

DNT-BT sûretés 103D (2009-03-31)

NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DES SÛRETÉS
DOSSIER DE SYNTHÈSE

Par Valérie Boudreau et Iliana Auverana

Groupe *legal/equitable*

TERMES EN CAUSE

common-law lien
common-law mortgage
equitable
equitable charge
equitable lien
equitable mortgage
legal
legal charge
legal lien
legal mortgage
mortgage at common law

TERMES DÉJÀ NORMALISÉS

*legal*¹ = « en common law », « de common law » synonyme : *common law* (adj.) (3^o)
(PAJLO, *Dictionnaire de la common law : Droit des biens et droit successoral*,
p. 355)

*legal*² = « légal » (PAJLO, *Dictionnaire de la common law : Droit des biens et droit
successoral*, p. 355)

*legal*³ = « de droit » (PAJLO, *Dictionnaire de la common law : Droit des biens et droit
successoral*, p. 356)

equitable = « en equity »; « d'equity » (PAJLO, *Dictionnaire de la common law : Droit
des biens et droit successoral*, p. 206)

common-law lien = « privilège en common law » synonyme : *legal lien* (PAJLO, *Dictionnaire de la common law : Droit des biens et droit successoral*, p. 98)

legal lien = « privilège en common law » synonyme : *common-law lien* (PAJLO, *Dictionnaire de la common law : Droit des biens et droit successoral*, p. 360)

equitable lien = « privilège en equity » (PAJLO, *Dictionnaire de la common law : Droit des biens et droit successoral*, p. 210)

MISE EN SITUATION

Les termes regroupés dans le domaine du droit des sûretés réelles portent l’empreinte de la coexistence de la common law, de l’equity et des lois. C’est notamment par la variété des termes en usage dans ce domaine que l’on peut mesurer l’étendue des possibilités créées par cette coexistence, tant pour le créancier que pour le débiteur. Les trois principales formes de sûretés réelles sont l’hypothèque*, la charge* et le privilège*.

*Ces termes ont été traités dans le dossier DNT-BT 101, *Groupe termes de base*.

Dans le présent dossier, nous traiterons de ces trois formes de sûretés réelles, selon qu’elles proviennent de la common law ou de l’equity.

ANALYSE NOTIONNELLE

legal/equitable

Ces deux termes ont déjà été traités dans les travaux du PAJLO portant sur le droit des biens.

Trois sens ont été recensés pour l’adjectif *legal* dans le *Dictionnaire de la common law : Droit des biens et droit successoral* :

legal (1°) = en common law, de common law;

legal (2°) = légal;

legal (3°) = de droit.

Pour le premier sens, quand il est question de décider si l’on utilisera la préposition « en » ou « de » devant « common law », on peut avoir recours au dossier CTTJ-27B, *groupe assignment of contractual rights*, p. 6. Les auteurs y expliquent que la préposition « en » est employée dans les cas suivants :

1° on veut insister sur le système (c’est-à-dire lorsqu’on aurait pu inverser la phrase et dire : « En common law, la préclusion . . . », ou qu’on pourrait aussi dire « selon le système de la common

law »);

2° le substantif de base désigne une action ou un processus, plutôt qu'un fait, un intérêt, une obligation ou un droit;

3° on veut éviter la répétition du mot « de » (ex. « devoir **de** diligence **en** common law » pour *common law duty of care*; « droit **de** suite **en** common law » pour *common law tracing*);

4° il y a locution adverbiale (ex. « cessible en common law » pour *assignable at law*).

Quant à l'adjectif *equitable*, le PAJLO a normalisé, dans le cadre des travaux en droit des biens, les équivalents « en equity » et « d'equity ».

common-law lien **legal lien**

Le terme *common-law lien* se trouve dans le *Dictionnaire canadien de la common law : Droit des biens et droit successoral*, p. 98. Il désigne le droit reconnu par la common law de conserver la possession du bien d'autrui en garantie d'une dette jusqu'à son remboursement intégral.

Le *Black's* en donne les définitions suivantes :

common-law lien. 1. A lien granted by the common law, rather than by statute, equity, or agreement by the parties (...). **2.** The right of one person to retain possession of property belonging to another until certain demands of the possessing party are met. • This type of lien, unlike an equitable lien, cannot exist without possession. (*Black's Law Dictionary*, 2004, 8th ed., p. 942)

La possession est donc essentielle à la validité de cette sûreté.

A common law lien lasts only as long as possession is retained but is assertable for that time against all other interests. (*Canadian Law Dictionary*, 5th ed., Barron's, 2003, p. 161)

Tout comme la *common-law mortgage* que nous verrons plus loin, le *common-law lien* porte une charge historique importante. Il réfère en fait à la notion du *lien* telle qu'elle était originellement reconnue en fonction des critères de la common law. Comme l'explique la juge Jackson de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Beaver River Community Futures Development Corporation v. Hansen*, [1996] 7 W.W.R. 397 :

"The common law lien was a personal right in the sense that the lien claimant's only method of ensuring payment was to remain in possession of the goods. As *Crossley Vaines on Personal Property* (5th ed.) indicates "a [common law] lien confers no right of action, it is only a passive right of detention until the debt is paid" (at p. 138). (...) The common law knew only a possessory lien. But with the 1940 changes to *The Garage Keepers Act* both the possessory and the non-possessory lien holder could assert a right of sale and the non-possessory lien holder need not maintain personal possession as a condition of its continued existence (ss. 4,5,11 & 13)." [Nous soulignons.]

Le juge Zarzeczny dans *Agricredit Acceptance Canada Ltd. v. Muskowekan Band*, [2001] SKQB 428 en donne aussi une description qui aide à bien cerner la notion :

The common law lien, or legal lien, is a creature of the common law. It is today usually described by one of its mandatory attributes, being possession. Apart from statute, the term possessory lien is synonymous with common [law] lien.

Et pour avoir un point de vue américain (étant donné qu'on y donne parfois une acception plus large de la notion de *lien*) :

LIEN, (...) in Anglo-American law, a charge or encumbrance upon property in order to secure payment or performance of a debt or other obligation. (...) At common law, a lien existed only in chattels in the possession of the creditor and gave him merely the right to regain such chattels until the debtor paid his debt or performed his obligation. But the modern concept of a lien has been greatly expanded. (...) Liens are created (1) by operation of the law, (2) by agreement between the parties, or (3) by judicial process. (...) Liens created by operation of the law include statutory liens, common-law liens, equitable liens and maritime liens. (...) General common-law liens are those of attorneys, bankers, and factors—that is, mercantile agents—while particular liens are those of common carriers, innkeepers, artisans and warehousemen. (...) [Nous soulignons.] (*The Encyclopedia Americana, International Edition*, 1977, vol. 17, p. 416)

Il importe de souligner, comme le mentionne Gérard Snow dans son ouvrage *Les biens : Généralités – Biens personnels*, p. 45-46, que ce type de sûreté réelle ne constitue pas un grèvement. Le créancier ne bénéficie que du transfert de la possession et non d'un droit réel sur le bien en question.

Le *Dictionnaire canadien de la common law : Droit des biens et droit successoral* établit la synonymie entre le *common-law lien* et le *legal lien*.

En lisant le passage suivant tiré du jugement *Agricredit Acceptance Canada Ltd. v. Muskowekan Band* précité, puis les contextes qui suivent pour le terme *legal lien*, on peut constater la synonymie entre les deux termes :

The common law lien has two classes, being a general lien and a particular lien. The general lien allows the lien claimant to retain possession of the property for any claims relating to the property in question and also for other claims which are not related to the property.

The particular lien, on the other hand, is a right the lien claimant has to retain possession of property in respect of which the liability has been incurred.

(...)

Common law liens are limited in three important respects. First, a lien is only available to certain classes of claimant unless the parties created the lien by contract. Second, the common law lien is a passive lien which did not give the lien claimant a right of sale. Third, continuous possession of the goods by lien claimant is essential to the validity of the lien. [Nous soulignons.]

L'adjectif *legal* qui compose le terme *legal lien* est pris au sens 1° du dictionnaire précité et s'oppose au *lien* reconnu par l'*equity* dont nous traiterons plus loin. Voyons à ce sujet quelques définitions et contextes.

“ Liens are distinguished into legal liens, which may be general, arising by common law or express agreement, entitling the possessor to retain until all claims of the possessor are satisfied; or particular, entitling him to retain in respect of charges incurred in respect of the thing possessed only and not for a general balance due; and equitable liens, which are equitable rights normally founded on contract to a charge on the real or personal property of another until certain specific claims have been satisfied.” [Nous soulignons.] (David M. Walker, *The Oxford Companion To Law*, 1980, p. 770.)

lien. n. 1. “In law, a lien is a right to retain possession of property until a debt due to the person detaining the property is satisfied...” (...) **2.** Originally a lien was a possessory interest, but a lien was later recognized under some circumstances in equity, notwithstanding that the holder of it had surrendered possession. (...) **3.** The right in one man to retain that which is in his possession belonging to another, till certain demands of him the person in possession are satisfied. *Hammonds c. Barclay* (1802), 2 East 227, Grose J. [Nous soulignons.] (*The Dictionary of Canadian Law*, 2004, 3rd ed., p. 720)

“Legal lien is used (...) to denote a lien in the primary sense. Such liens are sometimes described as possessory or common law liens.” (*Halsbury’s Laws of England*, 1979, 4th ed., vol. 28, p. 502, n. 1)

La synonymie entre les deux termes n’est donc pas remise en question. Toutefois, certains des contextes vus plus haut nous présentaient le terme *possessory lien* comme un synonyme de *common-law lien* et de *legal lien*.

Nous avons certaines réserves à ce sujet. Le terme *possessory lien* sera traité dans un dossier ultérieur. Toutefois, certains des contextes étudiés nous laissent croire que le champ sémantique de *possessory lien* n’est pas en tous points identique à celui de *common-law lien* et de *legal lien*, même si l’adjectif *possessory* réfère au principal attribut du *common-law lien* ou *legal lien* :

Originally a lien was a possessory interest, but a lien was later recognized under some circumstances in equity, notwithstanding that the holder of it had surrendered possession. (*The Dictionary of Canadian Law*, 2004, 3rd ed., p. 720)

possessory lien. A common law lien which arises from an express or implied agreement and which can be extinguished when the amount due is tendered and can be lost by an express or implied waiver. It continues only as long as one retains actual possession. [Nous soulignons.] (*The Dictionary of Canadian Law*, 2004, 3rd ed., p. 960)

Nous ne pouvons donc conclure que *possessory lien* est synonyme de *common-law lien* et de *legal lien*.

ÉQUIVALENTS

Le PAJLO a normalisé, dans le cadre des travaux en droit des biens, l’équivalent « **privilège en common law** » pour rendre *common-law lien* et *legal lien*.

Cet équivalent est tout à fait approprié et nous ne le remettons pas en question.

Il importe de souligner que l'équivalent « **privilège en common law** » est polysémique. Il désigne, d'une part le *common-law lien* et le *legal lien*, mais il a aussi été recensé pour rendre le terme *common-law privilege* dans le domaine du droit de la preuve, lequel est énoncé à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* L.R., 1985, ch. C-5. Par contre, l'équivalent « **privilège jurisprudentiel** » a été normalisé par le PAJLO pour rendre le terme *common-law privilege* dans ce même domaine.

ANALYSE NOTIONNELLE

equitable lien

Ce terme a aussi été étudié lors des travaux de normalisation en droit des biens et on le trouve dans le *Dictionnaire canadien de la common law : Droit des biens et droit successoral* à la page 210.

Le *Black's* en donne la définition suivante :

A right, enforceable only in equity, to have a demand satisfied from a particular fund or specific property, without having possession of the fund or property. (...) (*Black's Law Dictionary*, 2004, 8th ed., p. 942)

Ce *lien* se distingue du *common-law lien* ou *legal lien* vu plus haut en ce qu'il constitue un véritable grèvement, dont la validité n'est pas subordonnée à la possession. Le passage suivant tiré de *The Oxford Companion to Law* illustre bien la distinction entre la nature du droit attribué par la common law et celui attribué par l'equity :

The legal right is a right in security only, not of property nor implying any right to use or sell the thing held under lien, but the equitable right exists irrespective of possession and confers on the holder the right to a judicial sale. (*The Oxford Companion to Law*, 1980, p. 770)

À cause de cette dernière distinction, le *equitable lien* fait partie des *charging liens*, que nous étudierons dans un dossier ultérieur (privilège-charge est l'équivalent normalisé par le PAJLO pour rendre le terme *charging lien*).

Les *equitable liens* qui sont les plus courants aujourd'hui sont le *vendor's lien* et le *purchaser's lien*.

An equitable lien is not dependent upon a continued possession of the property and in this respect resembles a mortgage. But it differs from a mortgage (...) in that [an equitable lien] arises from general principles of equity which does not permit a man who has acquired property under a contract to keep it without payment. Thus a vendor of land who has conveyed it without receiving the full purchase price has an equitable lien upon it for the balance unpaid. (*Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 1982, 6th ed., London, Stevens & Sons Limited, p. 460, 461)

ÉQUIVALENTS

Le PAJLO a normalisé, dans le cadre des travaux de normalisation en droit des biens, l'équivalent « **privilège en equity** » pour rendre le terme *equitable lien*.

Joseph E. Roach emploie également cet équivalent dans son ouvrage *Les hypothèques immobilières en common law* :

(...) le vendeur qui a transféré son bien-fonds et qui n'a pas reçu le plein prix de vente convenu possède un privilège en equity sur le bien-fonds pour le solde. [Nous soulignons.] (Joseph E. Roach, *Les hypothèques immobilières en common law*, Cowansville, Yvon Blais, 1991, p. 26-27)

Nous souscrivons donc au choix de l'équivalent « **privilège en equity** » pour rendre le terme *equitable lien*.

ANALYSE NOTIONNELLE

common-law mortgage *mortgage at common law*

Le système duquel elle découle et la nature du titre qui est l'objet de la sûreté sont au cœur même de la notion du *common-law mortgage*. Le terme *common-law mortgage* est utilisé pour définir la *mortgage*, telle qu'elle existait en pratique avant que des dispositions législatives la privent d'effet dans ses principaux attributs ou encore plus anciennement, avant que l'*equity* la modifie considérablement dans son essence.

Comme le mentionne Joseph E. Roach dans son ouvrage *Les hypothèques immobilières en common law*, p. 3 :

Le mortgage est une création de la common law, qui a été modifiée de façon radicale par l'*equity*.

La notion de l'*equity of redemption* et le droit qui en découle, le *right of redemption*, doivent leur existence à l'intervention directe de l'*equity* dans le régime particulièrement rigide de la *common-law mortgage* envers le *mortgagor*.

At common law the mortgagee became the owner of the mortgaged property absolutely unless the mortgagor strictly complied with the conditions for repayment. However, in equity, an equitable right to redeem developed where the condition was not strictly met. (Oosterhoff and Rayner, *Anger and Honsberger Real Property*, 1985, 2nd ed., p. 1637)

Voici une définition et un passage qui définissent bien le régime de la *common-law mortgage* :

common-law mortgage. A feoffment on the condition that the feoffer might re-enter if he performed the condition of paying a certain sum of money on a certain date to the feoffee, the transaction also being known as dead pledge, because upon nonperformance of the condition, the land was lost to the feoffer forever. (*Ballentine's Law Dictionary*, 1994, 3th ed., p. 228)

“The case of the common law mortgage of land was indeed a gross one. The land was conveyed to the creditor upon the condition that if the money he had advanced to the feoffer was repaid on a date at a place named, the fee simple should revert in the latter, but that if the condition was not strictly and literally fulfilled, he should lose the land for ever.” (Le vicomte Haldane dans *Kreglinger v. New Patagonia Meat and Cold Storage Co.* (1913), [1914] A.C. 25, 35, 83 L.J. Ch. 79, 84)

La *common-law mortgage* est donc une hypothèque translatrice de propriété. Elle opère le transfert du titre en common law en faveur du créancier hypothécaire sous condition résolutoire. De plus, le défaut par le débiteur de s’acquitter de ses obligations à la date prévue lui faisait perdre irrévocablement son titre :

There is no doubt that under a common-law mortgage the debt did not become extinguished by a foreclosure order.

As is well known the old mortgage, which has been known for hundreds of years, was a conveyance of the land to the mortgagee, subject to certain rights on the part of the mortgagor. If the mortgagor failed to pay according to the terms of the mortgage he lost his rights and the mortgagee became the absolute owner of the lands without more. (*Bank of Montreal v. Beilstein* 1998 Can LII 6982 (NWT S.C.))

Le terme *mortgage at common law* est également employé au Canada et ailleurs pour référer à la notion de *common-law mortgage*. Il a notamment été relevé dans le contexte suivant :

Essentially, a mortgage at common law was the conveyance to the mortgagee of legal title to the property with an equitable right of the mortgagor to redeem. (*Falconbridge on Mortgages*, Canada Law Book, 2003, s. 22 :10, p. 22-2)

A mortgage at common law is a conveyance of the legal title in property from one person to another to secure the doing of some act, ordinarily the payment of money. Formerly the conveyance was expressed to be made upon the condition that if the conveyor performed the act he should be at liberty to re-enter as of his old estate; and the conveyance was thus defeasible by condition subsequent. [*Figgins Holdings Pty Ltd v SEAA Enterprises Pty Ltd* [1999] HCA 20; 196 CLR 245; 162 ALR 382; 73 ALJR 720 (WorldLII)]

Nous ajouterons donc le synonyme *mortgage at common law* à l’entrée *common-law mortgage*.

ÉQUIVALENTS

L’adjectif « common law » dans le terme *common-law mortgage* fait principalement référence au système dont cette *mortgage* est issue. Son synonyme *mortgage at common law* l’indique encore plus clairement. Aussi, nous recommandons d’adopter l’équivalent « **hypothèque en common law** » pour rendre les termes *common-law mortgage* et *mortgage at common law*.

Cet équivalent a été relevé dans quelques jugements pour rendre *legal mortgage* (voir *National trust co. c. Mead*, [1990] 2 R.C.S. 410, *Construction du Golfe Ltée c. Banque Fédérale de Développement*, 1991 CanLII 4092 (NB C.A.), *CitiFinancière dans l'affaire de la faillite des Morrow*, 2006 NBBR 132 (CanLII).

Toutefois, nous sommes d'avis qu'il devrait être réservé à la notion de *common-law mortgage* ou *mortgage at common law*, la préposition « en » illustrant mieux la référence directe au système dont cette *mortgage* est issue.

ANALYSE NOTIONNELLE

legal mortgage

Voyons d'abord la définition qu'en donnent quelques ouvrages de référence :

legal mortgage. Transfer of the legal estate to create a mortgage. (*The Dictionary of Canadian Law*, 2004, 3rd ed., p. 708)

A **legal mortgage** means a first mortgage. This is unquestionably so as regards land, because it is only the first mortgage which can grant the legal estate in the land. (*Stroud's Judicial Dictionary*, 1971, 4th ed., p. 1516)

A **legal mortgage** is a transfer of a legal estate or interest in land or other property for the purpose of securing the repayment of a debt. (*Osborn's Concise Law Dictionary*, 1976, 6th ed. p. 224)

Et afin de bien circonscrire la notion, mentionnons le passage suivant tiré de *Falconbridge on Mortgages* :

It is an essential feature of a legal mortgage that it should vest the legal estate in land in the mortgagee, and it follows that any mortgage which does not transfer the legal estate cannot be a legal mortgage. (*Falconbridge on Mortgages*, 1977, 4th ed., p. 80.)

L'adjectif *legal* qui qualifie le *mortgage* est pris au sens 1^o du *Dictionnaire canadien de la common law : Droit des biens et droit successoral* :

[legal (1^o)]

DEF Recognized or made effective by a court of law as distinguished from a court of equity: existing or valid in law distinguished from equity. (Webster, p. 290)

DEF According to the common law as opposed to equitable. (Jowitt, p. 1079)

À première vue, le terme ne soulève pas de problème particulier. Ainsi, la *legal mortgage* – qui grève un titre en common law – s'oppose à l'*equitable mortgage* – qui grève un titre en equity.

Dans le domaine des sûretés immobilières (*land securities*), tant dans le droit anglais que dans le droit canadien, des dispositions législatives sont venues altérer la notion de *legal mortgage*. Les provinces canadiennes ayant adopté le régime d'inscription des titres Torrens, soit l'Ontario (en partie), le Nouveau-Brunswick et les provinces de l'Ouest ont de ce fait rendu impossible l'existence d'une *legal mortgage* valide et opposable, puisque le propriétaire inscrit possède, parfois sous certaines conditions, un titre incontestable et inattaquable. Ces dispositions ne permettent donc pas la conclusion d'une hypothèque translative comme l'est la *legal mortgage*. (Voir Joseph E. Roach, *Les hypothèques immobilières en common law*, 1991, p. 8)

Aussi, nous avons constaté au cours de nos recherches que le terme *legal mortgage* est parfois employé pour désigner une hypothèque valide et opposable, enregistrable et créée conformément aux dispositions législatives qui la gouvernent.

Voici à ce sujet quelques exemples tirés de sources consultées en ligne :

legal mortgage : A mortgage which has been perfected as per requirements of the relevant law, for example, stamping, filing, registration, etc. Also called English mortgage.
[<http://www.harperisk.com/ArtGlossary/ArtGlossh13.htm>]

In Ontario, a true "**legal mortgage**" is rare. Legal here refers to a conveyance of the legal title. Having said that, it is still the case in some other Provinces as well as a substantial number of States in the United States. As time goes by, the term "legal mortgage" will lose its meaning and only have a footnote in real property law history. It will evolve into a rather new unrelated meaning. A legal mortgage will simply mean any mortgage which is valid and enforceable at law. ([<http://ontariorealestatesource.blogspot.com/2007/11/legal-and-equitable-mortgages.html>]).
(Brian Madigan, LL.B.)

(...) A further way in which an equitable mortgage may be created is by the mortgagor executing an agreement in writing that he or she will, in specified circumstances, execute a legal (statutory) mortgage (...) [Nous soulignons.] ([<http://www.legaltree.ca>]. Michael Dew, *Mortgages in British Columbia: unregistrable equitable mortgages do count*)

Ces observations amènent à se questionner également au sujet du *legal estate*, dont dépend la validité du *legal mortgage* en matière immobilière. Le passage suivant tiré de *Anger et Honsberger Real Property* illustre bien la nature du problème :

Under the land titles legislation, the common law distinction between legal and equitable estates is, for most practical purposes, rendered obsolete for it would appear that the legal estate is practically merged in the registered ownership. The estate created by the legislation has been described thusly : '...The Acts have conferred on a registered proprietor of land what may be called a statutory estate, which is not merely a legal right, but a right both legal and equitable, which courts both of law and equity must recognize ...' (Hogg, *Ownership and Incumbrance of Registered Land*, London, W. Clowes, 1906) [Nous soulignons.] (*Anger et Honsberger Real Property*, 1985, 2nd ed, p. 1608)

Comme il est expliqué dans *Falconbridge on Mortgages*, les régimes d'enregistrement des titres ont donné naissance à de nouvelles formes de *mortgage* regroupées sous les termes *registered mortgage* ou *statutory mortgage*:

10.11 "Legal" and "Equitable" Mortgages; Caveats

Although the term "legal mortgage" is inappropriate to a mortgage under the land titles system and is not in fact in common use, the term "equitable mortgage", which under the old system is used in contradistinction to a legal mortgage, is under the new system commonly used to indicate a mortgage or charge other than a registered or statutory mortgage. Under the old system any mortgage subsequent to a legal mortgage is necessarily an equitable mortgage, but under the new system a second mortgage is of the same nature as a first mortgage. In other respects, however, the ordinary rules as to equitable mortgages prevail under the land titles system. Thus, an equitable mortgage may be created by an agreement to execute a mortgage or to charge money on land or by deposit of documents of title. (*Falconbridge on Mortgages*, 1977, 4th ed., s. 10.11)

Ces deux termes feront l'objet d'un prochain dossier. L'emploi du terme *legal mortgage* dans cet autre sens relèverait d'un usage non rigoureux de la terminologie. Nous ne retiendrons donc qu'un seul sens au terme *legal mortgage*.

ÉQUIVALENTS

Juriterm de même que Gérard Snow dans son ouvrage *Les Biens : Biens réels* recommandent l'équivalent **hypothèque de common law** :

Même si l'equity intervient en tout état de cause, quelle que soit l'hypothèque consentie, il faut distinguer les hypothèques dites de common law (*legal mortgages*) de celles reconnues en equity seulement (*equitable mortgage*). Seules les premières reposent sur le transfert d'un titre reconnu en common law (...) Il en découle que seule l'hypothèque de premier rang peut être de common law (...). (Gérard Snow, *Les Biens : Biens réels*, 2000, p. 83)

Nous souscrivons au choix de cet équivalent pour rendre le terme *legal mortgage*. Ainsi, l'« **hypothèque de common law** » sera distinguée de l'« **hypothèque en common law** » (*common-law mortgage*) étudiée plus haut.

ANALYSE NOTIONNELLE

equitable mortgage

L'equity reconnaît certaines hypothèques qui reposent sur le transfert d'un intérêt en equity (par exemple l'*equity of redemption* de l'hypothèque de common law) ou encore une hypothèque qui ne satisfait pas aux conditions de forme ou de fond pour être reconnue par la loi.

Selon le *Black's*, le *equitable mortgage* se définit comme suit :

A transaction that has the intent but not the form of a mortgage, and that a court of equity will treat as a mortgage. (*Black's Law Dictionary*, 2004, 8th ed., p. 1032)

Et pour une définition un peu plus étoffée, selon John A. Yogis, *Canadian Law Dictionary* :

A contract that creates an equitable charge on the property but does not transfer the legal estate to the mortgagee. Such a mortgage is enforceable under the equitable jurisdiction of the court. An equitable mortgage may be created (1) where only an equitable interest is mortgaged, (2) where the instrument executed before the mortgagor is not sufficient to transfer a legal estate or interest in the property, or (3) by a deposit of the title deeds. (John A. Yogis, *Canadian Law Dictionary*, 2003, 5th ed., p. 182)

Puis dans un sens courant qui traduit bien le contexte canadien actuel :

1. Commonly, a charge or mortgage other than a statutory or registered mortgage. **2.** A mortgage may be equitable either (1) because the interest mortgaged is future or equitable, or (2) because the mortgagor did not execute an instrument adequate to transfer the legal estate, e.g. a mortgage of the equity of redemption. Such a mortgage may also be created by depositing title deeds. [Nous soulignons.] (*The Dictionary of Canadian Law*, 2004, 3rd ed. p. 418)

ÉQUIVALENTS

Juriterm recommande l'équivalent **hypothèque en equity**. C'est également l'équivalent qu'emploie Gérard Snow dans son ouvrage *Les Biens : Biens réels*, p. 83.

Nous avons aussi relevé ce même équivalent dans les jugements de la Cour suprême du Canada (voir par exemple *McFarland c. Hauser et autre* [1979] 1 R.C.S. 337, *Wilson et al. c. Rowsell* [1970] R.C.S. 865, *National trust co. c. Mead* [1990] 2 R.C.S. 410.)

Nous souscrivons donc au choix de l'équivalent « **hypothèque en equity** » pour rendre *equitable mortgage*.

ANALYSE NOTIONNELLE

legal charge

Le terme *legal charge* est employé dans une variété de contextes et mérite qu'on y apporte certains éclaircissements.

Le terme *charge* a été étudié dans le dossier *DNT-BT sûretés 101, Groupe termes de base*. Deux sens ont été relevés pour ce terme : *charge* au sens de *security* et *charge* au sens de *hypothecation*. Afin de nous guider, voici l'extrait du tableau récapitulatif :

TERMES RELEVÉS	ÉQUIVALENTS RECOMMANDÉS
<p>charge¹ (n.)</p> <p>NOTE Ordinary sense. A form of real security over property in contrast to mortgage and a lien.</p>	<p>charge (n.f.)</p> <p>NOTA Le verbe <i>charge</i>, employé dans ce sens, pourra se rendre par « grever d'une charge ».</p>
<p>charge² (n.); real security¹; security on property</p> <p>NOTE Extended sense for charge². A security on property (for payment of a debt or performance of an obligation) which includes mortgages, liens and charges¹.</p> <p>ANT judicial security; personal security</p>	<p>sûreté réelle (n.f.)</p> <p>NOTA Le verbe <i>charge</i>, employé dans ce sens, pourra se rendre par « grever d'une sûreté réelle ».</p> <p>Voir sûreté¹</p> <p>ANT sûreté judiciaire; sûreté personnelle</p>

Nous pensons au départ que le terme *legal charge* se rapportait principalement à *charge¹*.

Tout d'abord, *legal charge* désigne la *charge¹* reconnue en common law. Aujourd'hui, il n'en subsiste vraisemblablement qu'une seule : la *rentcharge* (rente-charge) (voir à ce sujet Gérard SNOW, *Les Biens : Biens réels*, p. 84).

La *legal charge²* s'oppose ainsi à l'*equitable charge* que nous verrons plus loin. La *legal charge²* est exclusivement régie par la common law.

Il importe de souligner qu'au Royaume-Uni, le terme *legal charge* se rapporte à la *charge¹* créée sous le régime de la *Law of Property Act 1925*.

Comme l'expose le *Megarry's Manual of the Law of Real Property* :

Charge by deed expressed to be by way of legal mortgage. This is a new creation of the Law of Property Act 1925, which is sometimes called a "legal charge". To be effective, it must be —

- (i) made by deed: a charge merely in writing will have no effect at law; and
- (ii) expressed to be by way of legal mortgage: the deed must contain a statement that the charge is made by way of legal mortgage, though such a statement is not required where the title to the land is registered. (*Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 1982, 6th ed., p. 465)

Cette charge spécifique qu'est la *charge by deed expressed to be by way of legal mortgage* est donc appelée *legal charge*. Les termes *charge by way of legal mortgage* et *mortgage by legal charge* sont aussi employés pour désigner cette sûreté. Toutefois, étant donné que cette forme de sûreté n'est pas en usage au Canada, nous ne retiendrons pas le

terme *charge by deed expressed to be by way of legal mortgage* ni ses variantes dans le cadre des présents travaux.

Au Canada, le terme *legal charge* a été relevé surtout au sens d'« accusation », et quelquefois au sens de « garde légale » (d'un enfant, par exemple).

Cependant, dans quelques jugements canadiens et dans certains sites Internet hébergés aux États-Unis, nous avons remarqué que le terme *legal charge* se rapportait plutôt à *charge*², comme le montrent les exemples suivants :

The end object as well as the limitations of a mechanic's lien, a creation of statute, is, for the value of labour and materials, in the widest sense, applied to an improvement of land, to provide a security to those furnishing them in a legal charge upon the improvement and the land to which it has been added. [Nous soulignons.] (*Golden Hill Ventures Ltd. v. Kemess Mines Inc.* 2002 BCSC 1460)

Section 11(1) goes a long way in ensuring that once a lien claimant has protected his rights by filing a lien in accordance with the provisions of the Act, the lien is a paramount legal charge not subject to being defeated or eroded in any manner... [Nous soulignons.] (*Mutual Life Assurance Co. of Canada v. Standard Life Assurance Co.* 1998 CanLII 3317 (NCSC))

The federal tax lien is nothing more than a legal charge or encumbrance on a taxpayer's property to secure the eventual payment of the tax debt. (<<http://rathlaw.com/services.html>> Robert G. Nath, PLLC)

Special Assessments : Legal charge on property by a public authority to pay cost of public improvements such as: street lights, sidewalks, street improvements, road construction etc. [Nous soulignons.] (<<http://howdoirefinance.com/refinance-glossary.com>> *How do I refinance: refinancing glossary*)

A restrictive covenant is a legal charge against the title of the property and is tied to the title of the land [Nous soulignons.] (<<http://www.broadmead.ca/covenants.htm>> Broadmead Area Residents Association (BARA))

Many mariners will appreciate that a lien is a claim against property. It is a legal charge that hovers invisibly over the property, be it real property (land) or personal property (chattels). [Nous soulignons.] ([<http://dieselduck.ca/advocate/19.repairers%20lien.htm>] *The Advocate : informing Marine Engineers about legal matters*)

Il ressort de ces exemples que le terme *legal charge* est également un générique qui englobe l'ensemble des *charges*² « légales », où l'adjectif *legal* est pris dans son deuxième sens, couvrant « à la fois la common law au sens strict et les lois » (*Dictionnaire canadien de la common law : Droit des biens et droit successoral*, 1997, p. 355)

Il y aura donc *legal charge*¹ et *legal charge*². Pris dans son premier sens, il est un terme générique qui regroupe les *charges*² reconnues par la common law de même que par les lois. Dans son second sens, il désigne une sûreté spécifique, une *charge*¹ régie par la common law.

ÉQUIVALENTS

Le terme *legal charge*¹ est employé pour qualifier des privilèges, des hypothèques et d'autres grèvements reconnus par la common law de même que ceux qui sont d'origine législative. C'est donc de *charge*² dont il est question. L'équivalent « sûreté réelle » a été choisi dans le dossier 101C précité pour rendre *charge*² de même que ses synonymes *real security*¹ et *security on property*. Il faudrait donc adopter un équivalent qui soit cohérent avec les travaux précédents, formé avec l'expression « sûreté réelle ».

De plus, nous sommes d'avis que le qualificatif de la sûreté réelle doit être assez large pour désigner autant la sûreté réelle qui origine de la common law que celle qui est une création de la loi. Nous n'avons trouvé que l'adjectif **légal**² qui puisse répondre à ces critères. De plus, aucun équivalent français qui corresponde à la notion de *legal charge*¹ n'a été relevé dans l'usage. Aussi, nous recommandons d'adopter l'équivalent « **sûreté réelle légale** » pour rendre *legal charge*¹.

Pour *legal charge*², nous recommandons d'adopter l'équivalent « **charge en common law** ». Le choix de la préposition « en » se justifie par le renvoi au système qui régit exclusivement cette charge.

ANALYSE NOTIONNELLE

equitable charge

Nous avons tenu à examiner si la distinction faite précédemment au sujet du sens générique et du sens spécifique du terme *legal charge* devait s'appliquer également à la *equitable charge*.

Voici quelques définitions de la *equitable charge* :

EQUITABLE CHARGE A security for a debt which does not provide the lender with a legal estate in the charged security. (*The Dictionary of Canadian Law*, 2004, 3rd ed., p. 418)

equitable charge 1. See **EQUITABLE MORTGAGE 2.** a charge created by designating specific property for the discharge of some debt or other obligation. No special form of words is necessary to create an equitable charge, manifested intention being sufficient. (*Oxford Dictionary of Law*, 2003, 5th ed., p. 177)

En référence au renvoi mentionné au point 1 du *Oxford Dictionary of Law* on trouve à l'entrée **equitable mortgage** le terme *equitable charge* mis entre parenthèses.

Toutefois, la large portée de la première définition et l'assimilation de l'*equitable mortgage* à l'*equitable charge* que fait le Oxford ne suffisent pas à élargir le sens du terme. Le terme *equitable charge* désigne la charge au sens propre dont parle Gérard Snow dans son ouvrage *Les Biens : Biens réels*, p. 84 :

La charge au sens propre désigne donc la forme de sûreté réelle reconnue en equity seulement, qui ne repose pas sur un transfert de titre (par opposition à l'hypothèque en equity) et dont l'origine est volontaire. (Gérard Snow, *Les Biens : Biens réels*, 2000, p. 84)

ÉQUIVALENTS

Juriterm recommande l'équivalent « **charge en equity** » pour rendre le *terme equitable charge*

TABLEAU RÉCAPITULATIF – 103D

VEDETTES	ÉQUIVALENTS RECOMMANDÉS
common-law lien; legal lien	privilège en common law (n.m.)
ANT equitable lien	ANT privilège en equity
common-law mortgage; mortgage at common law	hypothèque en common law (n.f.)
DIST legal mortgage	DIST hypothèque de common law
equitable charge	charge en equity
See charge ¹	ANT charge en common law
ANT legal charge ²	
equitable lien	privilège en equity (n.m.)
ANT common-law lien; legal lien	ANT privilège en common law
equitable mortgage	hypothèque en equity (n.f.)
ANT legal mortgage	ANT hypothèque de common law
legal charge¹	sûreté réelle légale (n.f.)
See charge ²	
legal charge²	charge en common law (n.f.)
See charge ¹	ANT charge en equity
ANT equitable charge	
legal mortgage	hypothèque de common law (n.f.)
ANT equitable mortgage	ANT hypothèque en equity
DIST common-law mortgage; mortgage at common law	DIST hypothèque en common law