse" et les clauses de véritable dation en paiement, le transfert de propriété sous condition suspensive n'avait plus qu'à produire les effets normaux que le code lui-même prévoit à l'article 1085 advenant la réalisation de la condition: le bénéficiaire de la clause est réputé être propriétaire depuis la date de la signature de la convention.

Du côté des auteurs, l'accueil ne revêt pas toujours le même caractère. Il importe de les situer par période afin de bien souligner que leurs préoccupations n'étaient pas les mêmes.

Les premiers commentaires nous parviendront de deux notaires praticiens confrontés avec la nécessité de rédiger des clauses de garantie susceptibles de rencontrer les exigences des prêteurs. Dès 1931, le notaire Armand Lavallée⁸⁶, appuyé quelques années plus tard par son confrère, Me Ulric Joron⁸⁷, qualifiera la clause de dation en paiement de "clause pénale". Certes, il ne fallait pas s'attendre de leur part à une contestation de la légalité du processus. Cette opinion constitue cependant un éclairage valable puisqu'elle indique tout au moins le but poursuivi par les créateurs de cette nouvelle garantie.

84. C'est le cas des clauses étudiées dans *Gareau v. Ouellette*, (1957) B.R. 357; *Fortier v. Ray*, (1957) B.R. 664. Pour un plus long développement sur ces clauses au style incertain, voir Michel POURCELET, "De la clause résolutoire à la clause de dation en paiement dans les ventes immobilières", (1963-64) 66 *R. du N.* 298.

85. *Caisse Populaire de Montmorency Village v. Côté et Sternlieb*, (1956) B.R. 111 et (1958) S.C.R. 121.

86. LAVALLÉE, *loc. cit. supra*, note 81, 298.

87. Ulric JORON, "Condition résolutoire et clause pénale", (1939) 41 *R. du N.* 305.

À la veille des amendements de 1964 généralisant l'exigence de l'avis de soixante (60) jours, les préoccupations seront d'un autre ordre. Le professeur Michel Pourcelet⁸⁸, après avoir établi la différence fondamentale entre la clause résolutoire et la clause de dation en paiement en vient à la conclusion que l'avis en question ne saurait être exigé pour l'exercice de la clause de dation en paiement. Il conclura donc dans le sens d'une extension de la protection accordée par l'avis. Lucien Bouchard⁸⁹, faisant une analyse jurisprudentielle approfondie, constate la reconnaissance de la légalité de la clause par les tribunaux et abonde dans le même sens de la nécessité d'une protection accrue à l'endroit du débiteur.

À l'occasion de commentaires d'arrêt, les professeurs Maurice Tancelin⁹⁰ et Yves Caron⁹¹ mettent l'accent sur le bouleversement de nos règles de sûretés par l'introduction et la reconnaissance de la légalité de la clause de dation en paiement.

Reconnaissant que l'état actuel de la jurisprudence est à l'effet d'accepter la rétroactivité⁹², Maurice Tancelin regrette que l'opinion du juge Pratte dans l'affaire Bédard⁹³, voulant que la clause ne soit qu'une promesse, n'ait pas été davantage retenue. Soucieux d'équité, l'auteur voit dans la clause de dation en paiement beaucoup plus une extrapolation du pacte commissaire prévu à l'article 1971.2 C.c. qu'une véritable clause pénale⁹⁴.

Pour sa part, Yves Caron, après avoir rejeté l'opinion minoritaire du juge Pratte⁹⁵, reconnaît qu'à toutes fins utiles la validité et la rétroactivité de la clause sont définitivement établies par les tribunaux. Il n'est pas cependant sans souligner que les amendements de 1964 con-

88. POURCELET, *loc. cit. supra*, note 84, 285.

89. BOUCHARD, *loc. cit. supra*, note 82, 33.

90. Maurice TANCELIN, "Clause hypothécaire de dation en paiement, clause résolutoire de la vente d'immeuble", (1969) 10 *C. de D.* 573; et "Priorité d'un privilège sur une hypothèque assortie d'une clause de dation en paiement", (1967-68) 9 *C. de D.* 287.

91. Yves CARON, "Cession, transport, dation en paiement, privilèges de fournisseurs de matériaux, priorité d'enregistrement, rétroactivité, rédaction d'actes", (1966) 68 *R. du N.* 500.

92. TANCELIN, *loc. cit. supra*, note 90, 289.

93. *Wilfrid Bédard Inc. v. Assistance Loan and Finance Corporation et Vermette*, (1966) B.R. 113.

94. TANCELIN, *loc. cit. supra*, note 90, 291.

95. CARON, *loc. cit. supra*, note 91, 504.

cernant l'avis de soixante (60) jours ne constituent que des retouches partielles que la révision du Code civil devra améliorer⁹⁶.

Suite à ce bref exposé sur la réception de la clause de dation en paiement tant par les auteurs que par les tribunaux, nous nous devons de conclure que toutes les réticences manifestées font ressortir le caractère d'intrus dont elle n'a pas su se départir après bientôt un siècle. Reste à nous demander si nous n'assistons pas à un "phénomène de rejet".

b) L'esprit du droit civil

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, le Code civil français, dont le nôtre est directement issu, est le résultat d'une consolidation ayant subi un double processus d'épuration.

Ce fut d'abord l'étude et la transposition progressive du droit romain dans la coutume. Ensuite vient la Révolution de 1789, laquelle a pratiqué une purge draconienne, particulièrement au niveau du concept de la propriété. Trop longtemps soumise à des contraintes ne se justifiant plus, la propriété s'est vue définie comme essentiellement absolue, et, afin de ne pas retomber dans le marasme d'avant la révolution, toute atteinte à la propriété, tout "démembrement" se devait d'être, en France du moins, expressément autorisé par le législateur.

C'est ainsi que l'hypothèque prévue au Code civil se présente comme un héritage du droit romain, mais ayant subi une troisième épuration, soit celle de l'unique voie de la vente en justice. Qu'elle apparaisse comme une institution clairement circonscrite au Code ne fait aucun doute, mais c'est probablement parce que trop bien réglementée qu'elle s'est avérée un instrument inapte à satisfaire les investisseurs.

Est-ce qu'en fait, sinon en droit, la clause de dation en paiement ne constitue pas un nouveau droit réel non prévu comme tel et venant se superposer à l'hypothèque? La garantie hypothécaire accompagnant la clause de dation en paiement est-elle autre chose qu'un prétexte pour introduire une garantie de beaucoup supérieure?

Notre notion de propriété est sans doute trop bien définie pour songer même à sa fragmentation. Le titre de propriété ne peut reposer à la fois que sur une seule et même tête, les démembrements ne pouvant être considérés comme des titres de propriété dans la chose sur laquelle le droit est exercé⁹⁷.

96. *Id.*, 512.

97. *Laliberté v. Larue* (1931) S.C.R. 7, 16.

Ainsi, en droit, le transfert de la propriété sous condition suspensive que prévoit la clause de dation en paiement fait reposer conditionnellement la propriété sur la tête du débiteur, et ce, tant et aussi longtemps que le créancier ne met pas en oeuvre le mécanisme de la clause; par contre, une fois la clause exercée, la propriété sera réputée avoir reposé sur la tête du créancier depuis la signature de la convention de dation en paiement, sa propriété annihilant du même coup rétroactivement celle du débiteur pour la période comprise entre la convention et son application.

Mais, en fait, par le truchement du transfert sous condition suspensive, n'a-t-on pas réussi à nouveau à "dédoubler" la propriété dans le temps? Durant cette période comprise entre la date de la convention et la date de son application, en fait, sinon en droit, est-ce que la propriété ne repose pas potentiellement du moins, autant sur la tête du créancier que sur celle du débiteur, et ce à un point tel que ni l'un ni l'autre ne peut effectivement agir comme s'il était pleinement propriétaire. Pour ce qui a trait au débiteur, cette incertitude du titre ne constitue-t-elle pas le principal reproche formulé tant par le professeur Tancelin⁹⁸ que par le professeur Caron⁹⁹ à l'effet que, durant la période du prêt, le transfert conditionnel gèle le crédit hypothécaire représenté par l'immeuble et n'a généralement pas de commune mesure avec la nature du risque impliqué? Du côté du créancier, le titre de propriété est également aléatoire puisque soumis à la survenance d'un défaut de la part du débiteur.

Insatisfait de l'hypothèque offerte par le législateur, le créancier s'est tourné du côté du transfert de la propriété. Ne pouvant parvenir à fragmenter la propriété en droit, il réussira dans les faits un dédoublement de la propriété dans le temps dont la réalité sous-jacente apparaîtra comme une paralysie presque complète de la propriété, et ce, au préjudice évident du débiteur.

En réalité, ce dédoublement dans le temps ne nous amène-t-il pas à la conclusion paradoxale, mais pratiquement vérifiable, que la propriété se voit en quelque sorte vidée de son contenu, ni le débiteur, ni le créancier ne pouvant se comporter véritablement comme titulaire absolu et définitif du droit de propriété.

Entité ne souffrant pas de "dédoublement", la propriété transférée, même sous condition, pouvait-elle aboutir à autre chose qu'à cette paralysie, principale source d'iniquité qu'aussi bien les tribunaux que les auteurs voudraient pouvoir réprimer?

98. TANCELIN, *loc. cit. supra*, note 90, 574.

99. CARON, *loc. cit. supra*, note 91, 507.

2. Conséquences de ce dédoublement

Il n'est pas sans intérêt de constater que, se tournant du côté de la convention, le créancier s'orientait tout de même vers le point fort de notre droit fondamentalement axé sur le consensualisme. Mais ce consensualisme, adaptation légale du principe de la Liberté si chère à la Révolution, ne risquait-il pas de se heurter à cet autre guide non moins nécessaire qu'est l'Égalité? La société capitaliste développée avec frénésie au lendemain de la Révolution ne pouvait qu'entraîner la confrontation de ces deux principes!

Après avoir illustré "l'inégalité" introduite par la clause de dation en paiement, nous nous arrêterons au rôle que se doit de jouer le législateur pour rétablir l'équilibre rompu.

A. Les tribunaux et la règle de droit

Si la règle du précédent et la coexistence de deux juridictions ont permis aux tribunaux des pays de *common law* de participer à l'élaboration de la règle de droit, il n'en va pas ainsi dans les pays de droit civil où il n'appartient pas aux juges de se faire législateur: ils se doivent d'appliquer le droit tel que présenté par ce dernier.

a) La protection du créancier

À première vue, la préférence accordée par l'hypothèque semble être des plus intéressantes car elle apparaît en quelque sorte comme mettant de côté, au bénéfice du créancier, la valeur économique de l'immeuble "donné en garantie". La réalité veut cependant que l'hypothèque ne soit pas la seule cause de préférence; une foule de créances privilégiées lui sont préférables, que ce soit en vertu du Code civil ou de lois statutaires¹⁰⁰.

100. Le fouillis complet qu'a entraîné la création de privilèges quasi innombrables par le droit statutaire fait heureusement partie des préoccupations de l'Office de révision du Code civil. Nous avons eu personnellement un avant-goût de ce charivari. Suite à une vente en bloc d'un commerce d'épicerie pour un prix moindre que le total des réclamations des créanciers, nous nous appliquions en tant que notaire à procéder à l'établissement d'un ordre de collocation au *pro rata* tel que prévu à l'article 1569d du Code civil; suite à la multitude des "lettres privilégiées et équivalentes à saisie" que nous recevions, il nous fallait continuellement recommencer cette gymnastique. Heureusement, l'écart entre le prix de vente du fonds de commerce et les montants dus aux créanciers était si grand que la contestation ne tarda pas à se manifester, nous permettant ainsi de nous dessaisir du dossier au profit du Trésorier de la Province... conformément au deuxième paragraphe de l'article 1569d C.c. Nous savons que la distribution aux créanciers a tardé de deux ans, et que l'ordre de distribution a été repris quatre fois...

En plus de voir sa garantie diminuée par la multitude des privilèges, le créancier voit encore sa garantie amoindrie par le fait qu'elle ne peut être réalisée que par voie de justice, avec les délais que cela occasionne, les frais inhérents à pareille procédure et l'impossibilité de choisir le moment approprié à une telle vente.

On peut évidemment reprocher aux prêteurs leurs visées bassement mercantiles, mais peut-on les blâmer d'avoir réalisé que l'hypothèque accordée par le Code civil constituait une garantie fort mitigée? Le monde des affaires en étant un éminemment pratique, l'insuffisance des garanties offertes se verra donc comblée par la convention des parties.

La stipulation de dation en paiement. Aménagée grâce au transfert conditionnel de la propriété, la stipulation de dation en paiement exerce une pression telle sur le débiteur que le créancier est, au pire, assuré de la rentrée intégrale des versements et de capital et des intérêts, et, au mieux, d'un titre de propriété définitif dans l'immeuble objet de la garantie.

Il saute aux yeux que, dans le cas d'une première hypothèque tout au moins, le risque du créancier est généralement réduit au minimum et comme le souligne le professeur Caron¹⁰¹ la sécurité du placement ne justifie guère la rétention par le prêteur de la deuxième alternative, soit celle de demeurer propriétaire irrévocable de l'immeuble en cas de défaut.

Mais une protection ne va pas sans l'autre. Le "dédoublé de la propriété dans le temps", imaginé pour contrer l'impossible fragmentation de notre notion de propriété, n'exercera sa pression insécurisante sur le débiteur qu'en autant que la cause même de cette pression, le dépouillement total, se fasse sentir.

On s'en est pris également aux différentes modalités dont on assortit la clause de dation en paiement¹⁰². Ces modalités, si elles ne se justifient évidemment pas pleinement, ne revêtent pas nécessairement le caractère d'exagération qu'on leur prête.

La rétention des versements. Cette modalité, que l'on retrouve dans la clause de dation en paiement et stipulant que le prêteur n'aura pas à remettre les montants déjà perçus en capital et intérêts, apparaît comme exorbitante, le débiteur perdant ainsi et immeuble et sommes versées.

101. CARON, *loc. cit. supra*, note 91, 509.

102. *Id.*, 507.

Il ne faut cependant pas oublier que durant toute cette période de la durée du prêt, le débiteur conserve la jouissance du bien. Dans le cas d'une propriété privée, cette perte est en bonne partie compensée par le non-paiement de loyer, et, dans le cas d'un édifice pour fins de location, les versements faits au prêteur correspondent d'assez près aux revenus tirés des loyers.

Dans l'optique du prêteur, il suffit de regarder les tables d'amortissement pour constater que les intérêts représentent, du moins durant les premières années, la très grande partie du versement, si bien qu'ils correspondent à peu de choses près au loyer de l'argent. D'ailleurs, si l'écart est tellement grand entre la valeur réelle de l'immeuble et la balance due en capital, un refinancement peut être envisagé assez facilement, de telle sorte que la clause de dation en paiement soit mise en échec. Qu'il y ait une proportion de perte pouvant aller de 15 à 20%, d'accord! Mais est-il besoin de souligner que le créancier ne peut éventuellement réaliser ce bénéfice que sur défaut du débiteur et que c'est probablement ce que vaut ce défaut.

Aussi, "la mine d'or facile" que constituerait la clause de dation en paiement selon le professeur Caron¹⁰³, nous laisse un peu songeur, et sa "prospection" au moyen d'un exemple savamment taillé sur mesure nous paraît plus facile sur papier que dans la réalité. Nous en retenons cependant que le profit de cent quarante (140%) pourcent qu'il fait miroiter est réalisé grâce à une vente privée pour la valeur réelle de l'immeuble.

Par le truchement de la clause de dation en paiement, le créancier n'a-t-il pas recherché la vente privée que prévoit la *common law* (*power of sale*) mais avec la différence que le surplus de la réalisation de la garantie n'est pas remis au débiteur tel que l'exigerait l'*Equity*.

La rétention des impenses et améliorations. Si l'on voit encore ici, une façon facile d'aller doubler son argent, parce que le propriétaire place deux étages par-dessus l'unique étage qu'il avait, on risque de faire fausse route...: la façon de procéder serait alors la cause d'un déboire éventuel et non la rapacité du prêteur initial: un refinancement s'imposait.

Si l'on se situe plutôt dans la perspective des améliorations normales, mais mineures, il apparaît encore ici que le créancier se place dans une position de force. Nous le voyons mal, cependant, essayer de se débattre avec les dispositions des articles 417 et suivants du Code civil. Son débiteur est-il possesseur de bonne ou de mauvaise foi? Fort

103. *Id.*, 508.

du transfert de propriété exécuté par la clause de dation en paiement, il l'a considéré de mauvaise foi, et pour ne pas avoir à discuter indéfiniment avec son débiteur, devant les tribunaux, sur les avantages qu'en retirerait ce dernier, ou sur la détérioration ou non du sol, il a opté pour la situation prévue au quatrième paragraphe de l'article 417 du Code civil: "... au cas contraire, les améliorations restent au propriétaire du fonds sans indemnité..."

Est-il besoin de rappeler qu'en droit anglais, le créancier aux termes d'un *mortgage* a droit au bénéfice des améliorations faites à la propriété par le débiteur demeuré en possession¹⁰⁴?

Nous pourrions continuer notre parallèle avec la protection accordée en droit anglais en ajoutant que, par la clause de transport de loyer, notre créancier recherche les avantages de l'action en possession ou de la nomination d'un *Receiver*...

Qu'il nous suffise de conclure que le créancier, vu l'insuffisance de la garantie offerte par l'hypothèque, s'est pourvu d'un transfert de propriété... et partant de là, s'est comporté effectivement comme un véritable propriétaire dans ses stipulations concernant les modalités de la convention.

Cette façon de procéder n'indique pas de la part du créancier un esprit particulièrement inventif si nous considérons que c'est le système qui prévalait en Angleterre dès le XV^e siècle. Plus surprenant cependant est le fait que nous retrouvons des mécanismes identiques dans notre droit en plein XX^e siècle.

b) La protection du débiteur

Plus "libre" que le débiteur par la position de force que lui assure une meilleure situation financière, le créancier a su s'arroger la part du lion. Que reste-t-il au débiteur si ce n'est le droit sacré de payer s'il ne veut pas tout perdre?

Nous pourrions nous insurger contre la clause de dation en paiement. Par contre, nous ne pouvons nous poser en défenseur acharné du droit incontestable qu'a le débiteur "de se faire vendre en justice". N'y aurait-il pas lieu de remettre en question ce simulacre de protection: la consolation de se voir dépouillé, non par son créancier, mais par les frais et l'inopportunité d'une telle vente, ne nous paraît pas devoir canaliser les énergies.

Pourtant, face à ce même mécanisme de transfert de la propriété par le *Mortgage at law*, le droit anglais, par la voix des tribunaux

104. Voir *supra*, page 10.

d'*Equity*, a depuis plusieurs siècles rétabli l'équilibre en accordant au débiteur un *equitable estate*, monnayable, transigeable et source de divers recours.

Nos tribunaux, avec le peu de latitude que leur laisse notre conception du judiciaire, n'ont certes pu, et ne pourront pas, se libérer de la contrainte du consensualisme.

Inutile non plus de penser que le débiteur puisse, par la convention, protéger adéquatement ses intérêts. La situation où nous en sommes démontre assez bien qu'il se trouve en quelque sorte en présence d'un "contrat d'adhésion": la "formule" du créancier est à prendre ou à laisser. Quoiqu'en dise Me Caron¹⁰⁵, le rôle de protection ne revient pas davantage au notaire *via* son devoir de conseil: nous voyons mal un notaire conseiller au client-débiteur de se chercher un prêteur n'exigeant pas la clause de dation en paiement. Ce serait lui conseiller un pèlerinage ayant très peu de chances de succès. Autant vaudrait lui dire de ne pas se servir du crédit et ce ne serait certes pas toujours la meilleure façon de s'acquitter de son devoir de conseil.

La convention des parties, apparaît donc comme ayant déplacé le "déséquilibre": la rigidité de la voie unique de la vente en justice accordée par l'hypothèque est remplacée par un transfert de propriété imposant ses contraintes à un débiteur incapable de se protéger. La rigidité a changé de victime. Il appartient au législateur de s'interposer.

B. Le rôle du législateur

Il nous répugne de croire que la préoccupation d'équité, que s'était donnée pour mission la Cour de la Chancellerie, soit incompatible avec notre système de droit. Certes il n'est pas nécessaire, ni même souhaitable, qu'un cheminement aussi long que celui du droit anglais soit envisagé. Une législation appropriée représente un outil beaucoup plus rapide, pouvant, d'une part, assurer une protection adéquate et immédiate à l'emprunteur et, d'autre part, éviter que les prêteurs soient acculés à revivre les incertitudes inhérentes à un droit qui se fait *via* les tribunaux.

C'est d'ailleurs dans un but de démystification que nous nous sommes passablement arrêtés, lors de notre première partie, sur le "dédoublement de la propriété" du droit anglais, lequel semble avoir un effet magique et imposer un recul immédiat dès qu'il nous est servi. Et pourtant nous avons vu que ce dédoublement est loin d'être reconnu par tous les juristes anglais, bien au contraire. Il nous a été permis de

105. CARON, *loc. cit. supra*, note 91, 507.

plus de constater que, fondamentalement, l'apport de la Cour de la Chancellerie est d'avoir reconnu des droits au débiteur en dépit de la convention et de lui avoir donné une arène pour les faire valoir.

Que notre législateur reconnaisse à notre débiteur des droits visant à sa protection et nos tribunaux sauront les faire respecter, d'ailleurs aussi bien que les tribunaux de la *common law*. Il est plus que temps que notre législateur fasse siennes les préoccupations d'équité assumées en droit anglais par cette Cour de la Chancellerie du XII^e au XIX^e siècle.

D'ailleurs, si, d'une part, les prêteurs ont cru bon de s'inspirer de la *common law* pour se donner des garanties appropriées, d'autre part, le législateur québécois, devant des situations d'urgence, a su lui aussi emprunter des correctifs puisés à cette même source.

a) Interventions réalisées

Faisant face à des injustices de plus en plus criantes, le législateur québécois, en dépit des défenseurs acharnés de la liberté des contrats, se devait d'agir.

L'avis de soixante jours: "Right to redeem" de notre droit civil. C'est d'abord dans les modalités d'exercice du droit de réméré que, dès 1938, le législateur intervient: le titre de propriété de l'acheteur à réméré ne deviendra irrévocable qu'après l'expiration des soixante jours suivant l'avis au vendeur de rembourser et d'exercer son droit.

Il s'agit en quelque sorte du mécanisme de l'avis de soixante jours que nous connaissons plus particulièrement aujourd'hui par la généralisation qu'en a fait le législateur en 1964 par les articles 1040a et suivants du Code civil.

A-t-on idée de l'effet bénéfique qu'a pu avoir la généralisation de ce mécanisme d'ordre public ayant pour conséquence immédiate de réveiller le débiteur qui se retrouve ainsi encore à temps pour remédier à son défaut, ou au pis aller, pour refinancer ou encore vendre son immeuble, de telle sorte qu'il puisse récupérer l'équité de sa propriété.

Il est à noter que cette mesure de protection bien qu'empruntée directement à la *common law*¹⁰⁶, n'a en rien bouleversé notre conception de la propriété, si "unique" soit-elle.

La Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations. Il est intéressant de constater que, dès 1924, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corpo-*

106. Albert MAYRAND, "De l'équité dans certains contrats: nouvelle section du Code civil", dans *Lois nouvelles*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, 53.

rations¹⁰⁷ prévoyait pour le financement des corporations des relations juridiques créancier-débiteur beaucoup plus souples. Les malins diront sans doute qu'il y a deux poids deux mesures et que les "gros débiteurs" sont mieux protégés: malheureusement ils n'auront pas entièrement tort.

Nous ne voulons pas ici nous arrêter à l'élargissement que procure cette loi quant à la nature des biens pouvant être affectés à la garantie, qu'il s'agisse de l'hypothèque de biens meubles ou de biens futurs. Ce qui retient beaucoup plus notre attention, est le fait que la relation juridique créancier-débiteur passe par une tierce personne, le fiduciaire, lequel voit à la protection des obligataires. Une des prérogatives des fiduciaires consiste à pouvoir, en cas de défaut de la compagnie débitrice, revendiquer la possession des biens, et de les vendre au profit des obligataires, tout surplus devant être remis à la compagnie débitrice.

Est-il besoin à ce stade-ci de notre travail, d'insister sur l'avantage que représente cette réalisation des biens par vente privée? N'a-t-on pas ainsi évité la voie unique offerte par l'hypothèque du Code civil?

Cette relation juridique par le truchement d'un tiers ne rejoint-elle pas en partie les avantages du *Receivership* de la *common law*, et n'y aurait-il pas lieu pour le législateur de s'en inspirer pour assurer une meilleure protection au débiteur et ainsi ouvrir une autre voie dans la réalisation de la garantie. Les exigences de notre notion de "bon père de famille" ne sont pas à ce point différentes de la notion de relation fiduciaire (*fiduciary relationship*) qu'il faille encore ici poser comme prémisses le dédoublement de la propriété.

b) Interventions à réaliser

Il nous apparaît dangereux, sur le plan économique, de tenter de rescaper l'hypothèque telle qu'elle existe et de sabrer dans la clause de dation en paiement: l'insécurité qu'engendrent de pareils raz-de-marée, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la province, risque fort de se retourner encore une fois contre les intérêts des emprunteurs éventuels. Il importe de tenir compte des leçons du passé: une réforme fondamentale s'impose et, si la tentation est forte de mâter le capital, il n'en demeure pas moins que la rigidité conduit souvent à des conséquences néfastes.

Une des premières causes du désenchantement à l'endroit de l'hypothèque se retrouve sans contredit dans la multiplication effrénée

107. *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. 1977, c. P-16.

des privilèges. Il y aurait certes lieu pour la Couronne de se fier davantage aux différents moyens dont elle dispose pour percevoir ses dûs; elle libèrerait d'autant le champ des dettes privilégiées. Le législateur devrait d'ailleurs revoir en profondeur toutes les technicalités entourant les privilèges et envisager sérieusement la possibilité d'uniformiser toutes les causes de préférence.

La voie unique de la vente en justice s'est révélée nettement insuffisante. Le droit anglais nous a surpris par la multiplicité des recours offerts au créancier. Nous ne croyons pas que le transfert de la propriété, ou encore le "dédoublement de la propriété" soient requis pour atteindre cette souplesse. Nous avons d'ailleurs vu à quelle paralysie des droits risquait d'aboutir le "dédoublement dans le temps" introduit par la clause de dation en paiement.

Il faut assurer au créancier la rentrée ininterrompue des fonds. Le procédé du *Receivership* pourrait être envisagé. Et pour ceux que le fonctionnarisme effraie, pourquoi ne pas accorder simplement au créancier le droit d'entrer en possession du bien pour en percevoir les fruits, quitte à lui imposer une obligation de rendre compte au débiteur¹⁰⁸?

La vente faite privément ne présuppose pas davantage de "dédoublement de propriété". Le pouvoir de vendre (*power of sale* statutaire) pourrait être accordé au créancier avec obligation de remettre au débiteur tout surplus de la réalisation, ses agissements étant soumis aux exigences de la notion de "bon père de famille"¹⁰⁹.

À la rigueur même, le législateur pourrait reconnaître au créancier le droit d'être déclaré propriétaire de l'immeuble. Il suffirait de bien circonstancier les avis requis et de permettre au débiteur, comme le fait le droit anglais, d'exiger que l'on procède plutôt à une vente de l'immeuble, de telle sorte que le surplus de la réalisation lui soit remis. En éliminant la rétroactivité de cette déclaration de propriété et en permettant aux tiers (créanciers subséquents) de se servir de la subrogation réelle, la capacité d'emprunt du débiteur ne se verrait pas diminuée inconsiderément comme c'est actuellement le cas avec la clause de dation en paiement¹¹⁰.

108. Les articles 412, 426, 431 et 502 du rapport de l'Office de révision ont depuis suggéré au législateur la rétention de notre deuxième hypothèse.

109. L'Office de révision, par ses articles 412, 432 et 435, a depuis suggéré l'élargissement des recours ouverts au créancier en y ajoutant la vente de gré à gré avec obligation de remettre le surplus au débiteur.

110. L'Office de révision par ses articles 412 et 439 retient la possibilité de prise en paiement et accorde, par ses articles 441 et 444, la possibilité pour le débiteur

Le consensualisme s'étant révélé une arme décisive entre les mains du créancier, tribunaux aussi bien que débiteurs se trouvant subjugués par la soumission qu'il impose, il est primordial que le législateur intervienne dans les conventions dites "librement consenties" et qu'il rétablisse l'équilibre des forces par des dispositions d'ordre public.

Il y aurait sans doute place pour d'autres formes d'intervention du législateur. Nous avons voulu nous en tenir aux modifications que suggérait notre incursion en *common law*. Il n'est pas certain cependant, qu'une fois bien adaptées à notre droit civil, ces modifications ne bénéficieraient pas des similitudes avec le droit de nos voisins.

Issu de contraintes subitement relâchées et soumis à des règles de droit stéréotypées, le droit civil des sûretés se révèle subjugué par un consensualisme que seul le législateur peut atténuer dans le but de rétablir un équilibre des forces évidemment rompu.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'ampleur du sujet entrepris, en dépit des nombreuses contraintes que nous nous sommes imposées, ne permettait pas de nous arrêter à une foule de techniques qu'il aurait sans doute été intéressant d'analyser. Nous avons préféré laisser de côté l'aspect analytique pour tâcher de mieux saisir l'inspiration à la base des deux systèmes de droit.

En effet, il nous apparaissait assez paradoxal de constater que, d'une part, les juristes de *common law* semblaient mettre en doute l'efficacité de notre régime de sûreté, alors que, d'autre part, nos civilistes s'exaspéraient devant le surcroît de garantie contenu aux actes d'obligation.

Il appert cependant que les juristes étrangers, confrontés avec une garantie vidée de son contenu, l'hypothèque telle que prévue au Code civil, sont justifiés de mettre en doute ce système de protection. D'un autre côté, nos civilistes sont, eux aussi, parfaitement justifiés de s'insurger contre le dépouillement des débiteurs.

Évoluant dans un système de droit où la volonté des parties est sans cesse contrôlée par les exigences de l'*Equity*, le juriste de la *common law* n'ose sans doute pas croire plus qu'il ne faut à la garantie offerte par la clause de dation en paiement. Les civilistes, par contre,

et les créanciers subséquents d'exiger une vente en justice pour la protection de leurs intérêts.

connaissent la force du consensualisme et ne voient que trop bien l'intransigeance de cette garantie conventionnelle que notre droit ne soumet que trop peu au contrôle de l'équité.

Ce paradoxe nous a de plus permis de nous interroger sur le "dédoublement de la propriété" et de saisir qu'il s'agit beaucoup plus d'une préoccupation d'équité que d'un réel dédoublement.

Et ce souffle d'équité si caractéristique de la *common law* nous apparaît un apport positif dont le législateur québécois aurait sans doute profité à s'inspirer pour assurer un meilleur équilibre des forces entre prêteurs et emprunteurs.

D'ailleurs les pressions de l'équité se font de plus en plus sentir, à preuve cette *Loi de la protection du consommateur*¹¹¹ introduite récemment. Il est malheureux, cependant, que le prêt sur garantie immobilière ne soit qu'à peine effleuré par cette loi. Et pourtant, la maison familiale que réussit à acquérir de peines et de misères le consommateur ordinaire ne constitue-t-elle pas la valeur la plus stable de son patrimoine?

Il est donc plus que souhaitable que le législateur, fort de la popularité actuelle des mesures d'équité, réorganise le droit des sûretés, et se tourne maintenant vers la protection du plus gros investissement, sinon le seul, du citoyen moyen.

111. L.Q. 1971, c. 74.