

## Les Cahiers de droit



# Priorité d'un privilège sur une hypothèque assortie d'une clause de datation en paiement. Nineteenhundred Tower Ltd. v. Cassioni, [1967] B.R. 787.

M. Tancelin

Volume 9, Number 2, 1967–1968

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004385ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004385ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Tancelin, M. (1967). Priorité d'un privilège sur une hypothèque assortie d'une clause de datation en paiement. Nineteenhundred Tower Ltd. v. Cassioni, [1967] B.R. 787. *Les Cahiers de droit*, 9(2), 287–292. <https://doi.org/10.7202/1004385ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1967

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

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

**Érudit**

This article is disseminated and preserved by Érudit.

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

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

## Chronique de jurisprudence

### Priorité d'un privilège sur une hypothèque assortie d'une clause de dation en paiement

**Nineteenthundred Tower Ltd. v. Cassiani [1967] B.R. 787.**

M. TANCELIN \*

Quand un privilège de fournisseurs de matériaux affecte un immeuble avant la conclusion d'un prêt hypothécaire assorti d'une clause de dation en paiement concernant le même immeuble, l'exercice de la clause de dation en paiement, qui rend selon la jurisprudence dominante le créancier hypothécaire rétroactivement propriétaire au jour du contrat de prêt, ne fait pas obstacle au droit de suite du créancier privilégié sur la plus value conférée à l'immeuble par la fourniture des matériaux.

À des dates non précisées sauf en ce qui concerne l'un des fournisseurs (Franklin, 22 novembre 1962), mais en tout cas avant le 6 mars 1963, quatre fournisseurs de matériaux passent avec un entrepreneur de construction (Bremmier) des contrats de fournitures de matériaux qui leur confèrent le privilège de 2013e C.c. Le 4 mars 1963, un prêteur (Vuk) consent à l'entrepreneur un prêt garanti par une hypothèque assortie de la clause traditionnelle de dation en paiement. Ce contrat est enregistré le 6 mars. L'exécution des quatre contrats de fournitures commencée avant le 6 mars se poursuit après cette date et trois fournisseurs avaient enregistré leur privilège dans les délais, c'est-à-dire dans les trente jours de la fin des travaux, lorsque le prêteur usant de la clause de dation en paiement devint propriétaire de l'immeuble construit.

Le juge Robinson de la Cour supérieure déclara le prêteur hypothécaire rétroactivement propriétaire au jour du contrat de prêt, conformément à la jurisprudence établie; mais il réserva le sort des trois privilèges enregistrés. En reprise d'instance, le cessionnaire des droits litigieux (*Nineteenthundred Tower Ltd.*) du prêteur fut débouté dans

---

\* L.L.M. (McGill), docteur en droit (Paris), professeur auxiliaire à la faculté de Droit de l'université Laval.

son action contre les trois créanciers privilégiés et le juge Sabourin de la Cour supérieure condamna l'entrepreneur de construction à exécuter ses obligations vis-à-vis des fournisseurs et il ordonna au tiers-détenteur de l'immeuble grevé des trois privilèges de le délaisser s'il n'aimait mieux désintéresser les créanciers privilégiés. C'est cette décision que la Cour d'appel confirme en attendant que la Cour suprême tranche définitivement le débat.

Une fois de plus se pose aux tribunaux la question de l'effet de la clause de dation en paiement sur les droits réels qui grèvent l'immeuble donné en paiement. Il s'agit de savoir si les droits consentis après la conclusion de la clause de dation en paiement sont opposables au créancier hypothécaire qui devient propriétaire de l'immeuble par l'effet de la clause et qui prend donc la qualité de tiers-défendeur vis-à-vis des autres personnes munies d'un droit réel sur cet immeuble.

La jurisprudence déclare généralement inopposables au créancier hypothécaire qui reçoit l'immeuble en paiement les privilèges (*Dame Dumberry v. Dame Moquin et Cantin*, [1959] C.S. 184; *Dame Goulet v. Coco Island*, [1961] C.S. 402; *Bédard v. Assistance Loan*, [1966] B.R. 113, J. Pratte diss.) et les hypothèques et aliénations (*Scott v. Guillemette*, [1962] B.R. 293; *Côté v. Sterblied*, [1959] B.R. 111 cf. [1958] R.C.S. 121) nés ou consenties après la conclusion de la clause de dation en paiement. Par contre, la Cour d'appel et la Cour suprême (*Munn et Shea v. Hogue*, (1928) 44 B.R. 128; [1928] R.C.S. 398; *Belle Isle v. Craft Finance*, [1966] B.R. 135; [1966] R.C.S. 661) décident qu'un privilège né avant la vente ou la conclusion de la clause de dation en paiement est opposable au nouveau propriétaire de l'immeuble même si l'enregistrement du privilège a lieu après la conclusion et l'enregistrement du contrat d'aliénation. C'est cette dernière solution que la Cour d'appel reprend dans l'arrêt *Nineteenhundred Tower v. Cassiani*, confirmant ainsi sa tendance à tempérer l'influence de cet élément perturbateur du régime des sûretés qu'est la clause de dation en paiement. Cette jurisprudence ne remet pas en cause la conception traditionnelle de la clause de dation en paiement; en effet, la question de l'effet rétroactif de la clause ne se pose pas en l'espèce, car les privilèges sont nés antérieurement à la clause. Cependant la prétention du prêteur hypothécaire dans l'arrêt *Tower* s'appuie quand même sur cette conception traditionnelle, car il essaie de faire jouer la clause à l'encontre de l'enregistrement du privilège, faute de pouvoir en faire remonter les effets au-delà de la conclusion de la clause. C'est à bon droit que la jurisprudence refuse de suivre les partisans d'une telle extension des effets de la clause et l'on peut même se demander si elle ne pourrait pas

de façon générale reviser ses positions sur la rétroactivité de la clause qui est une cause profonde d'incertitude en matière de sûretés.

\*

\*                      \*

Dans l'état actuel de la jurisprudence, la rétroactivité de la clause de dation en paiement est bien établie. C'est en fonction de cette donnée qu'il faut examiner les questions soulevées par l'arrêt *Tower*, même si cet arrêt ne met pas directement en cause le principe de rétroactivité.

Personne ne songe à soutenir que la rétroactivité de la clause pourrait porter atteinte à un privilège né et enregistré avant la conclusion de la clause. La jurisprudence admet par contre que la rétroactivité de la clause efface les privilèges enregistrés après l'exercice de la clause même s'ils sont nés avant cet exercice, pourvu que ce soit après la conclusion de la clause. Ainsi dans l'arrêt *Bédard* précité le privilège était né après la clause de dation en paiement et plus précisément entre la conclusion et l'exercice de la clause; l'enregistrement du privilège n'avait été fait qu'après l'exercice de la clause.

L'arrêt *Tower* pose une question intermédiaire : il s'agit de savoir si la clause peut atteindre un privilège né avant et enregistré après la conclusion de la clause, mais cette fois avant l'exercice de la clause; autrement dit, c'est l'enregistrement du privilège qui est intervenu ici entre la conclusion et l'exercice de la clause, (et non plus la naissance du privilège comme dans l'arrêt *Bédard*) étant entendu que le privilège était déjà né au moment de la conclusion de la clause.

Les fournitures de matériaux avaient commencé avant le prêt hypothécaire assorti de la clause de dation en paiement et s'étaient poursuivies après, circonstance qui a d'ailleurs amené le premier juge à réserver la question des privilèges. Le droit des créanciers privilégiés est né au moment des premières livraisons de matériaux et il est devenu rétroactivement opposable aux tiers à dater de ce moment : c'est la force particulière du privilège d'être virtuellement opposable aux tiers même avant d'être enregistré. Prétendre que la clause de dation en paiement puisse faire obstacle à l'enregistrement du privilège reviendrait à permettre à un créancier hypothécaire subséquent de faire avorter un privilège déjà vivant mais pas encore mis au monde. Cet avortement-là n'est pas légal non plus.

En effet, le droit du créancier privilégié né au moment de la fourniture des matériaux est un droit dont son cocontractant ne peut pas le priver : nul ne peut disposer de plus de droit qu'il n'en a. Le pro-

priétaire d'un immeuble en construction grevé d'un privilège ne peut l'aliéner que sujet au privilège dont il est grevé, dit l'article 2053 C.c.

Il est vain d'objecter que le privilège non enregistré ne grève pas encore l'immeuble. En effet, l'enregistrement du privilège ne rend pas ce droit réel accessoire opposable aux tiers à la date à laquelle il est fait mais à partir de la date de la naissance du privilège (cf. juge en chef Lafontaine *in* arrêt *Munn Shea* précité, p. 201). L'enregistrement du privilège est un droit acquis du créancier privilégié qui agit seulement comme révélateur d'un droit invisible pour les tiers (juridiquement, mais pas matériellement — le juge Salvas prend soin de noter que le créancier hypothécaire savait que l'édifice était alors en voie de construction, pp. 791 et 792) mais qui existe déjà et leur est rétroactivement opposable.

L'opposabilité du privilège malgré sa clandestinité temporaire est un trait original du droit des privilèges; il s'agit là en effet d'une dérogation, au moins momentanée, au principe selon lequel un droit réel non enregistré est inopposable aux tiers. Il est cependant impossible de nier cette solution sous peine de réduire à néant tout le régime des sûretés du Code civil.

La Cour d'appel conclut donc avec raison à l'opposabilité des privilèges malgré que leur enregistrement soit intervenu dans la période balayée par la rétroactivité de la clause de dation en paiement et il est à prévoir que cette solution sera confirmée par la Cour suprême, comme dans l'affaire *Belle Isle*.

\*  
\*       \*  
\*

Il nous semble que la portée de l'arrêt *Tower* dépasse la solution somme toute peu contestable qu'il confirme. Cette affaire nous montre de quelle façon les prêteurs, s'appuyant sur la pratique de la clause de dation en paiement, cherchent à pousser toujours plus loin l'avantage que leur donne cette clause. On peut se demander s'il n'est pas temps de mettre un terme à ces prétentions excessives. La Cour d'appel a été invitée à reviser ses positions au sujet de la clause par le juge Pratte dans l'affaire *Bédard*. Aux arguments décisifs invoqués par ce juriste éminent au sujet de la nature juridique de la clause, nous nous permettons d'ajouter les arguments suivants.

1) La clause de dation en paiement permet à un créancier muni d'une hypothèque conventionnelle de faire disparaître un privilège créé par la loi.

Le privilège est une sûreté qui a pour but d'assurer à certains créan-

ciers nommément désignés par la loi le droit d'être préférés aux autres créanciers (1983), même hypothécaires. Il n'y a pas de privilège sans texte, c'est-à-dire que le privilège ne peut être conféré que par la loi (1983), et que l'ordre respectif des privilèges entre eux et des privilèges par rapport aux autres sûretés légales et conventionnelles dépend de la loi seule.

La clause de dation en paiement telle que l'entend la jurisprudence apparaît comme un moyen de contourner les dispositions légales en matière de privilèges puisqu'elle a pour effet de rendre caducs les privilèges nés après la conclusion de la clause : c'est un moyen de supprimer des privilèges. Or les parties à une convention n'ont pas davantage le droit de supprimer un privilège que d'en créer un, car supprimer un privilège c'est encore modifier l'ordre de préférence établi par la loi entre les créanciers. La règle du parallélisme des formes exclut d'ailleurs l'intervention de la volonté contractuelle pour supprimer ce qu'elle est inapte à créer.

Une clause ayant pour finalité d'échapper aux dispositions légales impératives est nulle pour cause ou considération illégale (984 et 990 C.c.). Or, les dispositions légales en matière de privilèges sont impératives. « Autrement », selon les termes du juge en chef Lafontaine dans l'affaire *Munn Shea*, p. 201, « la loi serait singulièrement inefficace si, au cours des travaux, un propriétaire, après avoir bénéficié des matériaux qui lui ont été fournis, pouvait frustrer le fournisseur de matériaux du privilège . . . par la vente qu'il ferait des immeubles pour lesquels les matériaux ont été fournis ». Donc une clause qui a pour but de contourner une loi impérative tombe sous le coup de l'article 14 C.c. : elle est nulle quoique la nullité n'y soit pas prononcée.

2) La clause de dation en paiement s'analyse en réalité non comme une clause pénale emportant transfert conditionnel de propriété mais comme un pacte comissoire. Le pacte comissoire du droit romain dont l'ancien Droit avait, sous l'influence des canonistes, réussi à priver les usuriers, a été introduit dans le Code en 1886. Les codificateurs se sont expliqués sans ambage là-dessus dans le 6<sup>e</sup> Rapport, p. 51 : « Cette prohibition avait pour objet de prévenir l'usure dans les contrats de cette espèce et comme la raison de cette règle a disparu, les Commissaires sont d'opinion que la prohibition en question doit être abolie, comme n'étant pas en harmonie avec les lois réglant les intérêts . . . » C'est ainsi que les Commissaires faisant curieusement table rase des efforts des canonistes au Moyen-Âge pour moraliser le droit, ont ramené le droit québécois au point où en était le droit romain

avant Dioclétien. C'est dans cette perspective que se place l'introduction du pacte comissoire à l'article 1971, al. 2, qui permet au créancier gagiste de stipuler qu'à défaut de paiement, il aura droit de garder le gage. Mais n'importe quel créancier ne peut pas se prévaloir de ce droit. Le législateur moderne, conscient des graves dangers que le pacte comissoire présente pour le débiteur, l'a expressément écarté en matière de nantissement sans dépossession, C.c. 1979 (d) et (k), que l'on analyse généralement comme une hypothèque mobilière travestie en nantissement à cause de l'article 2022 C.c. De toute façon, le pacte comissoire est une institution édictée par le Code au titre du nantissement; son caractère exceptionnel joint à l'absence de disposition comparable à l'article 1971, al. 2 C.c. au titre des privilèges et hypothèques, permet de soutenir que son extension à l'hypothèque est d'une légalité douteuse. Car il est manifeste que la clause de dation en paiement, qui est comme l'a bien dit le juge Ferland une « modalité de l'hypothèque » (arrêt *Goulet* précité, p. 407), est directement calquée sur le pacte comissoire, qui est une modalité du gage. L'extrapolation n'a été rendue possible que par une interprétation large du principe de l'autonomie de la volonté.

\*  
\*            \*  
\*

Il faut tenir compte évidemment des perturbations que l'abandon de l'analyse jurisprudentielle de la clause de dation en paiement entraînerait pour le crédit immobilier dans la province. Aussi il ne faut pas s'attendre immédiatement à un tel revirement. Néanmoins, les objections encourues par la clause sont trop graves pour persister dans cette voie. Il est certain que la loi n'offre pas aux prêteurs d'argent la sécurité qu'ils sont en droit d'attendre. Le Code civil prévoit en effet un trop grand nombre de privilèges qui réduisent dangereusement le gage des créanciers hypothécaires. Cependant, il ne convenait pas d'apporter remède à ce danger en forgeant une clause destinée à contourner la loi; il fallait obtenir du législateur une adaptation raisonnable des textes concernant les sûretés aux nécessités modernes du crédit. Il importe en effet de rechercher un nouvel équilibre des intérêts des créanciers entre eux ainsi que des intérêts de l'ensemble des créanciers avec ceux des débiteurs, pour rejeter enfin la clause de Shylock.