

La création de l'hypothèque immobilière conventionnelle

Louise Poudrier-LeBel

Volume 23, numéro 3, septembre 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1057118ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1057118ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Poudrier-LeBel, L. (1992). La création de l'hypothèque immobilière conventionnelle. *Revue générale de droit*, 23(3), 401–410.
<https://doi.org/10.7202/1057118ar>

Résumé de l'article

La propriété immobilière est recherchée pour la valeur de garantie qu'elle accorde à un créancier sous forme d'une hypothèque immobilière conventionnelle. Une approche comparative des systèmes de droit qui nous sont familiers permet les rapprochements suivants : le droit français transforma l'hypothèque générale et secrète en une sûreté spéciale et publique; la common law effectue plutôt un transfert du titre soumis à un droit de rachat; le droit québécois, d'abord semblable au droit français de la même époque, fit de nombreux emprunts au droit anglais, principalement l'exigence de la publicité. De plus, les droits accordés conventionnellement au créancier, spécialement la clause de datation en paiement, s'inspirent plus de la conception anglaise.

La réforme du droit québécois maintient les règles de fond et de forme que nous connaissons, en les adaptant aux réalités modernes sauf quant au caractère solennel du contrat.

La création de l'hypothèque immobilière conventionnelle

LOUISE POUDRIER-LEBEL

Docteure en droit, professeure titulaire,
Faculté de droit, Université Laval

RÉSUMÉ

La propriété immobilière est recherchée pour la valeur de garantie qu'elle accorde à un créancier sous forme d'une hypothèque immobilière conventionnelle. Une approche comparative des systèmes de droit qui nous sont familiers permet les rapprochements suivants : le droit français transforma l'hypothèque générale et secrète en une sûreté spéciale et publique; la common law effectue plutôt un transfert du titre soumis à un droit de rachat; le droit québécois, d'abord semblable au droit français de la même époque, fit de nombreux emprunts au droit anglais, principalement l'exigence de la publicité. De plus, les droits accordés conventionnellement au créancier, spécialement la clause de dation en paiement, s'inspirent plus de la conception anglaise. La réforme du droit québécois maintient les règles de fond et de forme que nous connaissons, en les adaptant aux réalités modernes sauf quant au caractère solennel du contrat.

ABSTRACT

Immoveable property is sought for the value of the security it gives a creditor in the form of a conventional immoveable hypothec. A comparative approach to the two systems of law that are familiar to us suggests the following parallels : French law transforms a general and secret hypothec into a special and public security; the Common Law, however, effects a transfer of title subject to a right of redemption; Québec law, while originally similar to the French law, has borrowed many concepts from the English law, primarily the requirement of publicity, or registration. Moreover, the rights conventionally granted to a creditor, in particular the giving in payment, have more in common with the English concept. The reform of the Québec law maintains the rules of substance and form with which we are acquainted while adapting them to modern reality, with the exception of the essential formality of the contract.

SOMMAIRE

Introduction	402
I. Le développement historique et comparatif de l'hypothèque immobilière conventionnelle	403

A.	En droit français	403
1.	Le très ancien droit : disparition de l'hypothèque	403
2.	L'ancien droit : réapparition de l'hypothèque	404
3.	Le droit moderne	404
B.	En droit anglais	405
1.	XII ^e s. : le gage en jouissance	405
2.	XIII ^e s. : le gage en propriété	405
3.	XVIII ^e s. : le rôle de l'équité	406
C.	En droit québécois	406
1.	Les débuts de la colonie : le droit français	406
2.	Après la conquête, compromis avec le droit anglais	406
3.	La codification de 1866	407
II.	La réforme du droit québécois	407
A.	L'adaptation aux réalités modernes	408
B.	L'incidence d'autres dispositions du Code	408
C.	Le refus d'un bouleversement : le maintien du caractère solennel	409
	Conclusion	410

INTRODUCTION

L'ensemble des moyens qui rendent « sûrs » les rapports d'obligations entre créanciers et débiteurs s'appellent les sûretés. Elles permettent au créancier, accordant crédit au débiteur, de lui faire confiance. Les termes « créancier », « crédit », « confiance » partagent une racine commune, le mot latin *credere*¹.

Au point de vue historique, l'apparition de la sûreté personnelle, qu'est le cautionnement, remonte plus loin dans le temps que celle des sûretés réelles. Bientôt cependant, ces dernières devaient aussi se développer avec la reconnaissance du principe de l'exécution sur les biens. Les sûretés réelles comprennent les privilèges et les hypothèques.

L'Office de révision du Code civil a voulu uniformiser les sûretés réelles, faciliter le crédit du débiteur et empêcher les abus des créanciers². Tenant compte de la pratique nord-américaine, elle introduisit l'hypothèque mobilière sans dépossession et codifia les recours, jadis accordés conventionnellement au créancier, en lui imposant des normes de comportement.

Le nouveau *Code civil du Québec* retient la majorité des recommandations contenues au Rapport de l'Office de révision. La réforme ne bouleverse

1. P. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil, les sûretés*, (le droit du crédit), 3^e éd., Paris, Cujas, 1990, p. 11.

2. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1978, livre IV, titre 5; R. COMTOIS, « Le nouveau droits des sûretés réelles », [1978] *C.P. du N.* 75; F. FRADETTE, « Les sûretés réelles : aperçu des principales nouveautés proposées par la réforme du Code civil », (1987) 89 *R. du N.* 732; R.P. GODIN, « Le rapport sur les sûretés réelles et ses incidences sur l'hypothèque immobilière », (1976) 35 *R. du B.* 385; M. LÉGARÉ, « Le rapport sur les sûretés réelles : un droit futur emballant! », (1977) 79 *R. du N.* 433; L. POUQUIER-LEBEL et L. LEBEL, « Observations sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil sur les sûretés réelles », (1977) 18 *C. de D.* 833.

donc pas les règles de fond et de forme que nous connaissons au sujet de la création de l'hypothèque immobilière conventionnelle, bien qu'elle puisse avoir une incidence sur la rédaction habituelle des actes de prêt hypothécaire. Nous aborderons le sujet par une approche comparative de la technique employée pour acquérir une hypothèque immobilière conventionnelle en droit français, en droit anglais et en droit québécois, puis nous ferons quelques commentaires sur la réforme du droit québécois.

I. LE DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE ET COMPARATIF DE L'HYPOTHÈQUE IMMOBILIÈRE CONVENTIONNELLE

Dans tous les systèmes juridiques, la préoccupation majeure demeure la même : procurer au créancier la meilleure protection possible. Selon Marty et Raynaud : « Le moyen le plus énergique et le plus rudimentaire pour aboutir à ce résultat consiste à transférer au créancier la propriété elle-même. »³ Puis, au lieu de transférer la propriété de la chose au créancier, on lui en remet la possession. Enfin, le progrès fondamental consista à reconnaître au créancier un droit de préférence et un droit de suite sur une chose demeurée entre les mains de son propriétaire. L'hypothèque immobilière conventionnelle est l'aboutissement d'une conception perfectionnée du droit réel.

Selon les auteurs, le mot hypothèque viendrait du grec mais il est difficile de savoir en quoi consistait cette hypothèque⁴. Pour Ripert et Boulanger, l'hypothèque fut imaginée à Rome comme un gage sans déplacement de la possession, au profit des fermiers qui étaient dans l'impossibilité de remettre à leurs créanciers le matériel agricole indispensable à l'exploitation mais ils ne traitent pas du degré d'expansion de cette sûreté⁵. Quant aux professeurs Cabrillac et Mouly, ils retracent ainsi les origines lointaines de l'hypothèque :

À Rome, on note simplement une timide apparition de l'hypothèque, dans la période classique (-50 à fin III^e s.), et surtout à partir du premier siècle, mais la question est controversée. L'hypothèque y était une sûreté sans dépossession et sans publicité, portant aussi bien sur les meubles que sur les immeubles. Peut-être trop dangereuse elle ne connut semble-t-il pas un fort développement. À la même époque et dans l'Égypte romaine, une publicité immobilière était organisée, la seule que l'on connaisse pour l'antiquité, mais on ne sait pas si elle a favorisé le développement de l'hypothèque.⁶

A. EN DROIT FRANÇAIS

1. Le très ancien droit : disparition de l'hypothèque

L'introduction de l'hypothèque dans le droit français ne résulte pas d'un emprunt direct au droit romain⁷. Par contre, une multitude d'actes anciens,

3. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. III, *Les sûretés*, Paris, Sirey, 1971, p. 7.

4. P. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, note 1, p. 11; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 3, p. 86; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. III, L.G.D.J., 1958, p. 23.

5. *Ibid.*

6. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 1990, p. 610.

7. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, note 4, p. 24.

dont les cartulaires de Redon et de Cluny aux IX^e et X^e siècles, témoignent de l'utilisation des immeubles comme moyen de crédit, la distinction entre gage avec dépossession ou vente à réméré étant cependant difficile à effectuer⁸.

Au début du Moyen-Âge, on perd la trace de l'hypothèque ou d'une sûreté comparable; seules les sûretés avec dépossession sont utilisées.

2. L'ancien droit : réapparition de l'hypothèque

Par contre, s'est développée à la fin du XIII^e siècle, l'*obligatio bonorum*. Loyseau, dans son traité du *Déguerpissement*⁹, explique que le seul fait de passer un acte devant notaire entraîne la création d'une hypothèque immobilière, générale et tacite. Balleroy de Reinville¹⁰ y voit le résultat d'une erreur d'interprétation de la loi romaine de Marcian qui admettait la création d'une hypothèque pour la garantie de toutes sortes d'obligations. Il fait remonter la source de « cette prodigieuse erreur » à la bulle de Pie V¹¹.

Les lacunes de ce système viennent du caractère occulte et général des garanties. Aux XV^e et XVI^e siècles, plusieurs tentatives de publication des hypothèques échouèrent par crainte qu'elles servent de base à des mesures fiscales¹². D'ailleurs, beaucoup de grandes familles de la noblesse, fortement endettées, tenaient à cacher leur situation.

3. Le droit moderne

Le droit révolutionnaire, après plusieurs tentatives, parvint à instaurer un système général d'enregistrement que maintint le Code civil français à la suite de maintes discussions. D'Aguesseau disait encore : « On a toujours cru qu'il était contraire au bien et à l'avantage des familles de trop faire connaître l'état et la situation de fortune des particuliers. »¹³

Quelques amendements au Code napoléonien au XIX^e siècle se rapportent à la perception des intérêts et à l'attribution des indemnités d'assurance. À cette époque, l'hypothèque immobilière a atteint sa perfection : droit réel, accessible et indivisible, qui confère un droit de préférence et un droit de suite.

La pratique actuelle de l'hypothèque immobilière conventionnelle en droit français se rapproche assez de la nôtre. L'acte doit être passé devant notaire. La règle de la spécialité existe. L'acte contient fréquemment une clause de transport des loyers et une clause relative aux assurances. Par contre, la clause de datation en paiement y est inconnue.

8. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1931, p. 913.

9. Livre III, chap. 1, n° 5 dans G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, note 4, p. 25.

10. *De la garantie des créances*, Paris, Nouzon, 1816, p. 181.

11. *Ibid.* : « Une autre circonstance contribua par la suite à fermer les yeux aux Français sur cette prodigieuse erreur; ce fut la bulle de Pie V, qui permettait de constituer les rentes à prix d'argent, par hypothèque générale, et sans assignat spécial d'immeubles.

Le Saint-Siège ayant ainsi déclaré l'existence possible des hypothèques générales, on crut, sur la foi pontificale, que l'authenticité des titres devait produire d'elle-même des hypothèques quelconques, et cela paraissait d'une conséquence très sûre ».

12. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 8, p. 915.

13. *Ibid.*

B. EN DROIT ANGLAIS

Dans les systèmes de common law, le développement de l'hypothèque ou *mortgage* est étroitement lié aux modes de transfert des biens-fonds et à la procédure. Selon Roach, le terme — *mortgage* — :

a toujours véhiculé une notion fondamentale, à savoir celle de gage, de transfert de la possession et de cession du titre à un tiers en garantie du paiement d'une créance ou de l'exécution d'une obligation.¹⁴

Après la conquête normande, pendant environ trois siècles, les sûretés immobilières ont évolué passant du gage en jouissance au gage en propriété.

1. XII^e s. : le gage en jouissance

La sûreté la plus courante au XII^e siècle, et décrite par Glanville dans le traité classique qu'on lui attribue *Tractatus de Legibus et consuetudinibus angliae*, consistait en la mise en possession du créancier. Celui-ci, dans le cas du *vivum radium* ou vif-gage, appliquait les revenus du bien-fonds à la réduction de la dette ou, dans le cas du *mortium vadium* ou mort-gage, les percevait à titre d'intérêts. Faute de paiement de la dette, le créancier, après l'émission d'une ordonnance de paiement par le tribunal, pouvait obtenir la possession absolue du bien-fonds.

Le gage en jouissance présentait deux inconvénients. Il dépouillait le débiteur de la possession et n'assurait aucune protection au créancier devant la revendication du bien par le débiteur propriétaire. La pratique juridique trouva un remède à cette dernière carence.

2. XIII^e s. : le gage en propriété

Au cours du XIII^e siècle, se développa le gage en propriété. Selon cette technique, le créancier hypothécaire, mis en possession du bien-fonds, pouvait en devenir propriétaire en cas de défaut du débiteur. Bracton explique les techniques calquées sur les modes de transfert de la propriété qui permettait d'obtenir une garantie plus efficace pour le créancier¹⁵.

Selon une première méthode, le débiteur cédait son bien-fonds à bail soit pour une période suffisamment longue pour que la perception des fruits rembourse la dette, soit pour un terme plus court à la fin duquel l'emprunteur devait rembourser la dette, faute de quoi le créancier hypothécaire devenait propriétaire absolu du bien-fonds. Au lieu de céder le bien-fonds à bail, le débiteur pouvait convenir de le transférer en fief simple, cette transaction étant soumise à une condition résolutoire en cas de remboursement de la dette à la date convenue entre les parties. Devenue de plus en plus populaire à la fin du XIV^e siècle, cette façon de procéder s'est imposée graduellement comme le moyen le plus courant de garantir un prêt¹⁶. L'aspect sûreté de la technique apparaît dans « l'hypothèque

14. J.E. ROACH, *Les hypothèques immobilières en common law*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 17. Pour une étude des moyens procéduraux, voir J. GAGNON, « Le transfert de la propriété comme garantie des obligations en droit anglais et en droit civil », (1982) 13 *R.D.U.S.*, pp. 8-23.

15. *De Legibus et consuetudinibus angliae*, tel que rapporté par J.E. ROACH, *id.*, p. 19.

16. *Id.*, p. 20.

classique » décrite par Littleton : après le transfert en garantie, le débiteur hypothécaire ne conservait que le droit de racheter son bien et d'en reprendre possession à l'échéance. Faute de remboursement par le débiteur, le créancier demeurerait propriétaire absolu. Suivant les circonstances, exercice ou non du droit de rachat, le gage était « mort » pour le créancier ou pour le débiteur. C'est là l'explication pittoresque que Littleton propose du mot *mortgage*¹⁷.

Puis, l'évolution se poursuit. À la fin du XVI^e siècle, le débiteur conserve la possession du bien, objet de la garantie.

3. XVIII^e s. : le rôle de l'équité

À partir du XVIII^e siècle, les tribunaux d'équité facilitent l'exercice du droit de rachat. Reconnaisant le rôle fondamental de sûreté attaché au transfert de propriété, ils adoptent une série de règles complémentaires réputées implicites dans tout acte d'hypothèque. Même en retard, le débiteur peut encore exercer son droit de rachat à moins que le créancier n'ait provoqué l'extinction de celui-ci en s'adressant aux tribunaux¹⁸.

C. EN DROIT QUÉBÉCOIS

1. Les débuts de la colonie : le droit français

Au début de la colonie, l'*obligatio bonorum* du droit français avait cours aussi au Canada en raison de l'introduction du droit français et particulièrement de la *Coutume de Paris* au XVII^e siècle. L'authenticité de l'acte créait l'hypothèque, qu'il y ait ou non stipulation à cet égard. Après la Conquête, la communauté britannique établie au Canada, spécialement les marchands, dénonça le système des charges secrètes et générales et réclama l'instauration de bureaux d'enregistrement. Elle « s'en prenait à une institution typique du droit coutumier français »¹⁹, et les réactions furent vives et émotives. « Les positions fortement opposées des deux groupes se manifestèrent fréquemment dans la vision que chacun avait de la propriété. »²⁰

2. Après la Conquête, compromis avec le droit anglais

Une solution s'élabora; le droit coutumier français s'applique sur les terres seigneuriales et la common law sur les terres en franc et commun socage²¹. Malgré l'implantation de bureaux d'enregistrement dans les Cantons de l'Est, les Britanniques maintinrent leurs revendications. Peu à peu, les réticences des Canadiens s'atténuèrent et l'Assemblée législative discuta du problème sans parvenir à un consensus avant l'éclatement de la Rébellion des patriotes²².

17. *Id.*, p. 4.

18. *Id.*, pp. 46 et 47.

19. S. NORMAND et A. HUDON, « Le contrôle des hypothèques secrètes au XIX^e siècle : ou la difficile conciliation de deux cultures juridiques et de deux communautés ethniques », [1990] *R.D.I.*, p. 169.

20. *Ibid.*, p. 176.

21. *Ibid.*, p. 178.

22. *Ibid.*, p. 178.

Après les troubles de 1837-1838, le Conseil spécial de l'Union des deux Canadas imposa le régime d'enregistrement des droits réels. « L'hypothèque conventionnelle connut une mutation profonde [...]; elle perdit son caractère général pour devenir spécifique. »²³ Les principales règles de la création d'une hypothèque immobilière conventionnelle se fixèrent donc à cette époque.

3. La codification de 1866

La codification de 1866 retient l'hypothèque immobilière conventionnelle comme l'une des formes de sûreté, comportant droit de préférence et droit de suite²⁴. Sa création est soumise à l'exigence de la forme notariée²⁵, l'acte devant préciser l'immeuble affecté et le montant de la dette²⁶. Pour assurer l'opposabilité aux tiers, l'hypothèque est soumise à la publicité; elle doit être enregistrée au bureau d'enregistrement, non seulement au nom du débiteur comme en France, mais aussi au numéro du lot.

La pratique cependant a vite fait de compléter les effets de l'hypothèque immobilière par l'ajout de clauses au contrat : stipulation de solidarité, déchéance du terme, causes de défaut, cession des loyers, dation en paiement, assurances²⁷.

Jusqu'au moment de la réforme, les règles relatives à la création de l'hypothèque immobilière demeurent inchangées. Indirectement, la réforme des régimes matrimoniaux, en 1980, modifia la capacité d'hypothéquer d'un conjoint²⁸. Auparavant, l'ajout, en 1964, de l'article 1040 C.c.B.-C. : « De l'équité dans certains contrats » influença la rédaction de la clause de dation en paiement.

II. LA RÉFORME DU DROIT QUÉBÉCOIS

La réforme du Code civil dans le domaine des sûretés réelles vise principalement à moderniser les garanties — spécialement par l'introduction de l'hypothèque mobilière — et à mieux réglementer l'exercice des recours en cas de défaut du débiteur²⁹. Quant à la création de l'hypothèque immobilière conventionnelle, les règles de fond et de forme que nous connaissons, capacité d'aliéner, spécialité de l'hypothèque et forme notariée, demeurent. La réforme ne bouleverse donc pas les règles à ce sujet. Néanmoins, il convient de noter un effort de modernisation, l'incidence de modifications en d'autres domaines et, enfin, un refus de bouleversement par le maintien de la forme notariée.

23. *Ibid.*, p. 181.

24. Article 20216 C.c.B.-C.

25. Article 2040 C.c.B.-C.

26. Article 2042 C.c.B.-C.

27. P. CIOTOLA, « L'influence de la pratique notariale sur l'évolution des droits réels », [1989] *R.D.I.*, pp. 691-698; L. LAGASSÉ, « De la rédaction des engagements financiers : des conditions et conventions particulières contenues à l'acte d'hypothèque », [1977] *C.P. du N.* 93-115.

28. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 30 A-1, reproduit à l'article 452 C.c.Q.

29. G. RÉMILLARD, « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.*, pp. 54-61. Pour une réflexion sur l'Avant-projet, voir P. CIOTOLA, « Commentaires sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 *Thémis* 567.

A. L'ADAPTATION AUX RÉALITÉS CONTEMPORAINES

La réforme tient compte des problèmes causés par la pratique juridique moderne et tente d'adapter l'institution aux réalités contemporaines. En témoignant, la nouvelle définition de l'hypothèque, valable tant pour l'hypothèque mobilière qu'immobilière³⁰, la possibilité pour un tiers d'accorder une hypothèque³¹, la reconnaissance de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit³² de celle portant sur une universalité de biens³³, celle-ci étant toutefois réservée à l'entreprise — et de l'hypothèque dite ouverte³⁴. On maintient la règle de la spécialité de l'hypothèque quant au montant, sous la réserve suivante, qu'il suffit de stipuler un taux d'intérêt déterminable³⁵. Le Code consacre la possibilité d'une clause de cession des loyers dont l'enregistrement se fait au registre foncier³⁶.

B. L'INCIDENCE D'AUTRES DISPOSITIONS DU CODE

Les règles portant sur la création de l'hypothèque s'insèrent dans le cadre de l'ensemble de la réforme. Il faut donc, quant à la capacité de créer l'hypothèque, se rappeler les règles générales contenues aux titres de l'administration du bien d'autrui et de la protection de certaines personnes, mineur ou majeur frappé d'incapacité. Celui qui a la pleine administration du bien d'autrui peut le grever d'une hypothèque³⁷, alors que la personne chargée de la simple administration ne le peut pas³⁸. Le curateur d'une personne majeure jouit d'un pouvoir de pleine administration³⁹, alors que le tuteur ne jouit que d'un pouvoir de simple administration⁴⁰. Le législateur a aussi posé des exigences protectrices pour la famille : le consentement de l'autre conjoint est nécessaire pour hypothéquer la résidence familiale⁴¹.

Enfin, quant à l'objet même de l'hypothèque, la définition des biens meubles et immeubles se trouve aux articles 900 à 908. L'article 2669 précise cependant que l'hypothèque sur la nu-propriété ne s'étend pas à la pleine propriété lors de l'extinction du démembrement du droit de propriété.

Bien que l'on ne retrouve pas de présomption d'hypothèque⁴², le législateur assimile à une hypothèque immobilière conventionnelle le contrat de vente à réméré lorsque celui-ci est en fait une forme de garantie d'un prêt⁴³.

Enfin, soulignons que la rédaction de l'acte d'hypothèque deviendra plus simple, sans nécessité d'une clause de datation en paiement. Les autres clauses demeurent utiles, spécialement celle relative à l'obligation d'assurance qui, une

30. Article 2660.

31. Article 2681, al. 2.

32. Article 2688.

33. Article 2684.

34. Article 2715.

35. Articles 2689 et 2690.

36. Article 2695.

37. Article 1307.

38. Article 1305.

39. Article 282.

40. Article 286.

41. Article 404.

42. Contrairement à l'article 282 du Rapport de l'O.R.C.C., *supra*, note 2 et G. RÉMIL-LARD, *op. cit.*, note 29, p. 55.

43. Article 1756.

fois le contrat d'assurance réalisé, accorde des droits supérieurs à ceux découlant du nouvel article 2497, ancien 2685 C.c.B.-C.⁴⁴

C. LE REFUS D'UN BOULEVERSEMENT : LE MAINTIEN DU CARACTÈRE SOLENNEL

Le refus d'un bouleversement des règles se marque dans le maintien des principes traditionnels de solennité et de publicité. Bien que le régime de publicité des actes fasse l'objet d'une réforme importante⁴⁵, les modalités de l'inscription dépassent le cadre de cet exposé. Nous ne traiterons donc que du maintien du caractère solennel du contrat d'hypothèque.

Sa création continuera à relever du notaire qui bénéficie ainsi d'un monopole. Tout comme l'ancien article 2040 C.c.B.-C., l'article 2693 C.c.Q. maintient en effet l'exigence de l'acte notarié. Il impose même la sanction de la nullité absolue en cas d'inobservance de cette règle. Les diverses versions antérieures de cet article⁴⁶ étaient identiques au nouvel article. Peut-on remettre en cause ce rigorisme?

D'un côté, la Chambre des notaires invoque les qualités intrinsèques de l'acte notarié, l'impartialité du rédacteur et la conservation de l'original, ainsi que la « place prépondérante de l'acte authentique dans un système de droit civil »⁴⁷. D'un autre côté, le Barreau du Québec conteste ces arguments⁴⁸. Dans la réalité, le notaire agit pour un client, le prêteur. Le développement technologique ne justifie plus la conservation d'actes dans les greffes de notaires. De plus, le Barreau soulève le caractère désuet de la règle alors que d'autres modes de sûretés peuvent être constitués par simple écrit⁴⁹ et surtout il réclame pour les citoyens un accès plus facile et moins coûteux aux conseillers juridiques.

Il est regrettable que le législateur ne motive pas son choix⁵⁰ et que la querelle entre les chambres professionnelles sur les champs exclusifs de pratique⁵¹

44. Voir *Banque Nationale de Grèce c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029 et *Caisse populaire des Deux-Rives c. Mutuelle de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995.

45. Articles 2934 à 3076; F. BROCHU, *Mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits à la lumière du Projet de Code civil du Québec et rôle des principaux intervenants*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université Laval, 1991. Voir aussi des textes plus anciens, R. DUSSAULT, « Le rôle de l'État dans la mise en œuvre du nouveau Code civil », proposé par l'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL dans *Les enjeux de la révision du Code civil*, Montréal, 1980, p. 373 et P.-Y. MARQUIS, « Les sûretés et l'enregistrement » dans le même ouvrage, spécialement aux pages 213-247.

46. Article 314.1 O.R.C.C., articles 2857 Avant-projet et article 2678 Projet de loi 125.

47. P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 29, p. 592. Selon l'O.R.C.C. la solennité vise la protection des parties et des tiers, *supra*, note 2, vol. 21, Commentaires, t. 1, p. 445. Voir aussi P.-A. CRÉPEAU, « La révision du Code civil », [1977] *C.P. du N.* 336.

48. *Mémoire concernant l'Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des sûretés réelles et de la publicité des droits*, Montréal, 1987, pages 16-20.

49. Nos premiers auteurs critiquaient déjà ce choix imposé plus par le désir de se conformer à la tradition que par « des raisons d'un grand poids », P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1916, p. 120. Voir aussi F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 6, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1911, p. 277.

50. Le commentaire de l'article 2678 de l'Avant-projet se limite à la laconique phrase suivante : « Cet article reprend la règle de l'article 2040 C.c.B.-C. ».

51. Par exemple dans le domaine familial.

se répercute au niveau de la réforme du Code civil. Le législateur aurait pu adopter une solution à la Salomon : maintien de l'exigence de la solennité sauf pour les commerçants.

CONCLUSION

En droit anglais, le transfert de la propriété en garantie d'une dette est une création qui résulte d'un long cheminement au cours des siècles⁵². L'origine de la vente judiciaire ne remonte, semble-t-il, qu'au milieu du XIX^e siècle⁵³. En droit français, après un gage avec dépossession, la sûreté évolua d'une hypothèque générale et occulte à un droit réel, soumis à la formalité de l'acte authentique et à la publication. Par contre, le créancier ne peut devenir propriétaire de l'immeuble.

Confronté aux deux systèmes de droit, le Québec choisit un compromis. L'hypothèque se caractérise par sa spécialité quant au montant et à l'immeuble; elle est un contrat solennel soumis à l'enregistrement. L'inclusion au contrat d'une clause de dation en paiement permet au créancier d'obtenir la propriété de l'immeuble en cas de défaut du débiteur⁵⁴.

La réforme du Code maintient et actualise les règles de fond et de forme que nous connaissons. La nouvelle définition de l'hypothèque comprend les effets de cette garantie en y intégrant ceux jadis accordés contractuellement⁵⁵. Le législateur reconnaît officiellement la prise en paiement qui se distingue de l'actuelle dation en paiement par l'absence d'effet rétroactif.

D'une rédaction aux clauses jadis complexes, clause de transport de loyers, clause de dation en paiement, l'acte de prêt hypothécaire deviendra, en vertu du nouveau Code, un contrat plus simple car les parties ne pourront modifier les effets de l'hypothèque. Dans le domaine des sûretés réelles, l'effort du législateur québécois, tout comme celui des autres législateurs modernes, a surtout porté sur l'aménagement et la civilité des recours après la reconnaissance jurisprudentielle de l'obligation pour le créancier d'agir de bonne foi⁵⁶.

52. J.E. ROACH, *op. cit.*, note 14, p. 113.

53. La clause de dation en paiement est l'une des plus belles démonstrations de l'esprit inventif des praticiens selon A. LAVALLÉE, « Nature de la clause d'un acte de prêt, transférant au créancier la propriété de l'immeuble hypothéqué, en cas de défaut du débiteur », (1932) *R. du N.* 298.

54. Article 2660 : L'hypothèque est un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation; elle confère au créancier le droit de suivre le bien en quelques mains qu'il soit, de le prendre en possession ou en paiement, de le vendre ou de le faire vendre et d'être alors préféré sur le produit de cette vente suivant le rang fixé dans le présent cas.

55. ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on the Law of Mortgages*, Ministry of the Attorney General, Toronto, 1987; ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Report for discussion n° 9: Mortgage remedies in Alberta*, Edmonton, Alberta, 1991.

56. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, (1981) 2 R.C.S. 339; *Banque Nationale du Canada c. Houle*, (1990) 3 R.C.S. 122.