



LA CRÉATION DES MÉCANISMES DE SÛRETÉ PAR LE LÉGISLATEUR FÉDÉRAL DANS LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ

Par Martin-François Parent¹,
conseiller juridique, Section du Code civil,
ministère de la Justice du Canada

Introduction

Le droit privé prévoit généralement les règles encadrant la constitution de sûretés et l'exercice des recours permettant à leur titulaire de faire valoir leurs droits. Relevant de la compétence des provinces, ce domaine du droit, depuis quelques années, a été considérablement simplifié. Ainsi, au Québec, les nombreux et divers privilèges qui existaient sous le *Code civil du Bas Canada* [ci-après *C.C.B.C.*] ont été abandonnés et l'hypothèque constituée désormais le seul véritable régime de sûreté réelle.

Or, il arrive que le législateur fédéral crée, de son côté, de nouveaux mécanismes de sûreté, généralement en faveur de la Couronne. Outre l'aspect constitutionnel, dont nous ne traiterons pas, ces mécanismes soulèvent certaines interrogations que le présent texte tente d'exposer brièvement. Ces interrogations touchent plusieurs aspects des sûretés notamment leur constitution, leur opposabilité, l'exercice des recours auxquels ils donnent ouverture et, enfin, le droit de préférence qu'ils confèrent par rapport aux autres sûretés. Par ailleurs, la désignation d'une sûreté peut poser un problème d'ordre terminologique.

Ces questions se posent avec pertinence en regard du programme d'harmonisation du corpus législatif fédéral avec le droit civil du Québec. On peut, en effet, se demander dans quelle mesure les règles que pose le *Code civil du Québec* [ci-après *C.C.Q.*] à l'égard de ces questions trouvent application et dans quelle mesure doit-on assurer dans un contexte fédéral l'arrimage de ces concepts en fonction du droit civil. Il y a là des questions qui touchent à la fois l'harmonisation et la politique législative sous-tendant la création de nouveaux mécanismes de sûreté.

Le législateur fédéral crée certaines formes de sûretés dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* [ci-après *L.F.I.*] qui soulèvent précisément ce type de questions. Elles les soulèvent d'autant plus qu'elles sont relativement récentes et n'ont pratiquement pas fait l'objet de jurisprudence. L'harmonisateur se trouve alors dans la curieuse situation où il doit anticiper les litiges potentiels et tenter d'apporter des solutions aux problèmes qui risqueraient de se soulever. Les mécanismes de sûreté dont il est question sont la sûreté immobilière pour les frais de réparation occasionnés par des dommages environnementaux,² la « première charge » pour les honoraires du séquestre intérimaire³ et la sûreté des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs pour le paiement de leurs marchandises.⁴

¹ Conseiller juridique à la Section du Code civil du ministère de la Justice du Canada.

² Par. 14.06(7) *L.F.I.*

³ Par. 47.2(1) *L.F.I.*

⁴ Par. 81.2(1) *L.F.I.*

Nous verrons tout d'abord quels sont les problèmes que la désignation terminologique de ces mécanismes de sûreté peut poser. Nous verrons ensuite, quels sont les problèmes que la détermination de ces derniers soulève en regard du droit substantiel, soit leur constitution, le droit de préférence qu'ils confèrent et, enfin, l'exercice des recours auxquels ils donnent ouverture.

1. La désignation terminologique des sûretés

La réforme du Code civil a eu pour effet, aux yeux du civiliste du moins, de plonger dans la désuétude les termes visant à désigner certains mécanismes de sûreté.⁵ Or, cette désignation terminologique est encore présente dans le corpus législatif fédéral d'où la nécessité d'harmoniser celui-ci avec le nouveau droit civil.⁶

Outre la désuétude, la *L.F.I.* pose globalement d'autres problèmes terminologiques liés à la nature de cette loi fortement imprégnée de la tradition de *common law*.⁷ Dans un contexte de droit civil, la communauté juridique règle généralement ces problèmes au moyen de consensus.⁸ Dans la jurisprudence, on reconnaît que certains des termes qui y apparaissent sont erronément employés en fonction de l'auditoire civiliste, ce qui nécessite des efforts d'interprétation supplémentaires.⁹ Est-il indispensable de déployer de tels efforts d'interprétation et de former de tels consensus, tout

⁵ Dans le *C.C.B.C.*, on retrouvait, par exemple, l'« antichrèse » (art. 1967 *C.C.B.C.*), le « nantissement » (art. 1966 *C.C.B.C.*), la « cession de créance en garantie » (art. 1571 *C.C.B.C.*), la « cession générale de créances comptables » (art. 1966 *C.C.B.C.*), le « nantissement forestier » (al. 1979a *C.C.B.C.*), le « nantissement agricole » (al. 1979a *C.C.B.C.*), le « nantissement commercial » (al. 1979e *C.C.B.C.*), le « privilège » (art. 1983 *C.C.B.C.* et s.). Dans le corpus législatif québécois, on retrouvait notamment la « cession de biens en stock » (*Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q. c. C-53), l'« acte de fiducie », la « charge flottante », la « charge spécifique » (*Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. c. P-16), les « transports en garantie de créances » (*Loi sur le crédit forestier*, L.R.Q. c. C-78, *Loi sur le crédit forestier par les institutions privées*, L.R.Q. c. C-78.1, *Loi sur le financement agricole*, L.R.Q. c. F-1.2). Signalons que les expressions « charge spécifique » et « charge flottante » n'apparaissent pas dans la loi comme telle mais qu'elles étaient couramment utilisées dans la communauté juridique. M. Deschamps, « Les sûretés sur les équipements et les stocks » (1987) 1 C.P. du n° 125 aux pp. 146-147.

⁶ À titre d'illustration, citons ici la définition de « créancier garanti » que prévoit le paragraphe 2(1) de la *L.F.I.* :

« Personne détenant une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir (...) ».

⁷ Le législateur fédéral s'est très largement inspiré de la loi sur la faillite d'Angleterre de 1914 pour la rédaction de sa *Loi de faillite* de 1919. Le remaniement de la loi canadienne en 1949 s'est fait une fois de plus sous l'inspiration du modèle britannique. Les traces de cette inspiration sont encore bien présentes de nos jours, malgré les révisions de 1966, de 1992 et de 1997. *An Act to Consolidate the Law Regulating to Bankruptcy* (R.-U.), 1914-1916, c. 59; *Loi de faillite*, L.C. 1919, c. 36.; *Loi de 1949 sur la faillite*, L.C. 1949, c.7; *Loi modifiant la Loi sur la faillite*, L.C. 1966-67, c. 32; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, c. 27; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, L.C. 1997, c. 12. Voir A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Thémis, 1992 aux pp. 9-18 [ci-après *Faillite et insolvabilité*]; B. Boucher et J.-Y. Fortin, *Faillite et insolvabilité – une perspective québécoise de la jurisprudence canadienne*, Scarborough, Carswell, 1997 aux pp. p. 2-1 et 2-2 [ci-après *Perspective québécoise*].

⁸ Récemment, le professeur Jacques Deslauriers évoquait l'idée d'un « modus vivendi » s'instaurant parmi la communauté juridique québécoise à l'égard de la *L.F.I.* J. Deslauriers, « Le projet de loi S-22 et l'harmonisation de la *Loi sur la faillite* avec le *Code civil du Québec* », Conférence de l'Association du Barreau canadien, Québec, 24 octobre 2000 à la p. 1.

⁹ La déclaration suivante du juge Pigeon est souvent citée pour illustrer ceci :

« On touche ici à un problème majeur dans l'interprétation de la législation fédérale et il convient pour bien en juger de s'arrêter un instant à considérer la difficulté de la tâche des rédacteurs de ces lois. Ils doivent non seulement élaborer un texte législatif dans les deux langues mais aussi le plus souvent le faire en fonction de deux systèmes juridiques différents : le droit civil du Québec et la *common law* des autres provinces. Dans la législation sur la faillite qui tranche à chaque instant dans les domaines du droit provincial public et privé, la tâche est particulièrement ardue. Il ne faut donc être surpris d'y rencontrer d'énormes difficultés. Au surplus, inutile de le cacher, la *Loi sur la faillite* de 1949 comme la *Loi de faillite* de 1919 est non seulement inspirée presque totalement de source anglaise mais aussi médiocrement servie par le rédacteur de la version française ».

Sous-ministre du Revenu (Québec) c. Rainville, [1980] 1 R.C.S. 35 à la p. 41 [ci-après *Rainville*]. Les juges de la Cour d'appel du Québec ont récemment cité cette déclaration dans l'affaire *Château d'Amos. Château d'Amos Ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 à la p. 2633 (C.A.) [ci-après *Château d'Amos*].

aussi admirable cela puisse-t-il être? À tout le moins, doit-on l'avouer, la *L.F.I.* pose certains problèmes conceptuels aux civilistes.¹⁰

À titre d'illustration, le législateur fédéral emploie régulièrement le terme « charge » pour désigner des mécanismes de sûreté.¹¹ En particulier, il utilise l'expression « première charge » afin de désigner le mécanisme de sûreté qu'il crée en faveur du séquestre intérimaire pour garantir le paiement de sa réclamation concernant ses honoraires et débours.¹² Afin de bénéficier de cette « première charge », le séquestre intérimaire doit s'adresser au tribunal afin d'obtenir une ordonnance à cet effet. Cette « première charge », si elle est ordonnée, pourra grever une partie ou tous les avoirs du débiteur.¹³

Cette utilisation du mot « charge » peut, avec raison, jeter de la confusion dans l'esprit du civiliste. Comme le terme « charge » possède plusieurs sens,¹⁴ on peut se demander si, en droit civil, on peut se servir de ce terme pour désigner un mécanisme de sûreté. Pour explorer cette hypothèse, nous verrons successivement chacune des sûretés reconnues par le C.C.Q. et dans quelle mesure celles-ci peuvent être désignées par le terme « charge » dans le contexte de la *L.F.I.*

1.1. L'hypothèque

Le C.C.Q. définit l'hypothèque comme étant un droit réel.¹⁵ La doctrine emploie également cette qualification classique de l'hypothèque.¹⁶ Plus précisément, l'hypothèque est un droit réel accessoire,¹⁷ une sûreté réelle.¹⁸ Un droit réel est le droit qu'un individu peut exercer directement

¹⁰ Cette ambiguïté persiste malgré la reconnaissance par le législateur fédéral des liens complémentaires qui unissent les questions relatives à la faillite et à l'insolvabilité à celles touchant la propriété. Déjà, il y a plus d'un siècle, lors des débats en Chambre concernant l'abrogation de toutes les lois de faillite canadienne, on opinait que le droit privé des provinces réussirait à régir les problèmes émanant de l'insolvabilité des débiteurs. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada* (19 février 1880) aux pp. 76 et s. Et lorsque, à la suite de cette abrogation et après avoir délaissé sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité pendant près de quarante ans, le législateur fédéral a repris l'exercice de sa compétence, le ministre Hugh Guthrie a évoqué les deux obstacles qui se dressaient devant lui. D'une part, alors qu'en Grande-Bretagne il n'existe qu'un seul pouvoir législatif central, le législateur fédéral doit tenir compte de nombreuses juridictions législatives. D'autre part, il doit également tenir compte de l'existence de deux régimes juridiques — le droit civil au Québec et la *common law* dans les autres provinces. *Débats de la Chambre des communes* (28 mars 1919) à la p. 968. Il est bon de noter que ces liens complémentaires sont consacrés dans le texte même de la loi. Par. 72(1) *L.F.I.* La jurisprudence reconnaît aussi cette complémentarité. C'est ainsi que le juge Beetz s'exprimait à ce sujet :

« L'insolvabilité est au centre des parties de la *common law* et du droit civil qui traitent notamment d'hypothèque, de nantissement, de gage, de cautionnement et de garantie des créances en général, qui sont implicitement ou explicitement fondés sur le risque d'insolvabilité et qui produisent leur plein effet quand le risque est devenu réalité [...] ».

Robinson c. Countrywide Factors Ltd, [1978] 1 R.C.S. 753, 804. Les professeurs Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A. Macdonald opinent en ce sens en déclarant qu'« [i]l est clair que la *L.F.I.* et le Code civil sont dans une situation d'interdépendance réciproque et il importe de ce fait que la plus grande harmonie règne entre eux ». J. Auger, A. Bohémier et R. A. Macdonald, « Le traitement des créanciers dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les mécanismes de garantie du droit civil du Québec » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 911 à la p. 916 [ci-après « Le traitement des créanciers »].

¹¹ Art. 42(1)c), 74(2), 95(1), 95(2), 136(1)e) et 197(6)a) *L.F.I.*

¹² Il s'agit du séquestre intérimaire nommé aux termes des articles 47 ou 47.1 de la *L.F.I.* Le séquestre intérimaire devra alors utiliser la forme prescrite prévue au formulaire n° 18 intitulé « Avis de la demande de taxation des comptes et de libération du séquestre intérimaire ». Par. 47.2(1) *L.F.I.* Voir art. 79, *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité* [ci-après R.G.F.I.].

¹³ La version anglaise du paragraphe 47.2(1) de la *L.F.I.* prévoit que cette charge peut porter sur « *any or all of the assets of the debtor* » [soulignement ajouté].

¹⁴ Une fonction (art. 179 C.C.Q.), des taxes foncières (art. 1205 C.C.Q.), des obligations (art. 776 C.C.Q., 1834 C.C.Q.), entre autres.

¹⁵ Art. 2660 C.C.Q.

¹⁶ L. Payette, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 84; M. Bugnet, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, 2^e éd., t. 9, Paris, Cosse et Marchal, 1861 à la p. 423; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 3, Paris, L. Larose et Forcel, 1884 à la p. 682; P.B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1916 à la p. 83; C. Demers, *Traité de droit civil du Québec*, t. 14, Montréal, Wilson et Lafleur, 1950 à la p. 195.

¹⁷ D. Pratte, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Revue de droit, 1995 à la p. 95.

¹⁸ J. Deslauriers, *Précis du droit des sûretés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990 à la p. 251 [ci-après *Précis du droit des sûretés*]; P. Ciotola, *Droit des sûretés*, Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 197 et s. [ci-après *Droit des sûretés*].

sur une chose tangible.¹⁹ Par exemple, l'hypothèque constitue des droits réels en garantie de l'exécution d'une obligation.²⁰ Qu'en est-il du mot « charge »? Il est intéressant, à cet égard, de faire la distinction entre l'hypothèque immobilière et l'hypothèque mobilière.

L'hypothèque immobilière

Il semble y avoir une position claire tant en doctrine qu'en jurisprudence reconnaissant que l'hypothèque immobilière est une « charge ».²¹ De plus, il semble bien que le terme « charge » puisse désigner autant les hypothèques immobilières conventionnelles que les hypothèques immobilières légales.²² Le juge Pigeon, dans l'affaire *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty*, est même allé jusqu'à dire qu'on ne pourrait nier qu'une hypothèque immobilière soit une « charge ».²³ C'est ce qui découle, affirmait-il, de l'usage courant de même que des dispositions du *Code de procédure civile* [ci-après *C.P.C.*] concernant l'adjudication des immeubles.²⁴ Sur ce point, le juge Beetz qui a écrit l'opinion minoritaire était d'accord avec le juge Pigeon.²⁵ On peut, par conséquent, conclure que la Cour suprême du Canada a clairement établi que le terme « charge » peut désigner une hypothèque immobilière. Cette acceptation ne semble pas poser plus de difficulté sous le *C.C.Q.* qu'elle n'en posait sous le *C.C.B.C.*²⁶ Il s'agit maintenant de vérifier si cette désignation convient aux autres mécanismes de sûreté prévus au Code.

L'hypothèque mobilière

Une des grandes innovations de la réforme du Code civil en matière de sûreté est l'introduction de l'hypothèque mobilière.²⁷ Elle regroupe les anciennes sûretés réelles mobilières qui existaient

¹⁹ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994 à la p. 203 [ci-après *Dictionnaire de droit québécois*]; P.-A. Crépeau, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 211 [ci-après *Dictionnaire de droit privé*].

²⁰ Art. 2661 *C.C.Q.*

²¹ D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 aux pp. 240, 242 [ci-après *Précis de procédure civile*]; *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 19 à la p. 86; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd. corr., Paris, Presses universitaires de France, 1994 aux pp. 129-130. M. Filion, *Dictionnaire du Code civil du Québec*, Saint-Nicolas, Éditions associations entreprises, 1998 à la p. 79 [ci-après *Dictionnaire du C.C.Q.*]; *Dictionnaire de droit privé*, supra note 19 à la p. 84; *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty*, [1978] 1 R.C.S. 819 aux pp. 826-827, 834 [ci-après *Ville d'Anjou*]; *Caisse populaire Ste-Famille de Sherbrooke c. Belzile*, [1995] R.D.J. 137 à la p. 141 (C.S. Qué.) [ci-après *Belzile*]; *Caisse populaire de St-Marc-des-Carières c. Frenette & Frères Ltée*, [1985] R.D.J. 341 à la p. 346 (C.S. Qué.) [ci-après *Frenette*].

²² Pour les hypothèques conventionnelles, voir *Breton c. Jacques et Seaboard Securities Limited*, [1972] R.P. 35 aux pp. 36-37 (C.S. Qué.) [ci-après *Breton*]. Pour les hypothèques légales, voir *Belzile*, *ibid.*

²³ *Ville d'Anjou*, supra note 21 à la p. 826.

²⁴ Il s'agit des articles 671 *C.P.C.* et suivants, en particulier les articles 676 (opposition à fin de charge), 677 (opposition aux charges) et 704 (relativement aux charges qui n'ont pas été purgées lors d'une vente en justice). Incidemment, il existait, jusqu'à tout récemment, une dispute jurisprudentielle quant à savoir si un créancier hypothécaire pouvait faire une opposition à fin de charge. D'un côté, on a jugé que, parce qu'elle était une charge, une hypothèque permettait à son détenteur de faire une telle opposition. *Ville d'Anjou*, *ibid.* (voir toutefois la dissidence du juge Beetz); *Frenette*, supra note 21; *Newman c. Archambault*, [1972] R.P. 82 (C.S. Qué.) [ci-après *Newman*]. Les autres soutenaient que la vente en justice d'un immeuble purgeait l'hypothèque la grevant mais permettait à son détenteur d'en obtenir les fruits selon le rang qu'il occupait. *Commercial Litho Plate Graining (1970) Ltée c. Imprimerie Cyr Ltée*, [1980] C.S. 1123 [ci-après *Litho*]; *Breton*, supra note 22; *Royal Bank of Canada c. Sheiner*, [1972] C.S. 750; *Union des Carrières et Pavages Limitée c. J.C. Bégin*, [1956] R.P. 234 (C.S. Qué.). Sous le *C.C.Q.*, cette dernière position semble prévaloir. *Belzile*, supra note 20. Cette dispute a néanmoins été accompagnée par une confrontation doctrinale. A. Lavallée, « À qui est ouverte l'opposition à fin de charge? » (1972) 32 R. du B. 24; P. Ferland, « L'opposition à fin de charge et l'hypothèque » (1972) 32 R. du B. 259.

²⁵ Le juge Beetz affirme que « les expressions « charges » et « droits réels » sont sûrement assez larges pour embrasser, dans un autre contexte, les hypothèques et les privilèges ». *Ville d'Anjou*, *ibid.* à la p. 834. Le juge Bernard Gratton, de la Cour supérieure du Québec, semble poursuivre le raisonnement du juge Beetz lorsqu'il déclare qu'« il se peut bien que dans le sens commun une hypothèque soit une charge mais à la lecture des autres articles pertinents, 676, 677, 684 et 704 c.p., il y a lieu à interprétation ». *Litho*, *ibid.* à la p. 1124. Voir aussi *Cie Montréal Trust c. Roadrunner Jeans MFG Ltd*, [1983] C.S. 245, 249.

²⁶ Le juge Fréchette de la Cour supérieure de St-François a déclaré dans un récent jugement qu'« il ne peut faire de doute que l'hypothèque est une charge ». *Belzile*, supra note 21 à la p. 141.

²⁷ Art. 2696 *C.C.Q.* et suivants.

sous le C.C.B.C.²⁸ Bien que l'hypothèque mobilière constitue elle aussi un droit réel, on définit généralement le mot « charge » qu'en rapport avec les droits réels immobiliers.²⁹ De plus, le législateur québécois ne prévoit les « oppositions à fin de charge » et les « oppositions aux charges » qu'en matière immobilière.³⁰ Cette terminologie est également employée pour indiquer les droits réels inscrits en regard d'un immeuble au registre foncier³¹ mais pas ceux inscrits en regard d'un meuble au registre des biens personnels et réels mobiliers.³² Nous pouvons donc conclure que l'emploi du terme « charge » n'est pas courant en regard de l'hypothèque mobilière. Qu'en est-il des priorités? C'est ce que nous verrons maintenant.

1.2. Les priorités

Le C.C.Q. attribue le statut de créancier prioritaire en fonction de certaines créances.³³ En principe, on ne devrait pas considérer les priorités comme des « charges » puisqu'elles ne confèrent pas de droits réels.³⁴ Toutefois, l'équation ne serait apparemment pas aussi simple. Dans l'affaire *Château d'Amos*, cherchant à savoir si le mot « charge » qui apparaît à la définition de « créancier garanti » dans la L.F.I. pouvait comprendre le concept de priorité, le juge Brossard de la Cour d'appel du Québec, dissident quant au fond, a déclaré en *obiter* que la notion de « charge » était mal définie en droit civil québécois, contrairement à la notion bien connue de « charge » en *common law*.³⁵ Aussi, bien que, par la suite, le législateur québécois ait modifié la notion de « priorité » pour la rendre « constitutive de droits réels » en faveur des municipalités et des commissions scolaires,³⁶ les propos du juge Brossard nous laissent croire que l'emploi du terme « charge » dans le contexte d'une disposition traitant de sûretés est probablement un emprunt à la *common law*.

En *common law*, le mot *charge* se rapporte, entre autres, à « *an instrument creating security against property for payment of a debt or obligation* »; le terme *charge* peut également embrasser d'autres sens, notamment un « privilège » (*a lien*), une « réclamation » (*a claim*), une « servitude » (*an encumbrance*).³⁷ À titre d'illustration, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*³⁸ [ci-après

²⁸ Le gage (art. 1968 et 1969 C.C.B.C.), le nantissement commercial (al. 1979e) et k) C.C.B.C.), le nantissement agricole et forestier (al. 1979a) et d) C.C.B.C.), la cession de créances en garantie (art. 1570 et 1578 C.C.B.C.) et la cession générale des créances comptables (art. 1966 C.C.B.C.).

²⁹ « Droit réel couvrant un immeuble », A. Rey, *Le nouveau Petit Robert*, Paris, *Dictionnaire Le Robert*, 1993 à la p. 347; « droit réel qui grève un immeuble », *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 19 à la p. 86; « certains droits réels grevant un immeuble », *Vocabulaire juridique*, supra note 21 à la p. 130; « droit réel qui grève un (bien) immeuble », *Dictionnaire du C.C.Q.*, supra note 21 à la p. 79; « limitation du droit de propriété d'un immeuble, corrélatrice à un droit réel », *Dictionnaire de droit privé*, supra note 19 à la p. 84.

³⁰ Art. 676, 677 C.P.C.

³¹ Art. 704 C.P.C.

³² Art. 2980 C.C.Q., 592.2, 592.3 C.P.C.

³³ Il s'agit (1) des frais de justice et des dépenses faites dans l'intérêt commun, (2) de la créance du vendeur impayé, (3) de la créance de ceux qui ont un droit de rétention sur un meuble, (4) des créances fiscales de l'État et (5) de la créance des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers. Art. 2651 C.C.Q.

³⁴ Le professeur Louis Payette rappelle à ce sujet que :

« [I]l ne définit pas la priorité comme un droit réel, comme il le fait dans le cas de l'hypothèque. Il ne lui confère que quelques-uns des attributs de l'hypothèque; il n'en fait découler aucun droit de suite [...]. Dans ce contexte, il faut conclure que la priorité constitue un droit de préférence *sui generis* qui ne peut sans doute pas être caractérisée comme un droit réel ».

L. Payette, « Des priorités et des hypothèques », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 23 à la p. 66.

³⁵ *Château d'Amos*, supra note 9 à la p. 2633.

³⁶ *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90, art. 42-43. Le C.C.Q. prévoit désormais que « les créances prioritaires des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers sont constitutives de droits réels ». Art. 2654.1 C.C.Q.

³⁷ D. A. Dukelow et B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1995 à la p. 176; J. R. Nolan, *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990 à la p. 233.

L.P.S.C.] permettait que le financement d'une entreprise au moyen de l'émission d'obligations soit garanti par le mécanisme de l'*Acte de fiducie* par lequel le débiteur émetteur grevait ses biens d'une « charge flottante » et d'une « charge spécifique », vocabulaire emprunté à la *common law*.³⁹ La « charge flottante » portait sur l'ensemble des biens du débiteur émetteur présents et à venir, notamment sur l'inventaire. Le débiteur émetteur conservait donc la possession de ses biens. La « charge spécifique » affectait les biens que le débiteur émetteur avait spécifiquement nantis, hypothéqués ou mis en gage. Or, le mécanisme de l'*Acte de fiducie* a disparu en 1994 avec la réforme du droit civil, emportant avec lui les « charges » que permettait de constituer la *L.P.S.C.*⁴⁰

1.3. Les autres mécanismes de sûreté

Le C.C.Q. prévoit d'autres mécanismes pouvant servir à garantir l'exécution d'une obligation.⁴¹ Il s'agit de la fiducie à titre de sûreté,⁴² du droit de rétention,⁴³ du droit de revendication⁴⁴ et du cautionnement.⁴⁵ Ces mécanismes constituent-ils des « charges »? On conviendra que le terme « charge » identifie généralement une catégorie de droits limitant le droit de propriété où l'on retrouve, entre autres, les démembrements du droit de propriété : les servitudes,⁴⁶ l'usufruit⁴⁷ et l'usage⁴⁸ (ou l'habitation).⁴⁹ Or, ces autres mécanismes de sûreté faisant l'objet de notre propos ne comportent pas tous de telles limites au droit de propriété. Par exemple, le cautionnement n'implique pas de restrictions immédiates sur le droit de propriété du fidéjusseur.

Par ailleurs, « charge » est un mot que n'utilise pas le C.C.Q. pour identifier une catégorie de sûreté. En fait, à proprement parler, le bon usage du terme « charge » est plutôt celui qui vise à désigner l'hypothèque immobilière comme une limitation du droit de propriété du débiteur hypothécaire découlant du droit réel constitué en faveur de son créancier sur l'immeuble grevé. En ce sens, le droit réel qui est conféré au créancier hypothécaire lui permet de suivre le bien, de le mettre en vente et d'être préféré relativement aux fruits de la vente tandis que la « charge » en est la conséquence, soit la limite ainsi apportée au droit de propriété du débiteur. C'est probablement de cette façon que l'on doit interpréter les propos du juge Pigeon dans l'affaire *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty*.⁵⁰

³⁸ *Supra*, note 5.

³⁹ Les expressions « charges flottantes » et « charges spécifiques » n'apparaissent pas dans la *L.P.S.C.* mais étaient d'usage courant dans la communauté juridique.

⁴⁰ *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 642 et s. Le législateur québécois a, par contre, introduit l'« hypothèque ouverte » en 1994 afin de permettre aux personnes morales de bénéficier d'une sûreté souple affectant, sans dépossession, les biens présents et à venir. Art. 2715 C.C.Q. et s.

⁴¹ Les professeurs Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A. Macdonald en font une analyse particulièrement intéressante du point de vue de l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois. « Le traitement des créanciers », *supra* note 10 à la p. 975.

⁴² Art. 1263 C.C.Q. On parle alors d'un « patrimoine d'affectation autonome » et non d'une « charge ».

⁴³ Art. 1592 C.C.Q.

⁴⁴ Art. 1741 C.C.Q.

⁴⁵ Art. 2333 C.C.Q.

⁴⁶ Art. 1177 C.C.Q.

⁴⁷ *Précis de procédure*, *supra* note 21 à la p. 239; *Caisse populaire Les Hauteurs c. Club récréatif Lac Morency Inc.* (27 janvier 1993), Saint-Jérôme 700-05-000539-910, J.E. 93-543 (C.S.). Voir art. 1120 C.C.Q.

⁴⁸ *Précis de procédure civile*, *ibid.* Voir art. 1172 C.C.Q. et s.

⁴⁹ *Caisse populaire Ste-Madeleine c. Les Immeubles Rives du St-Maurice Inc.*, [1990] RDI 818 (C.S. Qué.).

⁵⁰ *Supra* note 20 à la p. 826. C'est ce qui ressort également des propos du juge Fréchette de la Cour supérieure de St-François dans un jugement récent lorsqu'il affirme que « lorsqu'un immeuble est grevé d'une hypothèque, son équité s'en trouve affectée ou diminuée, et, en ce sens, il ne peut faire de doute que l'hypothèque est une charge » [soulignement ajouté]. *Belzile*, *supra* note 21 à la p. 141. Voir à cet effet les articles 671 C.P.C. et s. Voir aussi *Newman*, *supra* note 24.

Conséquemment, en droit civil, le terme « charge » ne peut pas servir à désigner toute sûreté puisque ce ne sont pas tous les mécanismes de garantie qui restreignent le droit de propriété. En ce sens, le terme « charge » est inapproprié voire inefficace pour désigner généralement les sûretés du droit civil.

Du point de vue civiliste, le mot « garantie » est certainement préférable au mot « charge » pour désigner un mécanisme de sûreté. C'est d'ailleurs ce que le législateur fédéral fait lui-même au paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.* pour désigner le mécanisme de sûreté qu'il accorde à la Couronne et au paragraphe 81.2(1) de la *L.F.I.* pour désigner celui qu'il accorde aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs. Par ailleurs, l'usage du terme « charge » tend à disparaître du vocabulaire du législateur québécois comme en témoigne le programme d'harmonisation des lois publiques avec le C.C.Q.⁵¹

2. Le cadre juridique des sûretés créées dans la *L.F.I.*

La désignation terminologique d'un mécanisme de sûreté n'est qu'un des aspects de la problématique que soulève sa mise en place. Lorsque le législateur fédéral crée une sûreté, comme il le fait dans la *L.F.I.*, il doit non seulement l'insérer dans une sphère où le droit privé provincial détermine, en principe, les règles mais il doit également le faire en tenant compte des règles qu'il s'est lui-même imposé. Ces règles ont trait, premièrement, à la constitution de la sûreté, deuxièmement, à l'attribution d'un droit de préférence et, troisièmement, à la réalisation de la sûreté.

2.1. La constitution des sûretés

En principe, au Québec, les hypothèques légales sont acquises par inscription.⁵² Exceptionnellement, le C.C.Q. reconnaît qu'une hypothèque légale peut se constituer de plein droit, sans inscription. C'est le cas de l'hypothèque légale du constructeur.⁵³ Toutefois, cette dernière disparaît si son détenteur omet de l'inscrire au registre approprié dans les trente jours suivant la fin des travaux.⁵⁴ Elle peut être conservée par inscription d'un avis mais disparaît après un délai de six mois, à moins que le créancier ne publie une action contre le propriétaire de l'immeuble ou n'inscrive un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire.⁵⁵

En ce qui concerne les sûretés attribuées à la Couronne, le législateur fédéral impose, dans le cas d'une faillite ou d'une proposition, une condition de validité particulière pour les sûretés que lui accorde une loi fédérale ou provinciale.⁵⁶ En effet, en vertu du paragraphe 87(1) de la *L.F.I.*, pour que celles-ci soient reconnues, elles doivent être inscrites au registre approprié⁵⁷ avant la première

⁵¹ *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, L.Q. 1999, c. 40, par. 39(5) modifiant la *Loi sur les biens culturels*, L.R.Q. c. B-4, par. 20(3).

⁵² Art. 2725(2) C.C.Q.

⁵³ Art. 2726 C.C.Q.

⁵⁴ Le C.C.Q. prévoit que « [l]'hypothèque légale en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble subsiste, quoiqu'elle n'ait pas été publiée, pendant les trente jours qui suivent la fin des travaux ». Art. 2727(1) C.C.Q.

⁵⁵ Art. 2727(2) C.C.Q.

⁵⁶ Cette condition de validité s'applique aux réclamations des Couronnes fédérale et provinciales et aux « organismes compétents au titre d'une loi sur les accidents de travail ». Par. 86(1) *L.F.I.*

⁵⁷ Le paragraphe 87(1) de la *L.F.I.* renvoie aux systèmes d'enregistrement prescrits. Le paragraphe 111 des R.G.F.I. prévoit qu'il :

« [e]st visé pour l'application du paragraphe 87(1) de la Loi tout système d'enregistrement des garanties ou sûretés qui est accessible à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province et aux autres créanciers détenant des garanties ou sûretés et qui est mis à la disposition du public aux fins de consultation ou de recherche. »

des dates qu'il énumère.⁵⁸ Cette obligation d'inscrire les sûretés protégeant les réclamations de la Couronne tient probablement de l'intention du législateur fédéral de traiter celle-ci comme les autres créanciers. Il découle de ceci que le syndic de faillite ne reconnaîtrait pas une sûreté expressément accordée à la Couronne si elle n'apparaissait pas au registre approprié ou si elle y avait été inscrite après la première des dates énumérées au paragraphe 87(1) de la *L.F.I.* La Couronne prendrait alors rang comme créancière ordinaire.⁵⁹

La question de la validité des sûretés accordées à la Couronne par le législateur fédéral ou provincial soulève une problématique intéressante en regard de la sûreté accordée à la Couronne par le paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.* Cette sûreté vise à garantir le paiement de la réclamation de cette dernière pour des frais de réparation engendrés à la suite d'un dommage environnemental. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise déverse abondamment des polluants dans une rivière. Au Québec, lorsqu'une contamination environnementale de ce genre survient, le ministère québécois de l'Environnement peut, s'il le juge requis, procéder au nettoyage des polluants qui se sont déversés, notamment, sur des biens privés immeubles.⁶⁰ Le Ministre peut, par la suite, se faire rembourser en présentant la facture aux propriétaires de ces immeubles.⁶¹ Si le propriétaire d'un des biens qui a fait l'objet d'un tel nettoyage par le Ministre devient failli ou s'il fait une proposition concordataire, la sûreté du paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.* prend aussitôt naissance. La réclamation du ministère est alors garantie par une sûreté immobilière portant sur l'immeuble sinistré et les immeubles contigus. Cette sûreté garantit le paiement de la réclamation du ministère avant toute autre réclamation. Le Ministre peut procéder à l'exécution de cette sûreté « comme s'il s'agissait d'une hypothèque ».

Le législateur fédéral ne prévoit pas expressément d'obligation d'inscription pour rendre valide la constitution de cette sûreté. Doit-on s'en remettre à l'obligation générale d'inscription prévue au paragraphe 87(1) de la *L.F.I.*? On peut considérer trois pistes de réponses. Premièrement, la nature des droits principaux donnant lieu à la réclamation de la Couronne, deuxièmement, les problèmes techniques découlant du moment de la naissance de la sûreté et, enfin, la nature exceptionnelle de la sûreté.

▪ La nature des droits principaux donnant lieu à la réclamation

On a prétendu que la règle d'inscription des sûretés imposées à la Couronne, bien qu'elle ne soit pas expressément exclue au paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.*, ne trouverait aucune application

⁵⁸ Ces dates sont les suivantes : le moment du dépôt d'une requête de mise en faillite du débiteur, le moment où ce dernier fait cession de ses biens, le moment du dépôt par le débiteur d'un avis d'intention, le moment du dépôt d'une proposition concordataire. Al. 87(1)a), b), c) et d) *L.F.I.*

⁵⁹ Avant la révision de 1992, on reconnaissait à la Couronne le dernier rang des créanciers préférés. L'alinéa 136(1)) de la *L.F.I.* porte encore les traces de cette époque. L'article 137 des R.G.F.I. circonscrit toutefois l'application de cet article aux réclamations nées avant le 30 novembre 1992. Depuis cette date, le principe de base introduit par le paragraphe 86(1) de la *L.F.I.* établit que les réclamations de la Couronne doivent être considérées comme des créances ordinaires. L'inscription des sûretés attribuées à la Couronne par une loi forme une exception à ce principe général et permet à la Couronne de bénéficier du statut de créancière garantie. *Perspective québécoise, supra* note 6 à la p. 2-674; D. St-Onge, « Les priorités de la Couronne : rendra-t-on moins à César? » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la faillite (1992)*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 15 à la p. 24.

⁶⁰ La *Loi sur la qualité de l'environnement* [ci-après L.Q.E.] prévoit que le ministre de l'Environnement est autorisé à prendre toutes les mesures pour nettoyer des contaminants émis, déposés, dégagés ou rejetés dans l'environnement ou susceptibles de l'être ou pour prévenir qu'ils ne soient émis, déposés, dégagés ou rejetés dans l'environnement lorsque, à son avis, ces mesures sont requises pour éviter ou diminuer un risque de dommage à des biens publics ou privés, à l'homme, à la faune, à la végétation ou à l'environnement en général. L.R.Q. c. Q-2., art. 115.1.

⁶¹ Le Ministre peut, en la manière de toute dette due au gouvernement, réclamer les frais directs et indirects afférents à ces mesures de toute personne qui avait la garde ou le contrôle de ces contaminants et de toute personne responsable de l'émission, du dépôt, du déchargement ou du rejet des contaminants, selon le cas, que celle-ci ait été ou non poursuivie pour infraction à la L.Q.E. La responsabilité est solidaire lorsqu'il y a une pluralité de débiteurs. La Couronne pourra s'adresser au tribunal pour obtenir une condamnation du contrevenant à lui rembourser les frais directs et indirects. *Ibid.*, art. 109.1.1(2), 115.1.

en l'espèce puisque les droits de la Couronne relèveraient de la nature d'un « *interest in land* ». ⁶² Or, les « *interests in land* » n'ont pas à faire l'objet d'enregistrement en *common law*. ⁶³ Au Québec, où la dualité domaniale est reconnue, la situation est tout autre. ⁶⁴ Il semblerait que la règle d'inscription des sûretés accordées à la Couronne devrait y trouver application. Dans ce cas, il y aurait une véritable disparité entre la situation au Québec et celle des autres provinces. Mais il semble y avoir d'autres problèmes.

▪ Le problème technique découlant du moment de la naissance de la sûreté

En raison d'une difficulté d'ordre technique, on peut se demander comment la Couronne pourrait parvenir à respecter l'obligation d'inscription qui lui est imposée. En effet, selon le paragraphe 87(1) de la *L.F.I.*, pour que la Couronne puisse bénéficier des avantages de sa sûreté, il faudrait qu'elle l'ait inscrite avant l'une des dates qui y sont énumérées soit : avant le dépôt d'une pétition de mise en faillite, un avis de cession, une proposition ou un avis d'intention de faire une proposition. Or, il est bon de rappeler que la sûreté attribuée à la Couronne pour garantir le remboursement de ses frais de réparation ne prend naissance qu'au moment où une proposition est déposée ou au moment où le débiteur fait faillite. En d'autres mots, cette sûreté ne prend naissance qu'après l'une ou l'autre des dates énumérées au paragraphe 87(1) de la *L.F.I.* On peut alors se demander comment la Couronne aurait-elle pu avoir inscrit la sûreté au préalable? Comment pourrait-elle inscrire une sûreté qui n'est pas encore née afin de respecter les délais imposés par le législateur fédéral? Il y a là un problème technique. Mais il y a encore un autre aspect à considérer.

▪ La nature exceptionnelle de la sûreté

Le législateur confère à la Couronne un premier rang quasi absolu pour la sûreté garantissant les réclamations de cette dernière pour ses frais de réparation en contexte environnemental. En effet, il accorde ce droit de préférence « par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à toute règle de droit fédéral et provincial ». Avec une telle dérogation, on peut croire que l'intention du législateur était de favoriser la Couronne de façon particulièrement marquée. Cela s'explique probablement par le souci de ce dernier en ce qui concerne l'intérêt public devant un dommage environnemental. Or, on peut se demander quelle serait la position d'un syndic devant une telle réclamation si la Couronne omettait d'inscrire la sûreté selon la procédure établie au paragraphe 87(1) de la *L.F.I.* La nature exceptionnelle de cette sûreté serait-elle suffisante pour qu'on reconnaisse sa validité malgré l'obligation d'inscription du paragraphe 87(1) de la *L.F.I.*? ⁶⁵ Nous sommes d'avis qu'elle le serait.

En terminant, soulignons l'absence de toute référence à une obligation d'inscription en ce qui concerne la sûreté accordée aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs de même que celle

⁶² C'est la situation qui prévaudrait en *common law*. En effet, ce serait en vertu de cet « *interest in land* » que la Couronne pourrait entreprendre les réparations. J. Marin et A. Ilchenko, « Amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act*—Bill C-5 Environmental Liabilities of Trustees and Receivers » (1997) 14:2 Nat. Insol. Review 18 à la p. 42 [ci-après « Environmental Liabilities »].

⁶³ Voir *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990, c. L-5; *Loi sur l'enregistrement des actes*, L.R.O. 1990, c. R-20.

⁶⁴ Au Québec, les biens appartiennent ou bien aux individus ou bien à l'État. Art. 915 C.C.Q.

⁶⁵ Le caractère exceptionnel de cette sûreté a été évoqué par M^e André Prévost. A. Prévost, « Le régime particulier des paragraphes 14.06(2) à (8) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* applicable à l'environnement », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, vol. 108, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 1 à la p. 22 [ci-après « Le régime particulier »].

accordée au séquestre intérimaire.⁶⁶ Dans ce dernier cas, la procédure de constitution est encore plus étrange pour le civiliste puisqu'elle relève de la discrétion judiciaire.

2.2. L'attribution d'une préférence

Depuis la réforme du Code civil, en 1994, les deux seules causes de préférence que prévoit le C.C.Q. sont les priorités — une sûreté légale — et les hypothèques — une sûreté légale ou conventionnelle. Lorsque la *L.F.I.* entre en application, il faut se rapporter au plan de répartition du paragraphe 136(1) de la *L.F.I.* qui établit l'ordre de préférence des différents créanciers, sous réserve des droits des créanciers garantis.⁶⁷ Si la réclamation des créanciers garantis n'est pas énumérée au paragraphe 136(1) de la *L.F.I.*, alors ces derniers peuvent choisir de participer à la faillite, dans la mesure où leur réclamation est présentée selon la forme prescrite⁶⁸ ou de faire valoir leur sûreté selon le droit provincial, auquel cas les causes de préférences qui y sont prévues s'appliqueront.⁶⁹ Or, la *L.F.I.* accorde aux Couronnes fédérale et provinciales, au séquestre intérimaire, aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs des sûretés leur conférant une préférence prévalant sur les droits des autres créanciers.

▪ Une préférence primant les droits des autres créanciers

À titre d'illustration, le législateur prévoit, au paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.*, que « par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à toute règle de droit fédéral et provincial », la sûreté accordée à la Couronne pour sa réclamation liée à un dommage environnemental lui confère une préférence de premier rang.⁷⁰ L'emploi des mots « [cette sûreté] a priorité sur tout autre droit, charge ou réclamation visant le bien » indique l'intention du législateur qu'aucune autre sûreté ne procure de rang supérieur à celui de la Couronne. Ceci a pour but d'éviter que les autres créanciers ne bénéficient d'un profit fortuit dû à l'augmentation de la valeur de l'immeuble à la suite des réparations. Cette supériorité de rang est conférée que la réclamation soit née avant ou après la

⁶⁶ Par. 47.2(1) et 81.2(1) *L.F.I.* Évidemment, l'obligation d'inscription imposée à la Couronne ne s'applique pas ici.

⁶⁷ La Cour suprême du Canada a eu l'occasion — à cinq reprises — de se prononcer sur la nature distincte du paragraphe 136(1) de la *L.F.I.* par rapport au droit privé des provinces. Elle a dégagé les principes suivants :

- Les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au paragraphe 136(1) de la *L.F.I.*;
- Bien qu'une loi provinciale puisse valablement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le paragraphe 136(1) de la *L.F.I.* qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;
- Si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la *L.F.I.*, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- En matière de faillite, des expressions comme « créancier garanti », lorsqu'elles sont définies dans la *L.F.I.*, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la *L.F.I.*;
- Pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *L.F.I.*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l'emporte sur le fond. Les provinces n'ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement; et
- Pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *L.F.I.* Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

Rainville, supra note 8; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24 et *Husky Oil Operations c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453.

⁶⁸ Art. 122-124 *L.F.I.*; Formulaire 31 intitulé « Preuve de réclamation ».

⁶⁹ À condition que les recours des créanciers garantis ne soient pas suspendus par l'effet des articles 69 et suivants de la *L.F.I.* L.W. Houlden et G. B. Morawetz, *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Scarborough, Carswell, 1999 à la p. 498 [ci-après *The 2000 Annotated B.I.A.*].

⁷⁰ M^e André Prévost qualifie cette sûreté de « super priorité ». « Le régime particulier », supra note 65 à la p. 21.

faillite et que la Couronne participe ou non à la faillite.⁷¹ En outre, elle confère un rang supérieur à celui des créanciers hypothécaires qui auraient inscrit leurs droits au préalable au registre des droits fonciers en regard d'un terrain contigu.⁷² Ceci signifie que les avantages que confère l'hypothèque de droit civil sont subordonnés au remboursement de la réclamation de la Couronne pour les frais de réparation de dommages environnementaux.⁷³

▪ Une préférence primant les droits de la banque

De son côté, la sûreté attribuée au séquestre intérimaire pour le remboursement de ses débours et le paiement de ses honoraires confère elle aussi une priorité de premier rang, si le tribunal le permet.⁷⁴ Cette priorité confère au séquestre intérimaire une préférence sur tous les créanciers garantis,⁷⁵ y compris la banque titulaire d'une garantie bancaire.⁷⁶ Le tribunal doit toutefois s'assurer que ces derniers ont été avisés. Avant de rendre son ordonnance, il peut leur permettre d'être entendu.⁷⁷ La détermination de cette sûreté peut se faire au moment de l'audition pour la nomination du séquestre intérimaire ou à l'occasion d'une audition subséquente.⁷⁸

⁷¹ Le paragraphe 14.06(8) de la *L.F.I.* prévoit que :

« [...] la réclamation pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien immeuble du débiteur constitue une réclamation prouvable, que la date du fait ou dommage soit antérieure ou postérieure à celle de la faillite ou du dépôt de la proposition ».

⁷² Ce qui fait dire à M^e Prévost qu'on pourrait s'attendre à ce que certaines institutions financières prennent des garanties supplémentaires afin de pallier à une telle éventualité. « Le régime particulier », *supra* note 65 à la p. 23.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Le *C.C.B.C.* reconnaissait les hypothèques judiciaires. *Précis du droit des sûretés*, *supra* note 17 aux pp. 265 et s. Voir art. 2034 *C.C.B.C.* Le *C.C.Q.* reconnaît maintenant une hypothèque légale pour les créances résultant de jugements. Art. 2724(4) *C.C.Q.* Toutefois, là s'arrête la comparaison puisque ces sûretés ne sont pas reconnues par le législateur fédéral en matière de faillite. En effet, le paragraphe 70(1) de la *L.F.I.* prévoit que :

« [t]oute ordonnance de séquestre rendue et toute cession faite en conformité avec la présente loi ont priorité sur toutes saisies, saisies-arrêts, certificats ayant l'effet de jugements, jugements, certificats de jugements, jugements ayant l'effet d'hypothèques, exécutions ou autres procédures contre les biens d'un failli, sauf ceux qui ont été complètement réglés par paiement au créancier ou à son mandataire, et sauf les droits d'un créancier garanti. »

Il découle de ceci que l'hypothèque légale inscrite au registre de la publicité des droits en vue de garantir la créance résultant d'un jugement est sans effet dans un contexte de faillite puisqu'elle constituerait alors un processus d'exécution susceptible de fausser l'égalité des créanciers. *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 6 à la p. 43. Voir aussi *Larue c. Royal Bank of Canada*, [1926] R.C.S. 218 conf. [1928] A.C. 187 (P.C.). La sûreté « judiciaire » attribuée au séquestre intérimaire pour ses débours et honoraires constituerait donc une exception.

⁷⁵ La version anglaise apporte une nuance que la version française ne fait pas. En effet, la version anglaise précise que cette sûreté prend rang « *ahead of any or all secured creditors* » [soulignement ajouté]. De son côté, la version française prévoit simplement que cette sûreté a « préséance sur les réclamations de tout créancier garanti » [soulignement ajouté]. En comparaison, la réclamation du syndic de faillite pour ses honoraires est colloquée après les droits des créanciers garantis. Voir al. 136(1)a) *L.F.I.* Dans le cas d'une proposition, il revient au syndic de s'entendre avec l'auteur de la proposition et les créanciers afin de s'assurer que ses honoraires lui seront payés et ses débours remboursés. *Infra* note 78 à la p. 144.

⁷⁶ *Ibid.* Il s'agissait ici d'un cas où le débiteur avait fait une cession générale de créances (« *general assignment of all accounts* ») à la banque CIBC. Celle-ci détenait de plus des droits en vertu d'un contrat général de garantie (« *general security agreement* »).

⁷⁷ Les créanciers peuvent présenter un avis d'opposition, tel que le prévoit l'article 80 des R.G.F.I.

⁷⁸ La Cour de justice de l'Ontario siégeant en matière de faillite a rendu, il y a quelques années, un jugement reconnaissant cette sûreté et la priorité de tout premier rang qu'elle confère au séquestre intérimaire, c'est-à-dire avant même les réclamations garanties. En l'espèce, le juge Chadwick avait procédé à la nomination d'un séquestre intérimaire mais avait décidé de reporter sa décision sur l'attribution d'une sûreté de premier rang à ce dernier. Un des créanciers garantis, la banque CIBC, a fait valoir que le juge ne pouvait accorder de sûreté au séquestre intérimaire qu'au moment de l'audition pour la nomination de ce dernier et qu'en cas de défaut, le juge ne pouvait reconnaître *a posteriori* l'existence de cette sûreté. La banque s'appuyait sur la version anglaise du paragraphe 47.2(1) de la *L.F.I.* qui se lit comme suit :

« [w]here an appointment of an interim receiver is made under section 47 or 47.1, the court may make such an order respecting the payment of fees and disbursements of the interim receiver as it considers proper, including an order giving the interim receiver a charge » [soulignement ajouté].

Le juge Chadwick de la Cour de justice de l'Ontario a rejeté les arguments de la banque en déclarant qu'il ne fallait pas interpréter le paragraphe 47.2(1) de la *L.F.I.* de façon trop stricte. Le juge a ajouté qu'il avait nommé le séquestre intérimaire, que celui-ci avait dûment rempli ses fonctions, qu'il méritait pour cette raison d'obtenir une rétribution et devait prendre rang devant tous les créanciers garantis. *Re N.T.W. Management Ltd* (1994), 29 (3^e) C.B.R. 139 aux pp. 142-143 (Ont. Bkcty).

▪ Une préférence primant les droits de la Couronne au titre de sa fiducie présumée

De son côté, le paragraphe 81.2(1) de la *L.F.I.* établit une sûreté en faveur des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs pour garantir leur réclamation portant sur la marchandise qu'ils ont livrée au débiteur qui est devenu failli ou qui a fait une proposition concordataire.⁷⁹ Cette sûreté porte sur la totalité du stock appartenant à l'acheteur ou détenu par lui. Elle s'ajoute au droit de reprise de possession prévu au paragraphe 81.1(1) de la *L.F.I.*⁸⁰ Elle garantit de façon quasi absolue le remboursement de l'agriculteur, du pêcheur ou de l'aquiculteur. En effet, cette sûreté confère à ces derniers un droit de préférence sur tout autre droit, charge ou réclamation — peu importe sa date de naissance — relatif au stock de l'acheteur.⁸¹ En outre, cette sûreté a priorité sur les droits de la Couronne au titre de sa fiducie présumée pour ses créances fiscales.⁸² Or, comme le font remarquer monsieur le juge Houlden et M. Morawetz, la fiducie présumée a été créée pour supplanter le droit de propriété *sui generis* découlant de la garantie bancaire prévue à l'article 427 de la *Loi sur les Banques*.⁸³ En principe, il devrait en découler que le stock sur lequel porte la sûreté des agriculteurs, pêcheurs et aquiculteurs ne ferait pas partie des biens du failli.

En fait, seul le droit du fournisseur à la reprise de possession de marchandises aux termes du paragraphe 81.1(1) de la *L.F.I.* a préséance devant la priorité conférée par le paragraphe 81.2(1) de la *L.F.I.* Cet article prévoit aussi que si la liquidation des biens du failli fait diminuer la valeur de l'ensemble du stock du failli en deçà de la valeur de la réclamation, en cas de prise de possession par l'agriculteur, le pêcheur ou l'aquiculteur, le syndic est lui-même redevable des sommes couvertes par cette sûreté.⁸⁴

La création de ces sûretés, comme on peut aisément le constater, bouleverse les avantages accordés en droit civil québécois aux créanciers hypothécaires. Il s'agit somme toute de « super priorités » qui bénéficient à certains créanciers au détriment des autres, malgré le statut de créancier garanti que la *L.F.I.* leur reconnaît, y compris, en ce qui concerne la sûreté accordée aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs, la Couronne malgré la « super priorité » que constitue la fiducie présumée. Dans ce dernier cas, les biens servant à la réalisation de la sûreté sont carrément extraits du patrimoine du débiteur avant même qu'ils ne soient transférés entre les mains du syndic pour l'administration de la faillite. Dans le cas de la sûreté accordée au séquestre

⁷⁹ Ces créanciers ne peuvent se prévaloir de cette sûreté que si, à la fois :

- l'agriculteur a livré la marchandise dans les quinze jours précédant la faillite de l'acheteur ou la nomination d'un séquestre des biens de ce dernier, et
- la marchandise n'a pas été payée au complet dans les quinze jours précédant la faillite de l'acheteur ou la nomination d'un séquestre des biens de ce dernier, et
- l'agriculteur a déposé une preuve de réclamation pour le solde impayé auprès du syndic ou du séquestre dans les trente jours suivant la faillite de l'acheteur ou la nomination d'un séquestre des biens de ce dernier, et
- La réclamation doit être soumise suivant la forme prescrite dans le formulaire 31 (il s'agit de la formule générale de réclamation).

⁸⁰ Par. 81.2(4) *L.F.I.* Voir *The 2000 Annotated B.I.A.*, supra note 69 à la p. 355.

⁸¹ Le texte du paragraphe 81.2(1) de la *L.F.I.* prévoit que cette sûreté a priorité « par dérogation à toute autre loi ou règle de droit fédéral ou provinciale ».

⁸² *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1998, c. 19, par. 227(4.1). Voir pour une analyse en profondeur de la fiducie présumée L. L'Heureux, « La fiducie présumée de recouvrement de la *Loi de l'impôt sur le revenu* » (1999-2000), 21:3, *Revue de planification fiscale et successorale* 481.

⁸³ *The 2000 Annotated B.I.A.*, supra note 69 à la p. 249. Voir *Banque Royale c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411.

⁸⁴ Le paragraphe 81.2(1) *in fine* de la *L.F.I.* prévoit que :

« Le syndic ou le séquestre, qui prend possession ou réalise l'inventaire affecté à la garantie, est responsable de la réclamation de l'agriculteur, du pêcheur ou de l'aquiculteur jusqu'à concurrence du produit net de la réalisation, déduction faite des frais de réalisation, et est subrogé dans tous leurs droits jusqu'à concurrence des sommes ainsi payées ».

intérimaire, il suffit à ce dernier de s'adresser au tribunal pour obtenir une préférence sur les droits des créanciers garantis comme les banques. En fait, seule la réalisation de la sûreté accordée à la Couronne pour ses réclamations liées à un dommage environnemental soulève des questions au point de vue du droit privé des provinces. C'est ce que nous allons voir maintenant.

2.3. L'exercice des recours

En 1994, le législateur québécois a considérablement modifié le droit des sûretés et, en particulier les droits relatifs à l'exercice des recours hypothécaires. En somme, il a étendu les règles relatives à l'exercice de ces recours à certains contrats comme la fiducie à titre onéreux consentie pour l'exécution d'une obligation,⁸⁵ la vente avec faculté de rachat consentie pour garantir un prêt⁸⁶ et la vente à tempérament comportant une réserve de propriété publiée.⁸⁷ Il découle de ceci que les différences entre les « sûretés-propriétés », les « sûretés-fiducies » et les « sûretés traditionnelles » se sont considérablement amoindries.⁸⁸

Le régime des recours hypothécaires mis en place par le législateur québécois prévoit quatre types de recours : la prise en possession à des fins d'administration,⁸⁹ la prise en paiement,⁹⁰ la vente faite par le créancier aux enchères, de gré à gré ou par appel d'offres⁹¹ et la vente sous contrôle de justice.⁹² L'exercice de ces recours doit toutefois être précédé de l'émission d'un préavis indiquant l'intention du créancier de se prévaloir d'un de ceux-ci contre le débiteur au terme d'un délai de vingt jours, en matière mobilière, et de soixante jours, en matière immobilière.⁹³

Advenant la faillite de son débiteur ou le dépôt d'une proposition, le créancier hypothécaire sera considéré comme un créancier garanti.⁹⁴ Il pourra réaliser sa garantie, sous réserve de la suspension des recours que prévoient les articles 69 à 69.31 de la *L.F.I.*, comme s'il était un étranger à la faillite.⁹⁵ Il y a toutefois deux exceptions à ce principe : les particularités que le législateur fédéral confère aux sûretés qu'il crée dans sa propre législation et les exigences d'honnêteté et de diligence prévues à la partie XI de la loi.

▪ Les particularités que le législateur fédéral confère aux sûretés qu'il crée dans sa propre législation

En vertu du paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.*, la Couronne pourrait décider de ne pas participer à la faillite et d'exécuter la sûreté protégeant sa réclamation pour frais de réparation de dommages causés à l'environnement, comme le prévoit le législateur, « selon le droit du lieu où est situé le bien

⁸⁵ Art. 1263 C.C.Q.

⁸⁶ Art. 1756 C.C.Q.

⁸⁷ Art. 1749 C.C.Q.

⁸⁸ « Le traitement des créanciers », *supra* note 10 à la p. 955.

⁸⁹ Art. 2773 C.C.Q. et s.

⁹⁰ Art. 2778 C.C.Q. et s.

⁹¹ Art. 2784 C.C.Q. et s.

⁹² Art. 2791 C.C.Q. et s.

⁹³ Si le mécanisme de sûreté donnant ouverture au recours hypothécaire est une hypothèque accessoire à un contrat de consommation, le délai est de 30 jours. En matière immobilière et en matière mobilière, ce délai ne commence à compter qu'à partir du moment où le préavis est publié. Art. 2758(2) C.C.Q.

⁹⁴ Le législateur définit l'expression « créancier garanti » en énumérant un certain nombre de mécanismes de garantie qui attribuent à leur titulaire le titre de « créancier garanti ». Parmi ces mécanismes, le législateur prévoit expressément l'hypothèque. Par. 2(1) *L.F.I.*

⁹⁵ Le créancier garanti peut toutefois toujours prendre la décision de participer à la faillite et déposer sa réclamation. *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 7 à la p. 73.

comme s'il s'agissait d'une hypothèque ou autre garantie ». ⁹⁶ Que signifie cette expression? Doit-on conclure qu'il s'agit là d'un renvoi au droit privé des provinces en matière de sûreté? Les règles régissant les droits hypothécaires, en particulier, trouvent-elles application?

On a soutenu que, malgré l'intention apparemment explicite du législateur, l'exécution de cette sûreté « comme s'il s'agissait d'une hypothèque » présenterait certains problèmes de fond. ⁹⁷ En effet, en vertu du droit privé des provinces, le défaut du débiteur de payer une créance ou d'exercer une obligation permet aux créanciers hypothécaires d'exercer leur sûreté. ⁹⁸ Or, ici, ce qui permet à la Couronne d'exercer sa sûreté, c'est le fait que le débiteur devienne failli ou qu'il dépose une proposition. En revanche, ne pourrait-on pas considérer que le débiteur est, *de facto*, en défaut en raison de son état d'insolvabilité? ⁹⁹ Toute la difficulté découle du fait que cette sûreté ne prend naissance qu'après l'insolvabilité ou la faillite du débiteur.

La Couronne pourra, en principe, faire valoir sa « super priorité » garantissant sa réclamation pour frais de réparation sur la valeur brute réalisable des biens grevés. ¹⁰⁰ De son côté, le syndic, afin de protéger les intérêts de l'actif, pourra tenter de récupérer tout surplus généré par la vente de l'immeuble par la Couronne. ¹⁰¹ Cette opération peut s'avérer délicate en raison de la fluctuation que risque de connaître la valeur de l'immeuble d'abord endommagé à la suite d'un dommage environnemental puis réparé par la Couronne.

▪ Les exigences d'honnêteté et de diligence prévues à la partie XI de la loi

Depuis 1992, la *L.F.I.* comporte des dispositions encadrant l'exercice des recours des créanciers garantis. Le législateur impose à ces derniers des obligations d'honnêteté dans l'administration et la liquidation des biens du débiteur. ¹⁰² Toutefois, ces règles ne trouvent application que lorsqu'un « séquestre/receiver » prend possession des biens du débiteur afin de les administrer.

Le législateur fédéral définit au paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* ce qu'est un « séquestre-receiver » au sens de la partie XI de la *L.F.I.* ¹⁰³ Deux éléments fondamentaux se dégagent de cette

⁹⁶ La Couronne, considérée comme créancière garantie en application du paragraphe 2(1) de la *L.F.I.*, pourra exécuter sa sûreté spéciale en dehors de la proposition, en conformité avec les règles énoncées au paragraphe 69.1(2) de la *L.F.I.* La Couronne pourra également exécuter sa sûreté spéciale en dehors de la faillite, en conformité avec les règles énoncées au paragraphe 69.3(2) de la *L.F.I.*

⁹⁷ En fait, les recours dont il est question au paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.* s'exercent au moment où le débiteur fait une proposition ou au moment où ce dernier devient failli sans considération du défaut de ce dernier de payer la facture. « Environmental Liabilities », *supra* note 62 à la p. 42.

⁹⁸ Art. 2748(2) C.C.Q. Voir *Loi sur les hypothèques*, L.R.O. 1990, c. M.40, partie II. Voir aussi *ibid.*

⁹⁹ La *L.F.I.* définit ce qu'est une personne insolvable de la façon suivante :

« [p]ersonne qui n'est pas en faillite et qui réside au Canada ou y exerce des activités ou qui a des biens au Canada dont les obligations, constituant à l'égard de ses créanciers des réclamations prouvables aux termes de la présente loi, s'élèvent à mille dollars et, selon le cas :

- a) qui, pour une raison quelconque, est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance;
- b) qui a cessé d'acquitter ses obligations courantes dans le cours ordinaire des affaires au fur et à mesure de leur échéance;
- c) dont la totalité des biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, ou ne suffirait pas, s'il en était disposé lors d'une vente bien conduite par autorité de justice, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir ».

¹⁰⁰ « Environmental Liabilities », *supra* note 62 à la p. 42.

¹⁰¹ *The 2000 Annotated B.I.A.*, *supra* note 69 à la p. 322.

¹⁰² Ces obligations sont prévues aux articles 246 et 247 de la *L.F.I.* Le « séquestre/receiver » doit, en outre, administrer les biens « en toute honnêteté et de bonne foi » et selon « les pratiques commerciales raisonnables ». De plus, il doit produire des rapports décrivant l'exercice de ses fonctions à l'égard des biens.

¹⁰³ On y lit :

définition. Premièrement, le « séquestre/receiver » visé est celui qui prend possession des biens du débiteur insolvable. Deuxièmement, le « séquestre/receiver » doit pour cela être habilité en vertu d'une ordonnance ou d'un contrat de garantie. Le libellé de la définition est toutefois rédigé de façon ambiguë et permet deux interprétations contradictoires.

Selon une interprétation large, les mots « toute personne qui (...) est habilitée nommément à prendre [possession des biens] », d'une part, et « ou a pris », d'autre part, présentent une alternative conceptuelle : le « séquestre/receiver » traditionnellement reconnu et ce qui serait une nouvelle conception de « séquestre/receiver ». Ainsi, le « séquestre/receiver » visé par cette définition peut être celui qui est traditionnellement habilité par un contrat de garantie ou une ordonnance mais il peut être aussi un créancier qui prend simplement possession des biens faisant l'objet d'un contrat de garantie afin de les réaliser.

Selon une interprétation stricte, au contraire, le paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* ne renvoie qu'au « séquestre/receiver » traditionnellement reconnu. Il en découlerait que le « séquestre/receiver » visé par cette définition est celui qui prend possession des biens du débiteur insolvable conformément au libellé d'un contrat de garantie ou de l'ordonnance d'un tribunal.¹⁰⁴

Ce sont ces arguments qui ont été présentés devant le juge Baynton du tribunal de première instance de Saskatchewan.¹⁰⁵ Le juge Baynton a d'abord reconnu le bien-fondé des deux interprétations mais a ensuite tranché en faveur de l'interprétation stricte. Il a toutefois ajouté, en tenant compte des fins poursuivies par la partie XI de la *L.F.I.*, qu'un créancier garanti pourrait être un « séquestre/receiver » tel que défini au paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* à condition qu'il soit nommément habilité aux termes d'un contrat de garantie ou d'une ordonnance à prendre possession des biens de son débiteur.

Appliquées au Québec, ces conclusions signifieraient que le paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* ne peut trouver application lorsque les créanciers hypothécaires font valoir leurs droits.¹⁰⁶ En effet, le fondement juridique permettant aux créanciers hypothécaires d'exercer leurs droits en cas de défaut du débiteur ne se trouve pas dans un contrat ou une ordonnance du tribunal mais bien dans le *C.C.Q.*¹⁰⁷ On pourrait ajouter que le recours à la notion de « séquestre/receiver », dans le contexte

« "Séquestre" S'entend de toute personne qui, aux termes d'un contrat – appelé « contrat de garantie » dans la présente partie – créant une garantie sur des biens, ou aux termes d'une ordonnance rendue par le tribunal sous le régime de toute règle de droit prévoyant ou autorisant la nomination d'un séquestre ou d'un séquestre-gérant, est habilitée nommément à prendre – ou a pris – possession ou contrôle du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable ou d'un failli acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires ».

¹⁰⁴ Comme les obligations imposées aux créanciers garantis en vertu de la partie XI de la *L.F.I.* ont pour effet de limiter ces derniers dans l'exercice de leurs droits, une interprétation stricte de ces dispositions serait conforme aux règles d'interprétation législative. Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e édition, Montréal, Thémis, 1999 à la p. 594.

¹⁰⁵ *Farm Credit Corporation c. Corriveau* (1993), 20 C.B.R. 3^e 124 (Sask. Q.B.).

¹⁰⁶ Il est bon de rappeler que la dation en paiement, dans le contexte du droit des sûretés, est un concept qui a été abandonné par le législateur québécois avec la réforme du Code civil. Par contre, aucune jurisprudence québécoise n'a remis en question l'application de cette définition de « séquestre/receiver » au Québec. Par conséquent, il n'est pas possible de déterminer comment un tribunal québécois réagirait si on lui soumettait la question de l'application du paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* Bien qu'on puisse toujours plaider en faveur d'une interprétation large de ces dispositions devant une cour québécoise, nous croyons toutefois que l'interprétation stricte retenue dans l'affaire *Farm Credit Corporation* devrait être privilégiée.

¹⁰⁷ L'article 2748 du *C.C.Q.* spécifie que :

« [o]utre leur action personnelle et les mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile, les créanciers ne peuvent, pour faire valoir et réaliser leur sûreté, exercer que les droits hypothécaires prévus au présent chapitre ».

Voir A. Riendeau, « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », Conférence de la faculté de droit de l'Université McGill, Montréal, 29-30 mars 1996 à la p. 27. Il est à noter que la situation risque d'être totalement différente pour certains créanciers dont les sûretés leur sont accordées par une loi fédérale. Par exemple, le créancier titulaire d'une garantie bancaire peut prendre possession des biens de son débiteur en dehors des cas prévus par le paragraphe 427(3) L.B. *Atomic Slipper Co. c. Banque nationale du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 1059 aux pp. 1080-1081. Voir *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46. Voir aussi *Droit des sûretés*, *supra* note 18 aux pp. 372 et s.

du paragraphe 243(2) de la *L.F.I.*, renvoie probablement à un concept traditionnellement reconnu en *common law*. En effet, le séquestre de droit civil s'apparente davantage à un dépositaire qu'au *receiver* de *common law*.¹⁰⁸ En droit civil, ce sont plutôt les dispositions régissant l'administration du bien d'autrui qui s'appliquent.¹⁰⁹

En fait, le mode de réalisation de garanties visé par la définition du paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* était, au Québec, la prise de possession d'une entreprise aux termes d'un acte de fiducie en vue de liquider les inventaires, les comptes recevables et les biens du débiteur. En effet, la *L.P.S.C.* permettait de créer un acte de fiducie en faveur de créanciers obligataires aux termes duquel le fiduciaire de ces derniers pouvait entrer en possession des biens du débiteur émetteur, les administrer et les liquider advenant le défaut de celui-ci.¹¹⁰ Or, la disparition de cet acte de fiducie, avec la réforme du Code civil, peut donner l'impression que la partie XI de la *L.F.I.* est lettre morte au Québec.¹¹¹

Il faut toutefois apporter des nuances à cette affirmation catégorique. En premier lieu, il existe au Québec des créanciers dont les sûretés sont prévues dans d'autres textes que le *C.C.Q.* et dont la réalisation peut se faire par l'intervention d'un « séquestre/*receiver* ». ¹¹²

En second lieu, certaines règles de la partie XI sont applicables à tous les créanciers dont la réclamation est garantie par une sûreté. En effet, le paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* impose à tous les créanciers garantis l'obligation de faire parvenir un préavis au débiteur insolvable avant de mettre leur garantie à exécution.¹¹³ En particulier, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa garantie avant l'expiration d'un délai de dix jours.¹¹⁴ De son côté, toutefois, le *C.C.Q.* prévoit le

¹⁰⁸ Art. 2280 *C.C.Q.* et s.

¹⁰⁹ Art. 1299 *C.C.Q.* et s.

¹¹⁰ L'autorisation de prendre possession des biens du débiteur en cas de défaut de celui-ci était expressément prévue à l'acte de fiducie. L. Lévesque, *L'acte de fiducie*, coll. Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1991 aux pp. 28 et s. Cette prise de possession ne transférerait pas le droit de propriété lequel demeurerait entre les mains du débiteur. *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7. Détail intéressant : on a affirmé que le fiduciaire pouvait agir directement sans devoir nommer un « *receiver* ». Y. Caron, « De l'action réciproque du droit civil et de *common law* dans le droit des compagnies de la province de Québec » dans J.S. Ziegel, *Studies in Canadian Company Law*, Toronto, Butterworths, 1967 à la p. 141. Voir aussi *Droit des sûretés*, *supra* note 18 aux pp. 251 et s.

¹¹¹ On pourrait ajouter que le législateur québécois, de son côté, régit l'administration et la liquidation des biens d'un débiteur insolvable par un créancier hypothécaire en vertu des règles sur l'administration du bien d'autrui. Or, comme le fait remarquer M^e Riendeau, les normes exprimées par le législateur québécois au sujet de l'administration du bien d'autrui sont à plusieurs égards « similaires voire redondantes » à celles imposées au « séquestre/*receiver* » en vertu de la partie XI de la *L.F.I.* Ainsi, le but recherché par le législateur fédéral lors de l'introduction de la partie XI de la *L.F.I.* serait atteint de toute façon. « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », *supra* note 107 à la p. 31.

¹¹² Par exemple, les créanciers bénéficiant de la garantie bancaire. *Loi sur les banques*, *supra* note 107, art. 427. On peut réfléchir sur l'application des dispositions du *C.C.Q.* concernant l'administration du bien d'autrui aux banques. Celles-ci, en effet, ne détiennent-elles pas un droit de propriété *sui generis* sur les biens du débiteur? En prenant possession de ces biens, serait-il exact de prétendre qu'elle administre « le bien d'autrui? Voir à ce sujet M. Cantin Cumyn, *L'administrateur du bien d'autrui*, Cowansville, Yvon Blais, 2000 à la p. 112.

¹¹³ Contrairement au reste de la partie XI de la *L.F.I.* qui s'adresse au « séquestre/*receiver* », le paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* vise particulièrement les créanciers garantis. Il prévoit que :

« [I]e créancier garanti qui se propose de mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité du Ostock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable acquis ou utilisés dans le cadre des affaires de cette dernière doit lui en donner préavis en la forme et de la manière prescrite ».

À ce sujet, l'article 124 des R.G.F.I. prévoit que :

« [I]e préavis de mise à exécution d'une garantie ou d'une sûreté donné par le créancier garanti à la personne insolvable conformément au paragraphe 244(1) de la Loi est en la forme prescrite et est envoyé de la manière indiquée dans le contrat de garantie ou de sûreté ou, à défaut d'une telle indication, est soit signifié, soit envoyé par courrier recommandé ou par service de messagerie ».

Le préavis de l'intention de mettre à exécution une garantie doit prendre la forme prescrite par le formulaire 86 intitulé « Préavis de l'intention de mettre à exécution une garantie ».

¹¹⁴ Par. 244(2) *L.F.I.* Il est bon de rappeler que le préavis de dix jours est un préavis minimum. Il ne s'ajoute pas aux préavis d'exercice des droits hypothécaires prévus au *C.C.Q.* (20 et 30 jours pour les meubles, 60 jours pour les immeubles). En fait, de tels préavis seraient suffisants aux termes du paragraphe 244(2) de la *L.F.I.* Voir *Société générale (Canada) c. 2967-6804 Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 1684 (C.S.); « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », *supra* note 107 aux pp. 4 et s.

délaissement immédiat des biens du débiteur lorsque ces derniers risquent de déperir ou lorsqu'il est à craindre que la créance ne soit mise en péril.¹¹⁵ Il y aurait, à première vue, incompatibilité entre cette possibilité d'obtenir le délaissement immédiat des biens du débiteur et l'obligation d'émettre un préavis de 10 jours en vertu du paragraphe 244(1) de la *L.F.I.*¹¹⁶

Une autre remarque concerne le moyen de défense que prévoit l'article 252 de la *L.F.I.* En effet, le législateur fédéral permet au créancier garanti dont on allègue une contravention à l'une ou l'autre des obligations que lui impose la partie XI de la *L.F.I.* (par exemple, l'envoi du préavis de l'article 244 de la *L.F.I.*) de démontrer qu'il avait des motifs de croire que le débiteur n'était pas solvable. Cet article s'adresse à la fois au créancier garanti lui-même et au « séquestre/receiver » défini au paragraphe 243(2) de la *L.F.I.*, ce qui signifie que ce moyen de défense est offert à tout créancier garanti même s'il ne se qualifie pas à titre de « séquestre/receiver ».

Comme on peut le constater, l'exercice des recours auxquels le législateur fédéral renvoie pour la réalisation de la sûreté qu'il accorde à la Couronne pour ses réclamations liées à un dommage environnemental soulève quelques questions découlant de la nature hybride et exceptionnelle de cette sûreté. En ce qui concerne l'application de la partie XI de la *L.F.I.*, elle est réduite, au Québec, à des cas où des créanciers dont la réclamation est garantie par une sûreté exercent leurs recours à l'encontre d'un débiteur en nommant un séquestre conformément aux dispositions d'un contrat de garantie. On peut peut-être penser à une banque dotée d'une garantie bancaire et dont les recours figurent non pas à l'article 427 de la *Loi sur les banques* mais dans le contrat de garantie.

Conclusions générales

Après ce rapide survol de la situation engendrée par la mise en place des sûretés créées ou encadrées par le législateur fédéral dans la *L.F.I.*, nous pouvons dresser quelques constats en guise de conclusion. Au point de vue terminologique, il n'est pas inexact d'affirmer que le mot « charge » désigne une hypothèque. L'emploi des mots « garantie » ou « sûreté » est toutefois nettement préférable en regard du vocabulaire en usage dans la tradition de droit civil.

Au point de vue de la substance des droits, si le législateur est doté de toute la compétence voulue en matière de faillite et d'insolvabilité pour mettre en place tout mécanisme de sûreté qu'il juge nécessaire, il n'en demeure pas moins qu'en créant des mécanismes de sûreté en marge de ce qui est prévu dans le droit privé des provinces et, en particulier, en droit civil québécois, il bouleverse les rapports entre les créanciers. Or, ces derniers devraient pouvoir gouverner leur conduite avec un plus grand degré de certitude. L'analyse de certaines sûretés créées dans la *L.F.I.* par le législateur fédéral tend à démontrer, au contraire, que les droits des créanciers font l'objet de variations importantes quant aux règles d'opposabilité, de préférence et de recours. Ces variations soulèvent probablement des inquiétudes au sein de la communauté juridique. Le programme d'harmonisation dont la mise en oeuvre est du ressort du ministère de la Justice du Canada ne peut servir de forum pour calmer ces inquiétudes autrement qu'en faisant respecter au sein du corpus législatif fédéral la terminologie et les concepts en vigueur en droit civil québécois.

Ces questions, et bien d'autres, font présentement l'objet d'études au sein du Ministère lequel travaille à cet effet en collaboration avec celui d'Industrie.

¹¹⁵ Art. 2767(1) C.C.Q.

¹¹⁶ « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », *supra* note 107.