

Les Cahiers de droit

La clause dite de dation en paiement

Lucien Bouchard



Volume 6, Number 1, April 1964

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004183ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004183ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bouchard, L. (1964). La clause dite de dation en paiement. *Les Cahiers de droit*, 6(1), 33–54. <https://doi.org/10.7202/1004183ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1964

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

LA CLAUSE DITE DE DATION EN PAIEMENT

Par : LUCIEN BOUCHARD
Droit IV

Le droit civil du Québec, s'il s'est copieusement inspiré, à l'origine, de sources françaises, n'en a pas moins subi une évolution propre qui lui confère, de plus en plus, en certains domaines, un caractère autochtone.⁽¹⁾ Il lui arrive même de faire oeuvre originale en créant des institutions juridiques inconnues en droit français. La clause hypothécaire de dation en paiement est de celles-là.

Née au début du siècle⁽²⁾ de l'ingéniosité fertile de nos notaires, elle fut accueillie semble-t-il avec faveur à la fois par les prêteurs et les emprunteurs : les uns y voyant une garantie de tout repos, les autres un bon moyen d'ouvrir le crédit. En dépit de la complexité relative de son mécanisme, elle est devenue depuis lors une pratique courante; à telle enseigne qu'on ne conçoit plus guère le prêt hypothécaire sans elle. Notre droit immobilier s'est de ce fait enrichi de problèmes aussi nombreux que complexes.

Cela tient à la nature hybride⁽³⁾ de la clause. Contrat innommé par excellence, elle cueille ses éléments constitutifs çà et là dans le Code civil. Elle prend tour à tour des allures de transfert de propriété, d'obligation suspensive, de sûreté réelle, de dation en paiement, de promesse de vente, pour ne citer que quelques-uns des aspects qu'elle peut revêtir. Combinant de nombreux concepts juridiques, elle bouscule les divisions schématiques du Code, et, du même coup, met en question quelques grands principes civils. Des institutions aussi bien établies que l'enregistrement des droits réels, la primauté des privilèges et hypothèques, de même que la distinction entre droit réel et personnel ne laissent pas d'être plus ou moins bouleversées. C'est sans doute ce qui explique la réserve manifestée jusqu'ici à son égard par la Cour Suprême.

(1) "Ces épreuves acceptées et supportées en commun font apparaître dans le Code et dans la jurisprudence qui l'interprète un esprit proprement canadien qui, de nos jours, semble déborder les limites proprement géographiques de la province de Québec" (Beaudoin, *Le Droit Civil de la Province de Québec*, page 61).

(2) Les premières causes dont elle fut l'objet datent des alentours de 1910.

(3) Nous devons l'expression à Me Armand Lavallée qui l'a utilisée dans un article publié à 34, *Revue du Notariat*, page 298.

Si l'on doit renoncer à cerner cette clause à l'aide d'une seule structure classique du Code civil, il ne s'avère cependant pas impossible d'y découvrir un aspect essentiel, sur lequel tous les autres se grefferaient en guise de compléments. Il s'agirait donc dans une première démarche, de découvrir la nature de ce fil conducteur, une fois la clause disséquée dans ses différents éléments. En second lieu, il conviendrait d'examiner le fonctionnement pratique du mécanisme de la clause, en la soumettant, selon le cas, aux règles du droit commun qui régissent les contrats de la nature desquels elle participe dans une plus ou moins grande mesure.

I) QUALIFICATION

La première difficulté rencontrée dans la détermination de la véritable nature de la clause en est une de terminologie. L'appellation impropre qu'on lui donna dès le début⁽⁴⁾, en se fondant sur l'analogie superficielle qu'elle présentait avec la dation en paiement, prête essentiellement à équivoque. Il eut été possible de la baptiser avec plus de bonheur en lui faisant porter le nom d'une institution dont elle se rapproche davantage.

L'équivoque du terme

Dire que la clause concernée ici s'apparente principalement à la dation en paiement n'est certes pas dénué de sens. Certaines de ses caractéristiques y trouvent leur compte.⁽⁵⁾ Toutes deux sont des paiements au sens large en ce qu'elles exécutent l'obligation contractée par le débiteur. Par l'une et l'autre, on crée la possibilité d'éteindre une dette par la remise d'une prestation différente de celle dont il avait été originellement convenu.⁽⁶⁾ L'une et l'autre permettent cette substitution sans opérer novation :⁽⁷⁾ le créancier évite ainsi de tomber sous le coup de l'article 1176 C.C. et conserve, sans qu'il soit besoin de les spécifier par écrit, les privilèges et cautionnements affectés à la satisfaction de sa créance. Elles effectuent pareillement un transfert de propriété qui s'accomplit dans des conditions voisines de celles de la vente. Notons, entre autres, que dans les deux cas, le débiteur doit donner au créancier la même garantie, soit celle prévue au premier alinéa de l'article 1592 C.C.⁽⁸⁾

(4) Il serait intéressant de savoir d'où lui vient cette appellation.

(5) Principalement en ce qu'une chose est remise à la place d'une autre pour éteindre une obligation.

(6) Dans le cas de la clause de dation en paiement, il s'agit de remettre la propriété de l'immeuble, au lieu de rembourser l'argent du prêt.

(7) Certains ne partagent pas cette opinion. Ainsi, Me Maurice Pinard, à 62, Revue du Notariat, page 95, qui soutient que la dation en paiement emporte novation. L'autre thèse est exposée par les Mazeaud dans Leçons de Droit Civil, Tome II, pages 791 et suivantes.

(8) Soit celle de la vente; voir : Meunier vs Les Héritiers Dubois, 1954 B. R., page 767 (voir 782).

La référence à la dation en paiement ne rend cependant pas compte de l'essentiel. De nombreuses questions restent sans réponse, dont la nécessité ou non pour le créancier de mettre le débiteur en demeure avant d'exercer son privilège et la détermination du moment exact du transfert de propriété. Il arrive surtout que la dation en paiement et la clause dite hypothécaire de dation en paiement se distinguent nettement l'une de l'autre sous quatre de leurs aspects fondamentaux. Dans la première, on laisse au débiteur la faculté de choisir la prestation à exécuter; il exerce ce choix à l'échéance même de son obligation principale et les deux objets substitués l'un à l'autre s'équivalent d'ordinaire en valeur. Il en va tout autrement dans la clause hypothécaire de dation en paiement. Une fois le débiteur en défaut, le créancier a toute liberté d'exiger de ce dernier l'exécution de celle des deux obligations qui lui paraît la plus appropriée. Au surplus, il s'établit une disproportion flagrante entre les deux prestations stipulées. En coiffant du même nom des choses aussi différentes, on ne pouvait faire autrement que de semer dans les esprits une confusion regrettable.

Le recours à l'appellation "promesse de dation en paiement" n'est guère plus heureux.⁽⁹⁾ Cette expression, si on lui prête son véritable sens, suggère un processus par lequel le débiteur découvre à son créancier son intention de lui remettre une chose déterminée, à défaut d'exécuter l'obligation principale. De là à l'obligation alternative, il n'y a qu'un pas, si l'on songe que le débiteur, en ces termes, se serait réservé la faculté de choisir la prestation à accomplir. Or, rien n'autorise le rapprochement entre la clause de dation en paiement et l'obligation alternative. Les deux objets de cette dernière, en plus de se situer à peu près au même niveau et de réaliser une certaine équivalence, donnent d'ordinaire au débiteur la possibilité d'effectuer une sélection dans son moyen de paiement.⁽¹⁰⁾ Ce sont là autant de caractéristiques que l'on ne retrouve pas dans la clause étudiée ci.

Elle s'éloigne d'ailleurs également de la notion de réméré. Elle est consentie à un créancier qui n'a été ni propriétaire, ni vendeur de l'immeuble, tandis que le réméré apparaît comme une faculté essentiellement réservée à l'ancien propriétaire vendeur. Au reste, son exercice ne peut s'effectuer que selon les conditions requises par l'article 1546, soit par l'exécution d'une prestation équivalente.

Une autre sorte de clause pénale

En fait, s'il est une institution civile pure à laquelle s'apparente la clause hypothécaire de dation en paiement, c'est bien la clause pénale. Les éléments de cette dernière se regroupent tous dans la première. Deux modes de paiement sont stipulés en même temps, dont l'un, seulement, suffira à acquitter l'obligation. L'un, soit celui qui découle normalement du contrat dont il éteint l'obligation essentielle,

(9) *Traité de Droit Civil de la Province de Québec*, Tome II, numéro 548, page 524.

(10) Articles 1093 et 1094 du Code civil.

apparaît comme principal, l'autre comme subsidiaire. En l'occurrence, la remise de l'argent prêté et le transfert de l'immeuble hypothéqué au nom du prêteur jouent ces deux rôles. Clause pénale, cette création de notre droit l'est aussi par la disproportion évidente qui se manifeste dans la valeur des modes d'extinction prévus : ou l'emprunteur acquitte toutes les obligations auxquelles il s'est engagé, ou il perd la propriété de l'immeuble qu'il a déjà consenti à grever d'une charge hypothécaire. La moindre défaillance de sa part donne ouverture à la sanction stipulée. On voit bien là la concrétisation de cette "peine" dont parle 1131 C. C. Qu'il y ait cette idée de pénalisation dans la clause sous étude ne peut se nier, bien que le droit privé exclut toute idée de répression. Si la formulation de 1065 et de 1131 du Code civil ne nous en avait pas suffisamment convaincus, cet énoncé de Planiol et Ripert ne laisserait pas de doute :

"Si le montant est élevé, elles (les clauses pénales) constituent de véritables peines privées." (11)

On ne peut contester non plus que la clause de dation en paiement ait pour effet d'assurer "l'exécution de l'obligation principale". Le droit civil assigne cependant à la clause pénale une fonction primordiale, à savoir celle de constituer à l'avance une évaluation des dommages résultant de l'inexécution de l'obligation. Le passage suivant de Mignault fait bien voir cet aspect qui, dans la clause pénale, prend des allures compromissaires :

"La clause pénale est la fixation à forfait des dommages que le créancier, pourra exiger, si le débiteur n'accomplit pas son obligation, ou met du retard à son accomplissement." (12)

Il en est de même de la définition que la Cour d'Appel a déjà donnée :

"La clause pénale constitue un règlement, par anticipation et à forfait, des dommages-intérêts prévus; et le créancier a droit à la peine, sans qu'il soit tenu d'établir l'importance ni même l'existence du préjudice subi." (juge Rivard) (13)

Par ailleurs, la formulation de l'article 1229 du Code Napoléon met pareillement en relief ce caractère de la clause pénale : "elle est la compensation des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation".

Un obstacle se présente toutefois ici. Si les dommages-intérêts se définissent comme étant une "compensation accordée au créancier au cas d'inexécution du contrat, par laquelle le créancier devient créancier d'une somme d'argent", (14) on peut se demander si l'emploi de ces termes dans deux des trois définitions citées plus haut n'a pas pour

(11) Planiol et Ripert, *Traité de droit civil*, page 389, numéro 835.

(12) Mignault, *Traité de Droit Canadien*, Tome IV, page 62.

(13) *Mutual Life and The Citizen Assurance Company Limited vs Picotte*, (1936) 61 B. R., page 395.

(14) Planiol et Ripert, *Op. Cit.* Tome II, page 304, numéro 822.

conséquence d'empêcher le rapprochement de la clause pénale avec la clause hypothécaire de dation en paiement. A la lumière de ces textes, il semblerait en effet que la clause pénale doive prendre la forme d'une obligation de remettre une somme d'argent; ce à quoi ne ressemble guère l'engagement de transférer la propriété d'un immeuble.

Il arrive cependant que l'article 1229 du Code Napoléon n'a pas été reproduit dans le nôtre. Les codificateurs s'en expliquent ainsi :

"Les articles numérotés de 150 à 156, embrassent la matière des obligations avec clause pénale. Ils ne s'écartent des règles contenues dans les articles du Code civil de 1226 à 1233, que par l'omission de 1229 qui déclare que la peine est la compensation des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation. Les commissaires pensent que cette assimilation des dommages-intérêts et de la peine stipulée, sans aucune restriction, est une confusion de choses qui diffèrent sous plusieurs rapports et sont régies par des règles différentes; et ils l'ont rejetée en conséquence."⁽¹⁵⁾

Ainsi donc, les codificateurs voulaient d'abord consacrer dans notre droit l'absence d'équivalence arithmétique entre la clause pénale et les dommages-intérêts subis par le créancier du fait du non-accomplissement de l'obligation principale.⁽¹⁶⁾ Mais, ce faisant, ils n'en ont pas moins indirectement débarrassé le Code civil du Québec d'une expression qui aurait pu limiter considérablement sa conception de la clause pénale.

Il s'ensuit qu'à l'opposé du Code Napoléon, le Code civil de la Province de Québec ne contient rien qui interdise de contracter une obligation en nature comme clause pénale. De plus, les codificateurs y ont inséré un article qui paraît bien indiquer leur intention de permettre les deux sortes de clauses pénales : l'une, stipulée en argent, l'autre en nature. Il s'agit de l'article 1076 qui réitère, relativement aux clauses pénales contractées en argent, la règle, également édictée à 1135, à propos des clauses pénales tout court, qui enjoint aux tribunaux de ne pas modifier les pénalités convenues entre les parties. Les codificateurs ont d'ailleurs consigné dans leur rapport les distinctions qu'ils font à ce sujet :

"L'article 154 présente dans l'amendement suggéré la question qui a été résolue par l'article 96, les dommages stipulés et la peine étant mis sur le même pied, quant aux pouvoirs des tribunaux de la modifier."⁽¹⁷⁾

(15) Rapport des codificateurs : tome I, premier rapport, page 25.

(16) Les codificateurs avaient sans doute en vue ce qui fait dire à Planiol et Ripert : "Il n'y a pas lieu de rechercher si le créancier souffre ou non un dommage par suite de l'inexécution de l'obligation; la convention faite à forfait a justement pour but de supprimer tout examen de ce genre. Il n'est donc pas tout à fait exact de dire, comme le fait l'article 1229, que la clause pénale est la compensation des dommages que souffre le créancier; la somme est promise à forfait, c'est-à-dire d'une manière ferme, pour le cas d'inexécution". (Op Cit. Tome II, page 310, numéro 838).

(17) Rapport des codificateurs : tome I, premier rapport, page 25.

Pour leur part, nos tribunaux n'ont pas restreint la clause pénale à une simple évaluation en argent des dommages-intérêts. Nous en voulons comme preuve la teneur de trois jugements récents. L'affaire *Ringuet et Page vs Bergeron et St. Maurice Knitting Mills* a donné lieu en Cour d'Appel aussi bien qu'en Cour Suprême, à des commentaires et à des conclusions qui ne manquent pas d'intérêt. Il s'agissait entre autres choses de décider de la légalité d'une cause dont les parties, actionnaires dans la même compagnie, avaient assorti une convention constatant certaines obligations les liant mutuellement. Cette clause stipulait qu'advenant le non-accomplissement de l'une de ces obligations, la partie en défaut perdrait toutes ses actions, qui seraient dès lors transportées aux deux autres contractants. Analysant la disposition, le Juge en Chef Galipeault écrit :

"En ce qui concerne la clause 12 qui fait la matière principale du débat, il est bien sûr que les contractants étaient en droit de fixer une sanction pour l'accomplissement des obligations prises. Ils étaient libres de déterminer cette sanction. Comme pénalité, ils ont décidé la perte des actions du contrevenant. Cette sanction est peut-être sous forme peu usitée, mais elle n'est certainement pas illicite. Ils auraient pu tout aussi bien imposer une pénalisation en dollars; c'était une affaire discrétionnaire pour eux." (18)

Pour prendre la forme d'une obligation en nature, la disposition, dans l'esprit du juge, n'en participe pas moins de la clause pénale. Il faut bien prêter la même opinion au juge Pratte, malgré qu'il ait enregistré sa dissidence, celle-ci ne s'appuyant que sur l'illégalité de l'obligation principale; en effet, parlant du paragraphe 12 de la convention, le juge le qualifie à quatre reprises de clause pénale et emprunte deux fois le mot "peine" (que l'on sait être l'expression du Code civil pour clause pénale : articles 1131, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137); la Cour Suprême, saisie de la question, en arriva aux mêmes conclusions: on y note avec intérêt que le juge Judson désigne la clause 12 sous le vocable de "penalty", traduction anglaise de peine, dans le Code civil. Dans le même ordre d'idée, on a décidé, en Cour d'Appel, que le fait de s'engager à transporter une créance hypothécaire à défaut de satisfaire à l'obligation principale, peut constituer une clause pénale. (19)

Une telle conception de la clause pénale est assez souple pour englober la clause hypothécaire de dation en paiement. Le rapprochement s'impose même d'autorité. La Cour Suprême s'est d'ailleurs laissée séduire, tant par l'idée, que par le parti qu'elle pouvait en tirer dans le règlement des conflits engendrés par cette clause complexe. (20)

Dans un des jugements les plus disserts jamais rendus sur cet aspect du problème, le juge Robidoux statue :

(18) 1958 B.R., page 222 et 1960 S.C.R., page 672.

(19) Jodoin vs Lavigne 1960 B.R., page 174.

(20) Il lui est ainsi possible de soumettre la clause aux dispositions édictées de 1031 à 1037 C.C., et ainsi, de "légitimer" l'institution et l'intégrant dans l'économie générale des règles civiles.

"In virtue of this clauses, defendant contracted two obligations : the principal one and a secondary one. The principal one is a return of the amount loaned and the secondary obligation is to allow his creditors to become owners of the immoveables mortgaged in default of his reimbursing the loan in money at its maturity. We find in this clause all the elements of obligations with the penal clause as defined in 1131 of the Cical Code." (21)

Et plus loin :

"In order that there be a penal clause, it is not necessary that the word penal or penalty should be used. All authors are agreed on this point, the penal clause may result from other expressions having the same connotation. The words in the clause : "that in the event of the said borrower failing to pay the said sum within thirty days" are equivalent expression." (22)

A la suite de plusieurs autres jugements, (23) une certaine doctrine a emboîté le pas. Pour sa part, Me Armand Lavallée, appuyé en cela par Me Ulric Joron, (24) affirme :

"La clause en question est une clause secondaire ou accessoire, dont le but est d'assurer l'exécution de l'obligation principale; c'est donc une clause pénale." (25)

Un transfert conditionnel de propriété

En somme, le noeud de ce contrat innommé qu'on présente le plus souvent comme une espèce de dation en paiement n'est pas autre chose, au fond, qu'une clause pénale. Et c'est comme telle qu'il faut la traiter chaque fois que la chose ne présente pas d'incompatibilité. Car, il pourra s'en présenter. Cette clause pénale particulière se compose d'éléments trop disparates et on lui assigne trop de fonctions, pour qu'elle puisse prétendre à une orthodoxie aussi rigide que celle de sa cousine des articles 1131 et suivants. De plus, si l'on peut dire, d'une part, qu'elle opère une translation de propriété, il n'en faut pas moins s'empresse d'ajouter, d'autre part, qu'elle ne le fait que sous condition suspensive. Ce qui ne l'empêche pas, simultanément, de constituer une garantie supplémentaire, qui vient se superposer à l'hypothèque que le débiteur a déjà consentie.

Deux conditions affectent le transfert de propriété que la clause est susceptible d'effectuer. La première s'accomplit si le débiteur défaille à l'une quelconque des obligations stipulées à l'acte de prêt; la deuxième prend la forme de l'option que le créancier devra manifester afin de mettre définitivement la clause à exécution. L'une, qui dépend à la fois de la volonté du débiteur et des circonstances extérieures, est simplement potestative, et comme telle, valable. L'autre a la même

(21) Halcro vs Gray, (1916) 33 D.L.R., page 140.

(22) Voir à la page 143.

(23) Citons entre autres : Dansereau vs Boissy, 1955 C.S. page 385; Chartrand vs Desrochers, 1962 C.S. page 465.

(24) Ulric Joron, 41 Revue du Notariat, page 305.

(25) Armand Lavallée, 34 Revenue du Notariat, page 298.

validité, bien qu'entièrement subordonnée à la discrétion du créancier. Bon nombre d'auteurs agréent ce genre de condition, qui apparaît d'ailleurs implicitement permis par l'article 1081 C. C.

"Une obligation peut toujours être contractée valablement sous une condition purement potestative de la part du créancier." (26)

Les Mazeaud soutiennent également cette thèse.⁽²⁷⁾ Toutefois, l'un des trois frères, Henri, avait déjà auparavant, manifesté des répugnances à l'endroit de cette théorie.⁽²⁸⁾ Il soutenait qu'une condition purement potestative ne peut porter sur le consentement de l'une ou de l'autre partie, puisqu'elle sape le contrat à sa base même. Les jurisconsultes manifestent présentement une tendance marquée à souscrire à la validité de ces conditions, lorsqu'elles se situent du côté du créancier. Jean Carbonnier⁽²⁹⁾ et Marty et Raynaud⁽³⁰⁾ sont de ce nombre. Ils y sont bien forcés, en fait, ne fût-ce que pour expliquer la vente à réméré et la vente à l'essai.

À partir du moment où l'obligation conditionnelle assumée par le débiteur se voit assurée de toute la validité nécessaire, il faut nécessairement admettre que la plupart des clauses hypothécaires de dation en paiement opèrent un transfert de propriété sous condition suspensive. Nous disons la plupart, car il arrive que l'engagement du débiteur ne revête la forme que d'une simple promesse. De telles clauses ne confèrent au créancier que des droits personnels. Il y a nécessité pour ce dernier d'obtenir du débiteur qu'il lui transmette absolument la chose sans autre réserve que l'avènement des deux conditions plus haut mentionnées. C'est de cette façon uniquement que s'opérera en sa faveur un transport conditionnel de droit réel; toute autre clause formulée dans le sens d'une promesse devra recevoir un traitement analogue à celui qu'on accorde à la promesse de vente. Le registraire se verra conséquemment justifié de refuser l'enregistrement d'une telle clause, de laquelle ne naissent que des droits personnels.⁽³¹⁾

On touche ici, incidemment, à la distinction essentielle qui s'établit entre promesse de vente et clause de dation en paiement. Bien sûr, il se rencontre chez les deux une obligation de transférer un immeuble contractée par un débiteur sous condition suspensive purement potestative du côté du créancier. Mais la vraie différence consiste en ce que le débi-

(26) Planhol et Ripert, Op. Cit. Tome VII, page 377.

(27) "La condition purement potestative du côté du créancier est également valable". (Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Tome II, numéro 1041, page 855).

(28) La Revue Trimestrielle du Droit Civil, 1939, page 226; même publication, 1955, page 516.

(29) Droit Civil, Tome II, deuxième partie, page 480.

(30) Marty et Raynaud, Droit Civil, Tome II, page 761, numéro 751.

(31) Tout indique que seuls les droits réels puissent être enregistrés; voir: Rapport des codificateurs, 6e rapport, Tome III, pp. 53 et 65, Migneault, Tome VII, et Tome IX, page 214; Ulric Joron, Vol. 43 et 44 de la Revue du Notariat; Armand Lavallée, 32 R. du N., p. 52; St-Denis vs Quevillon, (1915) 51, S.C.R. 603.

teur ne consent dans l'une qu'une simple promesse, fondant tout au plus un recours personnel; au contraire, dans l'autre, il se départit sous condition simplement potestative quant à lui, de tous les droits qu'il peut détenir dans l'immeuble décrit à l'acte.⁽³²⁾ La plupart du temps, le débiteur, dans une clause de dation en paiement, n'a rien d'un promettant-vendeur. Le juge Choquette pressent la différence quand il écrit :

"Cette option et sa signification à la débitrice sont plus que l'acceptation d'une simple promesse de vente ou de dation en paiement; elles sont ici la condition d'un contrat synallagmatique et le droit d'opter est une considération de ce contrat."⁽³³⁾

La Cour Suprême a établi d'autres critères de distinction entre les deux institutions, à l'occasion de la célèbre affaire de Caisse Populaire de Montmorency Village vs Côté et Sternlieb.⁽³⁴⁾ Selon le juge Fautoux, la situation du bénéficiaire de la promesse de vente bilatérale se distingue de celle du créancier dans la clause de dation en paiement de deux façons : d'abord en ce que l'un doit procéder par action en passation de titre, l'autre par simple déclaration de propriété; et ensuite, parce que le bénéficiaire de la promesse de vente synallagmatique est obligé d'acheter, alors que le prêteur peut fort bien choisir de ne pas se prévaloir de la clause en vertu de 1148 C. C. Pour valable qu'elle soit, la première distinction n'en paraît pas moins se situer davantage au niveau des effets qu'à celui des éléments constitutifs. La deuxième a plus de consistance, encore qu'on eût pu avancer une raison plus logique que la référence à 1148 pour expliquer la faculté accordée au créancier d'exercer ou non son privilège. Dès l'instant où la clause hypothécaire de dation en paiement a été identifiée comme clause pénale, il devient assez essentiel d'intégrer cette option à l'un des mécanismes essentiels de la clause pénale, prévue par le Code civil à 1133, alinéa 1 : "le créancier peut, s'il le veut, poursuivre l'exécution de l'obligation principale, au lieu de demander la peine stipulée".⁽³⁵⁾

Mais l'assimilation à la clause pénale ne saurait être complète. Toute autre comparaison doit s'envisager comme possible sous l'un ou l'autre aspect mineur de ce mécanisme "hybride". Notamment la référence,

(32) Certains n'ont pas toujours fait cette distinction. Notamment G.E. Ruel, qui soutient, dans un article intitulé : "Clause de dation en paiement", publié à 48, *Revue du Notariat*, page 197 : "C'est probablement en regard des principes de la promesse de vente que l'on devrait interpréter cette clause; or, la promesse de vente est un droit personnel, qui ne fait que donner lieu à l'action en passation de titre, où à des dommages, si le promettant refuse ou est incapable d'exécuter sa promesse".

(33) *Caisse Populaire de Scott vs Guillemette*, 1962 B.R., page 293 (voir page 297).

(34) *Henri-Paul Côté et la Caisse Populaire de Montmorency Village vs Norman Sternlieb et Max Clarfeld*, 1956 B.R. page 111 et 1958 S.C.R. page 121.

(35) La Cour Suprême a d'ailleurs déjà eu recours à cette façon de raisonner dans *Halcro vs Gray* déjà citée. On trouvera dans le jugement prononcé à l'occasion de l'affaire de *Baillargeon vs Therrien*, rapporté à 1957 R.P. page 339, une application du principe édicté à 1133 C.C. Consulter également à ce sujet *Gagnon vs Lemay*, 37 B.R. page 59 et 42 D.L.R. page 161.

toujours tentante, qu'on est parfois porté à faire avec la dation en paiement. A ce moment-là, la formulation même de l'article 1592 C. C. ne laisse pas de poser un problème. On pourrait penser, à la vérité, que le paragraphe 2 de cet article fait de la clause un contrat réel, en énonçant : "la dation en paiement n'est cependant parfaite que par la délivrance de la chose"

La Cour d'Appel, s'étant penchée sur la difficulté, l'a résolue d'une façon satisfaisante. Dans l'affaire Meunier -vs- Hérilien Dubois, le Juge Gagné explique que les codificateurs ont voulu d'abord et avant tout soumettre la dation en paiement au régime du consensualisme, bien qu'ils en parlent quelquefois avec des connotations "réalistes". A son avis, de même, son assimilation à la vente ne concerne que les effets, et peut-être même seulement la garantie de cette dernière, de même l'exigence de la tradition doit être prise dans un sens restreint. Le magistrat conclut ainsi :

"Je n'ajoute pas une grande importance à la deuxième phrase. A mon avis, cela n'empêche pas le transfert de la propriété par le seul consentement, conformément à la règle générale que pose l'article 1025 C. C. pour tous les contrats d'aliénation d'une chose certaine et déterminée. Ce qui n'est pas parfait, c'est le paiement, c'est-à-dire, que le débiteur n'est pas libéré de son obligation tant qu'il n'a pas livré la chose." (36)

Cette interprétation de l'article 1592 a été depuis étendue à la clause sous étude, par le Juge Martineau, dans l'affaire Sternlieb. (37)

Le transport de la clause de dation

On aurait mauvaise grâce, ici, de passer sous silence un autre aspect de la clause de dation. C'est que, celle-ci, avant même d'être réalisée, joue le rôle d'une garantie réelle, concurrente à l'hypothèque. (38) Comme telle, elle tombe sous l'empire des règles de subrogation et de cession de créance. On a ainsi décidé qu'un deuxième créancier peut forcer un premier qui lui est préférable à raison de ses privilège et hypothèque de recevoir paiement de sa créance. En appliquant de cette façon l'article 1156 paragraphe 1, la Cour Suprême en est venue à la conclusion, dans Sternlieb, qu'un deuxième créancier hypothécaire n'est pas un étranger au sens de l'article 1141. Les deux créanciers ont ainsi "respectivement le droit de faire et l'obligation de recevoir le paiement de la dette de l'emprunteur". Il s'opère alors une subrogation automati-

(36) 1954 B.R. page 767 (voir à la page 782).

(37) Citée plus haut. Le juge de la Cour d'Appel prononce : "La seule volonté du créancier dûment notifiée au débiteur, après que celui-ci est en défaut, peut rendre celui-là propriétaire de l'immeuble, et cette translation de propriété s'opère alors sans le concours ou le consentement du débiteur, les conditions de ce transfert, ayant été prévues par l'article contenant la clause de dation."

(38) Cette caractéristique de la clause nous fait encore rejoindre la clause pénale, dont le premier but, selon Beaudry-Lacantinerie, est "d'assurer l'exécution de la convention à laquelle elle se rattache" (Traité de Droit Civil, volume 13, numéro 1344)

que, et, pour employer les termes mêmes du code, par le seul effet de la loi. Un fois le premier créancier désintéressé, le deuxième est saisi des garanties réelles accessoires à la créance, dont la clause de datation en paiement, s'il y en a une de stipulée.⁽³⁹⁾

Y a-t-il lieu d'obtenir une subrogation conventionnelle par écrit du premier créancier, dans le cas où tout se fait à l'amiable ? Les avantages ne fourmillent pas. C'est là une précaution inutile et dangereuse, à notre sens. La subrogation légale transfère tous les droits du subrogeant au subrogé sans qu'il soit besoin de les énumérer. La subrogation conventionnelle, pour sa part, lorsqu'on se mêle de la consigner par écrit en stipulant tous les droits transportés au subrogé, n'ajoute, à tout le moins, rien de plus à la subrogation légale.⁽⁴⁰⁾ Mais il n'est pas sûr qu'elle ne puisse la restreindre. Si les parties signent des conventions, il se peut que, par la formulation même d'un tel document, le subrogé ne reçoive pas autant de droits que lui en aurait donnés l'opération automatique de la subrogation légale. Pourrait-on prétendre que l'article 1156 C. C. s'appliquerait pour l'excédent des droits dans lesquels il n'aurait pas été expressément subrogé ? Les tribunaux verraient peut-être dans l'acte écrit une renonciation aux droits et garanties qui n'y auraient pas été mentionnés. Une prudence élémentaire devrait donc incliner le créancier hypothécaire postérieur à s'en remettre au seul mécanisme de la subrogation légale.

On voit que la nature de cette clause ne peut être facilement cernée par un seul concept. Elle résulte davantage d'une combinaison laborieuse que d'une notion simple. Elle est en somme une clause pénale stipulée sous la forme particulière d'un transfert d'immeuble qu'affecte une double condition suspensive,⁽⁴¹⁾ mais revêtant secondairement certains aspects d'une garantie réelle et d'une datation en paiement.

II) MISE EN OEUVRE

Le nombre et la difficulté des heurts engendrés par le déroulement de la clause apparaissent à la mesure même de la complexité de sa composition. Ces difficultés se rencontrent aussi bien au niveau de son processus d'entrée en vigueur, de la détermination du moment exact du transfert de propriété et de la coordination de ces effets.

(39) Les offres faites par le deuxième créancier doivent cependant s'avérer suffisantes; sinon, la subrogation forcée n'opère pas, même si l'on tente ensuite d'y pallier en complétant l'offre par les mots : "sauf à y parfaire". C'est la teneur d'une décision rendue par la Cour d'Appel dans Boucher vs Benoît et Amann, rapportée à 1961, B.R. page 183.

(40) Banque d'Epargne vs Rousse, 1961 C.S. page 561.

(41) Le rapprochement avec la clause pénale se justifie d'autant mieux que des auteurs comme Roland de Villargues ne laissent pas de souligner les "affinités" communes de la clause pénale et des obligations conditionnelles. (Dictionnaire de Droit Civil, clause pénale, numéro 47).

La mise en branle du processus

Le mécanisme de la clause ne peut se mettre en marche qu'une fois le débiteur en défaut d'exécuter l'une ou l'autre des nombreuses obligations contractées dans l'acte de prêt. Comment le créancier pourra-t-il alors se prévaloir de sa garantie spéciale ? Une réponse générale ne saurait valoir pour tous les cas, puisqu'il existe plusieurs façons de rédiger la clause de dation. Certaines stipulent la nécessité d'une mise en demeure par le créancier avec ou sans délai, alors que d'autres sont conçues de façon à prendre effet automatiquement dès le défaut du débiteur, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure.

Cette dernière présente un intérêt marqué. Si on l'applique à la lettre, elle transfère immédiatement et obligatoirement l'immeuble concerné par le seul fait du défaut du débiteur. C'est là du même coup, poser un grave problème de titre vis-à-vis les tiers et bouleverser les principes régissant la clause pénale.⁽⁴²⁾ Il faut que le défaut du débiteur soit constaté d'une façon ou d'une autre pour qu'un titre puisse être constitué en faveur du créancier, si le débiteur ne consent pas à en donner. En fait, il ne s'agit pas ici d'exiger une mise en demeure, mais bien d'obliger le créancier à manifester son option. Lavallée rend bien compte de cette nécessité :

"Le créancier a donc une option à exercer, et s'il veut se prévaloir de la clause pénale, il doit manifester son intention et la rendre publique, conformément aux principes qui régissent les transmissions d'immeubles."⁽⁴³⁾

On sait que beaucoup de formulations prévoient une mise en demeure à adresser au débiteur avant d'exercer la clause. Un des conflits les plus considérables suscités par l'application de ce contrat innommé est sans doute ce que nous appellerions la "querelle de l'avis de soixante jours". S'inspirant en effet des similitudes apparentes entre le réméré et la clause en dation, certains prônèrent avec force l'obligation dans laquelle se trouvait le créancier d'expédier un avis de soixante jours à son débiteur, avant de se faire déclarer propriétaire de l'immeuble.⁽⁴⁴⁾ Une jurisprudence bien établie a, depuis, relégué cette exigence aux oubliettes.⁽⁴⁵⁾

(42) Tout particulièrement 1133 et 1134 C.C.

(43) Armand Lavallée, article déjà cité.

(44) En fait, la loi sur le moratoire, édictée à 23 George V, chapitre 99 et amendée en 1934 par 24 George V, chapitre 73, décrétait la nécessité de l'avis de 60 jours dans le cas des créances hypothécaires, même si l'acte qui les constituait comportait dation en paiement. Cette loi a été depuis abrogée, et l'amendement au Code Civil (2 George VI, chapitre 98) ne prévoit que le réméré et la clause résolutoire faute de paiement du prix.

(45) Tout indique qu'on l'en sortira bientôt, si ce n'est pas déjà fait, puisque au moment où nous rédigeons ces lignes, l'Assemblée Législative est à étudier un amendement au Code Civil qui rétablit la nécessité de l'avis de soixante jours.

“Ce que l'on veut probablement éviter en procédant de cette façon, “en stipulant la clause de dation en paiement” c'est l'avis de soixante jours prescrit par les articles 1537 et 1550 C. C.”⁽⁴⁶⁾

On a également posé la question de savoir si, une fois la mise en demeure adressée et le délai expiré, le créancier pouvait en perdre le bénéfice soit par inaction de sa part, soit en choisissant d'instituer un recours en recouvrement de versement échu. Une certaine jurisprudence a ainsi soutenu que le fait pour le créancier d'attendre indéfiniment après avoir mis le débiteur en demeure équivaut à une renonciation de sa part à exercer sa clause sans adresser une nouvelle mise en demeure.

“A l'expiration de l'avis de soixante jours, le requérant avait consenti à en retarder l'échéance; il fallait donc de sa part une nouvelle manifestation de volonté, sans ambiguïté possible, pour que la dation en paiement pût prendre effet.”⁽⁴⁷⁾

En conséquence, le créancier qui laisse s'écouler trop de temps après le moment où il pouvait exercer sa clause, se verra forcé d'adresser une nouvelle mise en demeure pour se prévaloir de son privilège.

Certains juges ont frappé de la même sanction le créancier qui, au lieu de poursuivre la mise en vigueur de la clause de dation en paiement, décide d'intenter une simple réclamation du versement échu: ils voient là, avec raison semble-t-il, une renonciation du créancier à son droit.⁽⁴⁸⁾ Mais la plupart de ces magistrats donnent à cette renonciation du créancier une portée qui paraît abusive: ils étendent ses effets à tous les défauts subséquents du débiteur. A les en croire, le créancier bien disposé, qui choisit, à l'occasion du défaut de son débiteur d'acquitter un terme, de lui laisser une chance en se contentant de ne recouvrer que le montant de ce terme au lieu de s'approprier son immeuble, renoncerait, par le fait même, à cette dernière alternative pour tous les défauts éventuels de l'autre partie. Cette théorie n'est certes pas faite pour inspirer beaucoup de générosité au créancier. Au contraire, son implantation dans notre droit serait de nature à rendre plus rigoureuse une institution qui l'est déjà trop. La Cour Suprême, l'ayant bien vu, est intervenue à l'occasion de l'affaire Sternlieb, infirmant, à ce sujet, la position prise par le Juge Martineau en Cour d'Appel :

“Dans les cas de prestation périodique de la part du débiteur, a-t-on décidé finalement, il y a autant d'obligations distinctes qu'il y a de périodes en déterminant l'échéance, et l'occasion pour le créancier d'exercer, s'il en décide, et la nécessité dans

(46) Note du juge Gagné dans *Desmarteau vs Desmarteau*, 1951 B.R. page 264; au même effet: *Métropole Loan Corporation, C.S.*, district de Montréal, numéro 343 156 (juge Jean); *Dansereau vs Boissy et Brals* déjà citée, où l'on trouve une argumentation détaillée. Voir aussi les notes du juge Badaeux dans *Val Mountain Lodge Incorporated vs Laperle*, 1961 B.R., page 410 (voir à la page 413).

(47) Notes du juge Bernier dans *In re Ireland: Breton vs Gingras*, 1962 C.S. page 95 (voir à la page 109).

(48) Le principe est appliqué dans *Vallée vs Tourangeau*, 33 B.R. page 476; *Alarie vs Crédit Mauricien Inc.* 1956 B.R. page 693; *Shaposnick vs Workman*, 1947 R.L. page 385 et *Chartrand vs Desrochers*, déjà citée.

ce cas de choisir son recours ne s'avèrent qu'au moment et à chaque fois que se présente le fait juridique donnant ouverture aux divers recours prévus par la convention, soit un défaut du débiteur." (49)

A l'avènement des diverses conditions prescrites, et une fois remplies les formalités requises, c'est par action en déclaration de propriété que doit procéder le créancier pour se faire déclarer propriétaire incommutable de l'immeuble concerné. C'est là ce que la Cour d'Appel a appelé "requérir la confirmation judiciaire du titre". (50)

A ce stade des procédures, est-il possible pour le débiteur d'accomplir ses prestations en souffrance pour se libérer de cette action? Peut-il tenter à ce moment-ci de se faire relever de son défaut et éviter de perdre son immeuble? La question revêt une importance énorme, puisqu'elle met en cause la seule issue laissée au débiteur pour éviter la catastrophe que représente l'exercice définitif de la clause de dation en paiement.

Dans l'affaire Desmarteau -vs- Desmarteau, le Juge Barclay de la Cour d'Appel avait permis au débiteur d'arrêter l'action en offrant le montant dû au créancier. Quelques années plus tard, le Juge Brossard, à l'occasion de la cause Dansereau -vs- Boissy et Brais, s'inspirait de ce jugement pour énoncer qu'en vertu de l'article 1538 C. C., le débiteur a la faculté de se libérer en tout temps avant jugement. Il semble toutefois qu'il faille distinguer selon que la clause est stipulée automatique ou non. Or, celle qui faisait l'objet du litige Desmarteau -vs- Desmarteau, nécessitait une mise en demeure: le créancier ayant intenté son action sans autres formalités préliminaires, la Cour d'Appel était fondée de considérer cette action comme une simple mise en demeure, à laquelle le débiteur avait la faculté d'obtempérer sans frais contre lui. De plus, le recours à l'article 1538 C. C. repose sur un illogisme puisqu'il postule la confusion de la vente et de la clause de dation en paiement. Dans une telle optique, il faut conclure à l'impossibilité pour le débiteur d'arrêter l'action par des offres réelles, s'il s'agit d'une clause prenant effet de plein droit, ou encore, s'il a été préalablement mis en demeure. C'est d'ailleurs l'effet d'un autre jugement, déjà cité, rendu récemment par le Juge Brossard dans Chartrand -vs- Desrochers. Le savant juge statue :

"Il ne paraît plus possible d'admettre que les dispositions de l'article 1538 C. C. puissent être appliquées dans le cas d'exercice d'une clause de dation en paiement stipulant qu'elle prend effet "ipso facto" advenant le défaut du défendeur." (51)

(49) Juge Fauteux, dans l'affaire Sternlieb; noter toutefois, qu'une nouvelle entente entre le créancier et le débiteur changeant le mode de paiement de la dette a pour effet de rendre caduque la mise en demeure déjà donnée (Thibault vs Lafalle, 1951 C.S. page 188); enfin, la mise en demeure n'est évidemment plus nécessaire, si le débiteur accepte de donner un titre de gré à gré.

(50) Plouffe vs Aubin, 50 B.R., page 280.

(51) C'est également l'opinion professée par Armand Lavallée dans un autre article intitulé : "Prêt et hypothèque", publié à 1955-56 Revue du Notariat, page 399 (à la page 401).

Il est à noter que l'amendement prévu, actuellement déposé à l'Assemblée Législative, permet au débiteur de faire rejeter par des offres réelles toute action en déclaration de propriété.

La date effective du transfert

C'est lorsqu'il s'est agi de situer le moment exact du transfert de propriété que la clause de dation en paiement a connu sa minute de vérité. Les innombrables implications pratiques qui dépendent, tant du côté des parties que de celui des tiers de la réponse donnée, font de cette démarche une opération particulièrement délicate.

La détermination de la date du transfert, par rapport aux parties, ne donne pas lieu à de bien longues tergiversations. L'obligation est affectée de deux conditions suspensives, dont nous avons vu plus haut qu'elles sont valides, aussi bien l'une que l'autre. Il n'y a plus qu'à laisser jouer le mécanisme de 1085 C. C. : "la condition accomplie, prescrit cet article, a un effet rétroactif au jour auquel l'obligation a été contractée". Le problème se pose d'autant moins, ici, que la rétroactivité à la date du prêt apparaît stipulée dans toutes les clauses de dation en paiement, sans exception.

Mais, qu'est-ce à dire des tiers ? En quoi peut-on les prétendre affectés dans les dispositions d'une convention intervenue entre parties ?

Nous avons conclu plus haut que la clause avait pour effet de transporter valablement au créancier sous condition suspensive, ce droit réel par excellence qu'est la propriété d'un ou de plusieurs immeubles. Or, en vertu de l'article 1027 C. C., l'aliénation de propriété faite entre deux individus vaut "aussi bien pour les tiers que pour les parties contractantes, sauf, dans les contrats pour le transport d'immeubles, les dispositions particulières contenues dans ce code quant à l'enregistrement des droits réels". On voit ainsi que 2098 C. C. énonce : "Tout acte entre vifs, transférant la propriété d'un immeuble, doit être enregistré."

A l'instar du droit de réméré, la clause de dation, dès la manifestation de l'option du créancier, transfère l'immeuble d'une partie à une autre. Cette translation jouit de la rétroactivité à la date de la convention sous condition suspensive qui lui donne naissance. Qu'il faille remonter à ce moment pour donner une date effective au transport, nous en tirons la nécessité tant de l'article 1085 que de la volonté expresse des parties. S'il y a transfert d'immeubles sous condition suspensive entre les parties, et transfert tout court à l'avènement de la double condition, il s'opère aussi vis-à-vis les tiers, selon 1027 C. C., sauf la limitation qu'on y apporte, soit la nécessité d'enregistrer la convention pour en assurer la publicité à laquelle les tiers ont un droit absolu.

"La rétroactivité, écrit Beaudry-Lacantinerie, est une fiction de la loi; mais l'effet rétroactif se produit, quelle que soit la nature du droit que la condition affecte, donc non seulement lorsque c'est un droit personnel, mais aussi lorsque c'est un droit réel."⁽⁵²⁾

(52) Beaudry-Lacantinerie, Op. Cit. Tome XIII, numéro 811.

Une seule formalité à remplir : l'enregistrement du contrat de prêt. A vrai dire, c'est du moment officiel de l'accomplissement de cette publicité que rétroagit le transfert de propriété.⁽⁵³⁾ Doctrine et jurisprudence s'accordent là-dessus. C'est l'avis de Lavallée⁽⁵⁴⁾ et de Comtois;⁽⁵⁵⁾ c'est également celui de la Cour d'Appel⁽⁵⁶⁾ et de la Cour Supérieure⁽⁵⁷⁾ en bloc.⁽⁵⁸⁾ Seule la Cour Suprême n'a pas encore pris position, n'ayant pas vraiment eu l'occasion de le faire. Il serait sage de ne pas trop préjuger de sa décision; la clause a des ennemis. Le législateur lui-même semble l'avoir prise en grippe et les jugements ne manquent pas qui lui reprochent sa rigueur. "Dura lex, sed lex", lit-on parfois entre les lignes.

Les garanties réelles postérieures

Dire d'une telle clause qu'elle engendre des effets fait figure d'euphémisme. Il serait plus exact de parler des chambardements qu'elle effectue dans l'équilibre des garanties réelles et de plusieurs autres institutions du Code civil.

Bouleversant l'équilibre traditionnel des privilèges et des hypothèques, la clause frappe de précarité tous les titres consentis par le débiteur après son enregistrement. On tire ce principe de l'article 2038 : "Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision", et de l'article 2081, paragraphe 2 : "Les privilèges et hypothèques s'éteignent par la résolution, ou par l'extinction légale du droit conditionnel ou précaire dans la personne qui a donné lieu au privilège ou à l'hypothèque". En somme, la validité des charges réelles dont le débiteur peut grever son immeuble en faveur de certains tiers, dépend de la validité des droits que le débiteur peut lui-même prétendre sur le même immeuble. Que la double condition suspensive donne ouverture

(53) "Si le contrat est enregistré postérieurement à sa date, mais "pendente conditione", la condition ne remonte qu'à la date de l'enregistrement; s'il est enregistré après la condition accomplie, il n'a aucun effet rétroactif" (Mignault Op. Cit., Tome V, page 444, note 1).

(54) Lavallée, Op. Cit. 34, Revue du Notariat, page 298.

(55) Comtois, (1958-59) 61, Revue du Notariat, page 225.

(56) Plouffe vs Aubin, déjà citée; lire les notes du Juge en Chef Galipeault; Caisse Populaire de Scott vs Guillemette, 1962, B.R. page 293 (notes du juge Choquette).

(57) In re Michelin : The Imperial Life Assurance Company of Canada vs Masse, Montréal, 15 avril 1958 (Juge Montpetit); Descaries vs Chauret (1922), 60 C.S. page 143; In re Ireland : Breton vs Gingras, déjà citée; Goldsmith vs Montreal Motor Transport Company Limited (1934), 72 C.S. page 277.

(58) On remarquera qu'il est loisible au créancier de renoncer à la rétroactivité en demandant que la date du transfert soit celle de son action en déclaration de propriété; la chose s'est produite dans l'affaire Sternlieb, déjà citée.

à la réalisation de la clause, et les droits des tiers, tout réels qu'ils soient, s'effriteront avec celui du débiteur.⁽⁵⁹⁾

Cette fois encore, on se retrouve en face d'une doctrine⁽⁶⁰⁾ et d'une jurisprudence à peu près unanimes. Citons un passage particulièrement représentatif que nous tirons des notes données par le Juge Choquette, de la Cour d'Appel, à l'occasion de l'affaire Caisse Populaire de Scott -vs- Dame Guillemette :

"C'est sujet à ce droit antérieur que la défenderesse a accepté une deuxième hypothèque. Elle ne peut donc faire grief au demandeur, qui n'a pas traité avec elle, d'exercer ce droit dont l'enregistrement est antérieur au sien."⁽⁶¹⁾

La situation des tiers ne leur permet pas d'entretenir d'espairs; trop souvent, au moment de contracter avec le débiteur, ils se contentent de vérifier au bureau d'enregistrement si des hypothèques ou des privilèges grèvent l'immeuble qu'on leur offre en garantie. Ils acceptent ainsi de prêter sur une deuxième hypothèque, sans songer que la première, même consentie pour un montant relativement minime en regard de la valeur de l'immeuble, porte en elle, sous la forme d'une simple clause, le germe de leur déconfiture.

L'avènement de la double condition les prive de tout recours. On prononcerait sans doute que l'entrepreneur en construction, dépouillé de son privilège par la mise en exercice de la clause, ne peut instituer une action "de in rem verso" à l'encontre du nouveau propriétaire en train de jouir d'une plus-value qu'il n'a rien fait pour mériter.⁽⁶²⁾

Les privilèges de la Couronne posent toutefois un problème particulier : il ne s'avère pas possible de conclure à leur radiation par la simple application des principes du droit commun. L'article 9 semble bien l'interdire : "Nul acte de la Législature n'affecte les droits ou prérogatives de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient compris par une disposition expresse".

(59) Ces mêmes principes sont appliqués aux articles 1547 C.C. et 1665 C.C.; à souligner que le réméré dont l'exercice est aussi affecté d'une condition suspensive purement potestative du côté du créancier, engendre pour les tiers des effets aussi dévastateurs que ceux de la clause de datation.

(60) Retenons la dissidence de G.E. Ruel dont nous avons déjà cité l'article.

(61) Au même effet : Plouffe vs Aubin; le Juge en Chef Galipeault y prononce comme suit : "L'appelante n'a pu acquérir qu'une garantie précaire et sa négligence de s'en rendre compte ne peut lui venir en aide dans la présente cause". La Cour Supérieure soutient la même thèse : Descaries vs Descaries et Chauret, déjà citée; In re Ireland : Breton vs Gingras, déjà citée; Goulet vs Coco Island Inc. et Stewart, 1961 C.S. page 402 (à la page 409).

(62) Cette hypothèse présente en effet une assez forte analogie avec le litige que la Cour d'Appel a dénoué dans l'affaire Vachon vs Deschênes, rapportée à 1935, 59, B.R., page 193. Le juge Dorion y décide : "L'entrepreneur ne saurait être admis à invoquer le principe de l'enrichissement sans cause à l'encontre du vendeur ayant exercé une clause résolutoire faute de paiement du prix".

L'enregistrement de tels privilèges, surtout en matière de taxation, devient monnaie courante. Un propriétaire de station-service néglige de faire parvenir au ministère du Revenu cette portion de son chiffre d'affaires que représente la taxe de vente. Les officiers du ministère peuvent à ce moment-là enregistrer sur les propriétés immobilières du contribuable un privilège pour taxes qui vient avant les hypothèques déjà enregistrées. Cette pratique, qui s'appuie sur des textes précis,⁽⁶³⁾ vient de recevoir la bénédiction de la Cour d'Appel dans l'affaire de Supertest Petroleum Corporation Limited -vs- Jacques-Cartier Automobiles Inc. et Shank.⁽⁶⁴⁾ Craignant peut-être d'affaiblir le crédit foncier,⁽⁶⁵⁾ le législateur est en train d'étudier un amendement qui ménagera davantage les droits des prêteurs hypothécaires.⁽⁶⁶⁾

Mais le problème reste entier à savoir si l'exercice d'une clause de dation emporte de droit la radiation de tous les privilèges de la Couronne enregistrés postérieurement à l'acte d'obligation.

Il y a lieu de s'interroger sur la nature des droits et prérogatives de la Couronne que le droit commun ne peut affecter en l'absence d'une disposition expresse lui donnant cet effet. Mignault⁽⁶⁷⁾ distingue avec raison deux sortes de prérogatives de la Couronne; les premières groupant tous les droits appartenant à l'Etat en tant qu'Etat. Ce sont, entre autres, le droit de lever des impôts, celui de frapper monnaie ou, encore, celui de déléguer des ambassadeurs; donc une première catégorie comprend les privilèges politiques proprement dits. La deuxième, elle, englobe les prérogatives à caractère civil. Si les premières tombent sous le coup de l'article 9 du Code civil, il ne saurait en être ainsi des deuxièmes. L'Etat, dans la mesure où il remplit des fonctions qui lui sont propres, a droit de jouir de l'immunité que lui garantit cet article. Toutefois, les agissements de la Couronne sont soumis au droit commun lorsqu'ils ne diffèrent pas par leur nature des actes de n'importe lequel particulier. Le Juge Mathieu, pour sa part, voyait les choses de la façon suivante :

"L'article 9 du Code civil ne se rapporte qu'aux droits et prérogatives du Souverain qui découlent de la souveraineté dont il est investi et les droits civils pouvant appartenir au Roi comme à ses sujets ne sont pas affectés par cet article."⁽⁶⁸⁾

Le privilège garantissant l'exécution par le contribuable de son obligation de payer les impôts, fait accessoirement partie des prérogatives politiques de la Couronne, au sens de l'article 9. Conséquemment,

(63) Loi de l'Impôt sur la Vente au Détail, 1941 S.R.Q., chapitre 88, article 26; Loi de l'Impôt sur les Corporations, 1947, II George VI, chapitre 33, article 28.

(64) 1963 B.R. page 336, confirmant le jugement du juge Edge.

(65) Voir à ce sujet l'article publié par Albert Mayrand à 1963, Revue du Barreau, page 413.

(66) Un bill à cet effet vient d'être déposé devant l'Assemblée Législative.

(67) Mignault, Op. Cit., volume 1, page 107.

(68) Sir Alexander Campbell *ès-qualité vs Judah* (1884) 7, L.N. page 147.

l'exercice de la clause de dation ne frappera ce privilège de précarité que si le code ou un statut quelconque contient une disposition dans ce sens. Or, l'article 2086 du Code civil énonce : "Le défaut d'enregistrement peut être opposé même à l'encontre des mineurs, des interdits, des femmes sous puissance de mari et de la Couronne."

C'est précisément une telle déficience qu'il s'agit ici, croyons-nous, d'invoquer contre la Couronne. Si celle-ci n'avait pas fait défaut d'enregistrer son privilège avant l'acte d'obligation comportant clause de dation en paiement, ces droits n'auraient pas été mis en péril. Encore qu'il y ait là peut-être davantage une tardivité qu'un défaut d'enregistrement. Pour les fins de l'article 9, cette distinction ne saurait faire de différence; la Cour d'Appel, dans l'affaire *St-Lawrence Investment -vs- Brown*,⁽⁶⁹⁾ assimile la tardivité au défaut d'enregistrement, de manière à permettre à la partie de l'opposer à la Couronne.

Il semblerait donc que le bénéficiaire de la clause de dation pourrait également obtenir la radiation du privilège de la Couronne .

Compensation et faillite

En raison même de sa complexité, la clause produit par ricochet des effets imprévus. Elle constitue ainsi pour le débiteur un empêchement probablement insurmontable de faire valoir contre le prêteur la compensation et légale et judiciaire qu'il aurait été autrement en mesure de lui opposer. Légale, en ce sens que si le débiteur cesse de payer ses termes, sous prétexte qu'il détient une créance en deniers contre le prêteur, celui-ci profitera de l'occasion pour exercer sa clause de dation. Judiciaire également, puisque le débiteur ne pourra, aux termes de l'article 217, paragraphe 2 du Code de procédure civile, intenter une demande reconventionnelle "pour une réclamation de deniers qu'il peut avoir résultant d'une autre cause". En effet, une telle demande reconventionnelle verserait dans l'illégalité, étant donné qu'on la dirigerait contre une demande principale ne tendant pas à une condamnation en deniers.

Pour prévenir de tels avatars, le débiteur sera bien avisé de stipuler dans la clause que la suspension de ses paiements ne constitue pas un défaut de sa part, lorsqu'elle se justifie par le désir d'opérer compensation.

L'incidence d'une faillite donne légalement lieu à quelques complications. Règle générale, la faillite du débiteur le met automatiquement en défaut, donnant ainsi ouverture à la mise en vigueur de la clause.

Le créancier doit à ce moment-là adresser aux syndics la déclaration assermentée de l'article 50, paragraphe 1 de la Loi de faillite. Ce dernier peut obtempérer à cette demande en consentant à l'amiable un titre au créancier et en lui remettant possession de l'immeuble. Le cas échéant, le bénéficiaire de la clause en appelle du refus du syndic par une requête intentée devant le tribunal de faillite. Le jugement accueillant

(69) (1937) 63 B.R. page 555.

la requête équivaut à un titre que le créancier doit faire enregistrer, de la même façon qu'un jugement de la Cour Supérieure maintenant une action en déclaration de propriété. Seule la Cour Supérieure peut adju-ger sur l'annulation des garanties postérieures à l'enregistrement de l'acte d'obligation. Le juge Bernier a ainsi décidé dans Breton -vs- Gingras :

“Le tribunal (de faillite) est sans juridiction pour porter juge-ment quant à la validité des privilèges des fournisseurs de ma-tériaux et de constructeurs enregistrés subséquentement sur les immeubles affectés par la clause de dation en paiement et pour ordonner radiation.”

L'élément véritablement nouveau apporté par une faillite dans l'ap-plication d'une telle clause est sans contredit la requête prévue à l'article 40, paragraphe 2 de la loi. Celui-ci donne effectivement au syndic le moyen de retarder pendant un certain temps la mise à exécution de la clause. Durant ce délai, obtenu par ordonnance du tribunal de faillite, le syndic, par dérogation au principe civil plus haut exposé, a le droit, en vertu de l'article 87 paragraphe 3 de la Loi de faillite, de libérer l'immeuble, en acquittant la créance du bénéficiaire de la clause.

Une opinion exprimée dans Breton -vs- Gingras ainsi que dans Sharpe -vs- Purity Flour Mills Limited ⁽⁷⁰⁾ voudrait, qu'après avoir désintéressé le créancier, le syndic puisse exercer le privilège dont il a frustré ce dernier et procéder à la radiation des droits enregistrés subsé-quentement.

Cette façon de voir paraît quelque peu suspecte. Le but du législa-teur, en édictant 87 paragraphe 3, semble bien de permettre au syndic de faire entrer dans l'actif de la faillite cette partie de la valeur de l'im-meuble qui est exempte de charge réelle. La clause de dation en paiement peut être exercée à l'encontre de ces créanciers hypothécaires postérieurs par le débiteur qui, à l'aide d'offres réelles, réussit à se libérer d'une action en déclaration de propriété. Une fois revenu dans le patrimoine de celui qui l'avait concédé, le droit de préférence s'éteint, au profit des autres créanciers, en vertu des articles 1980 et 1981 du Code civil. On ne peut se préférer à ses créanciers sur ses propres biens. Le syndic ne le peut pas davantage, puisqu'il n'exerce sur les biens qui lui sont concédés ès-qualité, pas plus de droits que le débiteur n'en disposait lui-même. Une fois dissipée la menace de l'exercice de la clause de dation en paiement, le syndic, croyons-nous, agissant aux lieu et place du débiteur,⁽⁷¹⁾ se trouve de nouveau aux prises avec les créanciers garantis postérieurs, s'il y en a.

On s'est demandé aussi si le fait d'intenter une requête pour délai en vertu de l'article 40, paragraphe 2 avait pour effet d'empêcher le créancier de produire une requête en déclaration de propriété. Dans l'af-

(70) 38 C.B.R. page 186; Breton vs Gingras, aux pages 101 et 107.

(71) Ainsi, la mise en demeure adressée au débiteur par le bénéficiaire de la clause vaut à l'encontre du syndic, après la cession de biens.

faire de Bissonnette -vs- Compagnie de Finance Laval,⁽⁷²⁾ la Cour d'Appel a décidé que rien n'interdisait au créancier de ce faire, ajoutant même :

“La requête en propriété tient lieu de contestation à la requête du syndic.”

Le juge Bernier précise en plus dans l'importante affaire Ireland :

“Que postérieurement à l'avis et avant la formulation de la requête en appel le syndic ait lui-même présenté une requête pour délai en vertu de l'article 40, paragraphe 2 de la Loi sur la faillite, ne change rien au bien-fondé de la requête; ceci pourra seulement avoir un effet dilatoire sur le prononcé du jugement, si le tribunal en vient à la conclusion qu'il est opportun d'accorder le délai demandé.”

Il semblerait que l'émission de l'ordonnance sous l'article 40, paragraphe 2 a pour simple effet de différer le jugement sur la requête du créancier jusqu'à l'expiration du délai, si avant ce temps, le syndic n'a pas désintéressé le requérant.

CONCLUSION

Conçue originellement dans le but de favoriser le crédit, la clause de dation en paiement favorise de plus en plus les intérêts du prêteur. Pour la sauvegarde de la liberté des conventions, il est souhaitable d'en atténuer la rigueur en lui apportant quelques modifications. Elle et son acolyte ordinaire, le prêt hypothécaire, tendent à devenir de véritables contrats d'adhésion dans les mains des compagnies prêteuses. Les conditions étant telles, l'Etat, tout en agissant avec prudence, doit se faire arbitre et imposer des limites propres à favoriser l'épanouissement d'un véritable consensualisme. Les frères Mazeaud écrivent à ce sujet :

“Puisque, en fait, le contrat d'adhésion n'est pas un accord librement consenti, puisque ses clauses sont imposées à l'une des parties, puisque dans cette discussion la faillite de la liberté est presque totale, il est normal que des règles impératives tracées par le législateur rétablissent l'équilibre et l'égalité rompus, que le contrat soit “dirigé” par le législateur.”⁽⁷³⁾

Heureusement, la clause de dation en paiement n'en est pas rendue là.⁽⁷⁴⁾ Deux retouches principales suffiraient à la rendre équitable : 1. imposer la nécessité de l'avis de soixante jours et 2. permettre au débi-

(72) 1963 B.R. page 391; voir les notes du juge Choquette à la page 396; en appel à la Cour Suprême.

(73) Op. Cit. Tome II, page 28.

(74) Le juge Lacourcière souligne, dans *St-Onge et Fournier Inc. vs Gravel*, 1959 C.S. page 290; “Cette clause peut être exorbitante, mais pas illicite ni contraire aux bonnes moeurs”.

teur de se libérer par des offres réelles faites en tout temps avant jugement.⁽⁷⁵⁾

La clause n'a d'ailleurs pas que des défauts. Bien que formée d'éléments très diversifiés, elle s'est élevée, dans notre droit, au rang d'entité propre. C'est en vain qu'on a cherché à la caser sur une étagère du Code civil, dans l'espérance de l'enfermer dans un seul chapitre et la soumettre à une série limitée et consécutive d'articles. Elle ne se circonscrit pas aussi facilement. Sa grande originalité est d'avoir doté notre droit d'une nouvelle garantie réelle, distincte de l'hypothèque et du privilège.⁽⁷⁶⁾ Plus que tout autre contrat innommé, elle témoigne de la richesse et de l'intelligence de notre droit civil.

(75) Le législateur ira peut-être jusqu'à donner au juge le pouvoir de délier le débiteur des obligations qui lui paraissent trop onéreuses. Il est à craindre qu'une telle intervention n'éprouve fortement la sécurité du contrat.

(76) Bien que techniquement accolée à l'hypothèque, elle n'en est pas moins bien distincte; c'est ainsi que la renonciation à l'une n'entraîne pas la renonciation à l'autre.