

## LA DOCTRINE DES ENTRAVES AU DROIT DE RACHAT

*Joël Ménard-Cabelli\**

*La doctrine des entraves au droit de rachat vise à prohiber les restrictions qui minent le droit du débiteur, dépossédé du bien-fonds hypothéqué faute d'avoir payé sa dette, de racheter le bien-fonds moyennant le paiement de la créance. Cette doctrine interdit donc au créancier hypothécaire d'entraver le droit inhérent du débiteur de reprendre le bien-fonds par le biais de clauses spécifiques dans le contrat rendant le droit de rachat illusoire.*

*L'auteur fait l'étude jurisprudentielle de l'application de la doctrine des entraves au droit de rachat à travers les siècles par le biais de l'analyse des trois interdictions constituant ladite doctrine, soit la maxime «une hypothèque est toujours une hypothèque», la maxime «le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux» et la maxime «l'hypothèque ne doit contenir aucune clause qui entrave le droit de rachat». L'article fait ensuite état des critiques relatives à la doctrine des entraves au droit de rachat et du courant majoritaire qui revendique son abolition notamment, en raison de son manque de conformité à la réalité socio-économique contemporaine. Enfin, l'auteur expose les propositions de réforme de la Commission de réforme du droit de l'Ontario laquelle prône l'abolition partielle de la doctrine.*

*The doctrine of impediments to the right of redemption is intended to prohibit the restrictions which undermine the right of the mortgagor, that is dispossessed of the mortgaged real property for not paying his or her debt, to repurchase the real property by repaying his or her debt. Therefore, this doctrine forbids the mortgagee from impeding the inherent right of the mortgagor to recover the real property by including specific clauses in the contract which make the right of redemption illusory.*

*The author surveys the case-law relating to the application of the doctrine of impediments to the right of redemption, through the analysis of the three prohibitions which constitute the doctrine. Specifically, the maxim "a mortgage is always a mortgage", the maxim "the mortgagee should not be entitled to collateral benefits" and the maxim "the mortgage should not contain a clause impeding the right of redemption". The article then turns its attention to the criticisms of the doctrine of impediments to the right of redemption and to the main current of opinion which demands its abolition, primarily because it lacks conformity in the contemporary socioeconomic reality. Finally, the author outlines the reform proposals of the Ontario Law Reform Commission, which advocates the partial abolition of the doctrine.*

---

\* Stagiaire au cabinet d'avocats *McMaster Gervais* à Montréal. L'auteur tient à remercier le professeur Joseph E. Roach, de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa, pour son aide et ses judicieux conseils relatifs à cet article.

## TABLE DES MATIÈRES

I	INTRODUCTION .....	99
II	SURVOL HISTORIQUE: LA NOTION DES ENTRAVES AU DROIT DE RACHAT .....	99
A.	<i>Élaboration de la doctrine du droit de rachat</i> .....	99
B.	<i>La doctrine des entraves au droit de rachat</i> .....	101
III	DIFFÉRENTS ASPECTS DE LA DOCTRINE: ANALYSE DES TROIS MAXIMÉS RELATIVES À LA DOCTRINE DES ENTRAVES AU DROIT DE RACHAT ET APPLICATION JURISPRUDENTIELLE .....	102
A.	<i>La maxime «une hypothèque est toujours une hypothèque»</i> .....	103
B.	<i>La maxime «le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux»</i> .....	105
C.	<i>La maxime «l'hypothèque ne doit contenir aucune qui entrave le droit de rachat»</i> .....	108
IV	CRITIQUES RELATIVES À LA DOCTRINE DES ENTRAVES AU DROIT DE RACHAT ET DE PROPOSITIONS DE RÉFORME .....	111
A.	<i>Remise en question de la doctrine et difficultés d'application</i> .....	111
B.	<i>Propositions de réforme: le projet proposé par la Commission de réforme du droit de l'Ontario</i> .....	114
V	CONCLUSION .....	115

## I. INTRODUCTION

*Some also there were that said, we have mortgaged our land, vineyards and houses ... neither is it in our power to redeem them...*  
Livre de Néhémie, Ancien Testament<sup>1</sup>.

Nombreux sont ceux qui perçoivent les transactions hypothécaires comme étant un phénomène relativement nouveau et un outil de financement des temps modernes. Ces perceptions sont toutefois inexactes. L'hypothèque a vu le jour il y a de cela plusieurs siècles. En effet, on y fait même référence dans l'Ancien Testament.

Jadis, à l'ère victorienne par exemple, les contrats hypothécaires étaient perçus de façon péjorative et revêtaient même une connotation sinistre. À cette époque, le créancier hypothécaire était généralement vu comme un usurier intransigeant. Le débiteur hypothécaire, était considéré comme une victime contrainte à recourir à l'hypothèque dans un contexte de désespoir financier. Aujourd'hui, les perceptions ont évolué considérablement en ce qui a trait aux hypothèques. Elles ne symbolisent plus la précarité et n'ont pratiquement plus une connotation défavorable. En fait, les hypothèques sont un facteur important de progrès dans la société contemporaine et nous pouvons dire qu'elles font partie intégrante de l'économie canadienne.

Cet écrit porte sur une doctrine qui a fait coulé beaucoup d'encre et qui, de nos jours, fait encore l'objet d'une certaine controverse au sein des communautés juridiques dans plusieurs pays de common law, soit la doctrine des entraves au droit de rachat. Nous allons aborder ce sujet par le biais d'une étude qui se divise en trois grandes parties. La première sera consacrée au survol historique de la notion des obstacles à l'exercice du droit de rachat. La seconde portera sur les différents aspects de cette doctrine. Enfin, nous allons faire état des critiques relatives à la doctrine des entraves au droit de rachat.

II. SURVOL HISTORIQUE : LA NOTION DES ENTRAVES  
AU DROIT DE RACHATA. *Élaboration de la doctrine du droit de rachat*

La Cour de chancellerie considère depuis fort longtemps que le débiteur hypothécaire ou la débitrice hypothécaire doit faire l'objet d'une protection particulière de sa part<sup>2</sup>. Historiquement, l'intervention de l'*equity* en matière hypothécaire était due à la fois à un désir d'étendre sa juridiction et également en raison de la nature péjorative des hypothèques dans la vie publique au 16<sup>es</sup> et 17<sup>es</sup> siècle. À cette époque, les hypothèques étaient généralement consenties par des débiteurs vivant une situation financière particulièrement précaire. Par conséquent, ces derniers étaient en position d'infériorité par rapport au créancier hypothécaire, lors des négociations en vue de l'établissement d'une hypothèque. À l'origine, le tribunal de chancellerie intervenait

---

<sup>1</sup> H. Woodard, *Canadian Mortgages*, Don Mills, Collins, 1959, à la p. XIII.

<sup>2</sup> G. L. Williams, «The Doctrine of Repugnancy-III : « Clogging the Equity » and Miscellaneous Applications», *The Law Quarterly Review*, vol.60 ( 1944) à la p. 190.

en matière hypothécaire pour deux motifs : premièrement, afin de protéger les débiteurs contre les créanciers hypothécaires usuriers et, en deuxième lieu, la Cour d'*equity* cherchait à accorder un recours légal aux débiteurs qui n'avaient pas été en mesure de rencontrer leurs obligations à cause d'une erreur, d'un accident ou encore étant dans une situation particulièrement difficile. Toutefois, dès le 17<sup>es</sup> siècle, la Cour d'*equity* a étendu son champ de compétence en protégeant les débiteurs dans tous les cas où l'hypothèque contenait une clause pénale, et ceci, en dépit du fait qu'aucun motif particulier ne pouvait être invoqué dans le cas en l'espèce pour justifier son intervention<sup>3</sup>. À cet égard, W. Holdworth, cité par le juge Dickson dans l'affaire *Petranik c. Dale*<sup>4</sup>, fait brièvement état de l'évolution du droit de rachat :

Nous avons vu que le recours que l'*equity* accordait au débiteur hypothécaire dépendait à l'origine de principes semblables à ceux qui sous-tendaient le recours accordé dans le cas de violations d'une condition et dans le cas de clauses pénales, mais que la régularité avec laquelle ce recours était accordé avait modifié son fondement et l'avait amené à dépendre non plus de l'existence de quelque grave iniquité supposée mais d'un droit appartenant, comme allant de soi, au débiteur hypothécaire<sup>5</sup>.

L'on assistait donc à l'élaboration d'une coutume qui devenait graduellement une notion établie en *equity*, soit la doctrine du droit de rachat<sup>6</sup>. Ainsi, bien que le créancier devenait le propriétaire du bien-fonds grevé d'une hypothèque à partir du moment où celle-ci était constituée en son nom, les tribunaux d'*equity* avaient néanmoins reconnu au débiteur hypothécaire un droit fondamental qu'est le droit de rachat. Le professeur Joseph E. Roach définit le droit de rachat comme suit dans son ouvrage *Les hypothèques immobilières en common law* : « [...] le droit inhérent de revendiquer ou de racheter le bien-fonds. Ce droit est fondamental et les tribunaux cherchent à le protéger jalousement. Il va toujours de pair avec l'hypothèque et celle-ci ne peut devenir irrachetable. »<sup>7</sup>.

Le droit de rachat est donc une composante essentielle de l'hypothèque et il accorde au débiteur le droit de reprendre son bien-fonds dans la mesure où il a remboursé sa dette, nonobstant l'expiration de l'échéance contractuelle pour remplir ses obligations<sup>8</sup>. Le droit de rachat du débiteur demeure donc valable, tant et aussi longtemps que le créancier hypothécaire reste inactif. Le recours par le créancier à sa sûreté, par voie d'une prise en possession, d'une invocation de son pouvoir de vente ou

---

<sup>3</sup> W.B. Rayner et R.H. McLaren, *Falconbridge on Mortgages*, Canada Law Book Limited, 1977, à la p. 41.

<sup>4</sup> [1977] 2 R.C.S. 959, 69 D.L.R. (3e) 411 [avec renvois aux R.C.S.].

<sup>5</sup> *Ibid.* à la p. 986.

<sup>6</sup> G. W. Dunn et W. S. Gray, *Practice in Mortgage Remedies in Ontario*, vol. 1, Toronto, Carswell, 1995 aux pp. 30-31.

<sup>7</sup> J. E. Roach, *Les hypothèques immobilières en common law*, Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 35.

<sup>8</sup> H. G. Hanbury et C. H. M. Waldock, *The Law of Mortgages*, London, Stevens & Sons et Sweet & Maxwell, 1938 à la p. 83.

encore de la forclusion, etc., déclenche par le fait même le droit de rachat du débiteur<sup>9</sup>. De plus, nous croyons qu'il est important de souligner que le droit de rachat constitue un droit de propriété réel, qui confère au débiteur le titre en *equity*. Ce dernier détient donc la saisine en *equity*, et par conséquent, il est considéré comme étant le propriétaire du bien-fonds en *equity*, sous réserve des droits conférés par la common law au créancier hypothécaire<sup>10</sup>.

Dans le but de rétablir l'équilibre des pouvoirs entre le débiteur et le créancier hypothécaire, la Cour d'*equity* a accordé à ce dernier la possibilité de mettre un terme au droit de rachat suite à un délai<sup>11</sup>. Cependant, afin de se prévaloir de ce privilège, le créancier hypothécaire doit faire appel aux tribunaux par le biais d'une requête en forclusion. Il est à noter que la simple création par l'*equity* de la doctrine du droit de rachat n'aurait probablement pas été suffisante pour assurer dans les faits la protection du débiteur. Ceci explique que l'*equity* a créé un ensemble de règles visant à permettre au débiteur hypothécaire d'exercer librement et intégralement son droit de rachat. Ceci nous amène donc à analyser la doctrine des obstacles à l'exercice du droit de rachat.

#### B. *La doctrine des entraves au droit de rachat*

À partir du moment où la Cour d'*equity* a conféré au débiteur hypothécaire un droit de rachat inhérent s'appliquant même à la suite d'un défaut de paiement de sa part, les créanciers hypothécaires ont tenté, à maintes reprises et de diverses façons, de contourner ces interventions de l'*equity* par voie de clauses spécifiques au contrat<sup>12</sup>. Ces dernières avaient comme objectif de rendre l'exercice du droit de rachat illusoire soit en ne permettant pas de le soulever ou en faisant échec à ce droit une fois qu'il était déjà né. Par exemple, une clause contractuelle pouvait accorder au créancier hypothécaire une option d'achat à l'égard du bien-fonds hypothéqué neutralisant ainsi à la fois le droit de rachat légal et en *equity* ou encore rendre l'exercice du droit de rachat conditionnel au paiement d'une somme d'argent supplémentaire ou à l'exécution d'une obligation additionnelle.

Face à ces entraves au droit fondamental du débiteur et de la débitrice de «racheter» le bien-fonds soumis à une hypothèque, les tribunaux d'*equity* ont tenté de contrecarrer les tentatives des créanciers hypothécaires de miner l'exercice de ce droit. Ainsi, la Cour de chancellerie a développé une série de règles et de principes visant à interdire la conversion d'un contrat de sûreté en tout autre type de transaction

---

<sup>9</sup> *Supra* note 9 à la p.39.

<sup>10</sup> W. Holdsworth, *History of English Law*, 5<sup>e</sup> éd., Londres, Methuen & Co., 1942 à la p.663.

<sup>11</sup> Le délai est généralement de 6 mois. Ainsi, on cherche à permettre au débiteur hypothécaire ou à la débitrice hypothécaire de se prévaloir des sommes d'argent nécessaires au paiement de sa dette. Voir M. Harwood, *English Land Law*, London, Sweet & Maxwell, 1975, à la p. 403.

<sup>12</sup> Ontario Law Reform Commission, *The Law of Mortgages*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1987 à la p. 28 [ci-après *Commission*]; W.B. Rayner et R.H. McLaren, *supra* note 3 à la p. 43.

contractuelle à laquelle l'*equity* ne s'appliquerait pas<sup>13</sup>. Sur ce point, il y a lieu de citer les propos suivants de Lord Macnaghten dans l'arrêt *Noakes c. Rice*<sup>14</sup>: «It is, I think, as firmly settled now as it ever was in former times, that equity will not permit any device or contrivance designed or calculated to prevent or impede redemption»<sup>15</sup>. (nous soulignons)

Les principes visant à protéger le droit de rachat en sont graduellement venus à être considérés comme constituant différents aspects d'une même prohibition générale connue sous le nom de la doctrine des entraves au droit de rachat<sup>16</sup>. Dans plusieurs arrêts, on s'est attardé sur ce sujet et de nombreuses définitions toutes relativement différentes et parfois même contradictoires ont été émises par divers jugements<sup>17</sup>. Notons que ce concept est complexe et difficile à saisir. Par conséquent, nous croyons que l'on doit définir cette notion par le biais d'une définition claire contenant les caractéristiques essentielles de la doctrine des entraves au droit de rachat. Nous faisons nôtre la définition suivante du Centre de traduction et de terminologie juridique de l'université de Moncton: «Fait d'entraver l'exercice du droit appartenant en Equity au débiteur hypothécaire, dépossédé du bien-fonds hypothéqué faute d'avoir payé sa dette, de le racheter moyennant paiement du principal et de tous intérêts et frais.»<sup>18</sup>

Ceci nous amène donc à aborder le point suivant où l'on dressera un bilan des différentes facettes de la doctrine des obstacles à l'exercice du droit de rachat et de son application.

### III. DIFFÉRENTS ASPECTS DE LA DOCTRINE: ANALYSE DES TROIS MAXIMES RELATIVES À LA DOCTRINE DES ENTRAVES AU DROIT DE RACHAT ET APPLICATION JURISPRUDENTIELLE

À titre de remarque préliminaire, soulignons que les principes créés par l'*equity* dans le but de garantir au débiteur hypothécaire et au créancier hypothécaire le plein exercice de son droit de rachat ont été exprimés à l'aide de plusieurs maximes de façon interchangeable. La jurisprudence portant sur ces maximes est souvent déroutante et à l'occasion, contradictoire<sup>19</sup>. À des fins pédagogiques, nous avons tenté de schématiser le champ d'application de la doctrine des entraves au droit de rachat en trois catégories distinctes, à la lumière des trois maximes d'*equity* qui en découlent: «une hypothèque est toujours une hypothèque», «le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux» et «l'hypothèque ne doit contenir aucune clause qui entrave le droit de rachat»<sup>20</sup>. Cependant, il est à noter que cette classification ne fait pas l'unanimité au sein

<sup>13</sup> W.B. Rayner et R.H. McLaren, *supra* note 3 à la p. 43.

<sup>14</sup> [1902] A.C. 24, (1901) H.L. 34 [avec renvois aux A.C.].

<sup>15</sup> *Ibid.* à la p. 30.

<sup>16</sup> *Commission, supra* note 12 à la p. 29.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Centre de traduction et de terminologie juridiques, Vocabulaire anglais-français et lexique français-anglais de la «common law»*, Moncton, Centre universitaire de Moncton, 1980 à la p. 38.

<sup>19</sup> *Commission, supra* note 12 à la p. 29.

<sup>20</sup> *Ibid.* aux pp. 29-30.

de la communauté juridique et de la jurisprudence. En fait, plusieurs juges et auteurs soutiennent que la maxime «une hypothèque est toujours une hypothèque» est un principe de base à partir duquel découlent plusieurs autres règles judiciaires, telle la maxime portant sur les avantages collatéraux. Selon cette approche, la doctrine des entraves au droit de rachat n'est qu'une expression, sous une forme différente, de l'énoncé général à l'effet qu'une « hypothèque est toujours une hypothèque »<sup>21</sup>. Comme le mentionne Lord Haldane L.C. dans l'arrêt *Kreglinger c. New Patagonia Meat and Storage Co. Ltd.*<sup>22</sup> : «It is simply an assertion in a different way of the principle that once a mortgage always a mortgage and nothing else.»<sup>23</sup>

#### A. La maxime : «une hypothèque est toujours une hypothèque»

Cet aspect de la doctrine des obstacles à l'exercice du droit de rachat constitue en fait le cœur de cette notion d'*equity*<sup>24</sup>. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le débiteur hypothécaire a le droit, nonobstant toute clause contractuelle à cet égard, d'exercer son droit de rachat en payant au créancier hypothécaire le capital et les intérêts qui lui sont dus. La maxime « une hypothèque est toujours une hypothèque » (dénommée en anglais «once a mortgage, always a mortgage») établie essentiellement qu'une condition au contrat sera invalidée si celle-ci a pour effet de miner le droit du débiteur hypothécaire de recouvrer son bien-fonds, et ceci, à partir du moment où un contrat est considéré comme constituant une hypothèque. À cet égard, nous exposons les propos du juge dissident McKinlay J. A. dans l'arrêt *Dical Investment Ltd c. Morrison* citant le passage suivant de l'arrêt *Samuel c. Jarrah Timber and Wood Paving Corp, Ltd*<sup>25</sup> :

The doctrine «Once a mortgage, always a mortgage» means that no contract between a mortgagor and a mortgagee made at the time of the mortgage and as part of a mortgage transaction, or, in other words, as one of the terms of the loan, can be valid if it prevents the mortgagor from getting back his property on paying off what is due on his security. Any bargain which has that effect is invalid, and is inconsistent with the transaction being a mortgage<sup>26</sup>.

Si l'on examine de près la maxime «once a mortgage, always a mortgage», on s'aperçoit que celle-ci renferme deux éléments constitutifs. La terminologie «once a mortgage...» laisse entrevoir que ce principe d'*equity* s'applique uniquement dans la mesure où l'on a préalablement établi l'existence d'une hypothèque<sup>27</sup>. Les termes «...

<sup>21</sup> W.B. Rayner et R.H. McLaren, *supra* note 3 à la p. 49.

<sup>22</sup> [1914] A.C. 25, [1911-1913] All E. R. 970 (H. L.) [avec renvois aux A.C.].

<sup>23</sup> *Ibid.* à la p. 36.

<sup>24</sup> *Commission, supra* note 12 à la p. 30.

<sup>25</sup> *Dical Investments Ltd. c. Morrison*, [1990] 75 O.R. (2d) 417, [1989] 68 O.R. (2<sup>e</sup>) 549 (Ont. H.C.J.) [avec renvois aux O.R.]; *Samuel c. Jarrah Timber and Wood Paving Corp, Ltd.*, [1904] A.C. 323, [1904] A.C. 329, [1903] 2 Ch. 1.

<sup>26</sup> *Ibid.* à la p. 429.

<sup>27</sup> J.T. Farrand, «That Unrully Clog» (1961) 105 *The Solicitors' Journal* à la p. 456.

always a mortgage», quant à eux, signifient qu'une fois que l'on a déterminé que le contrat en l'espèce constitue une hypothèque, peu importe son type ou sa forme (par exemple, une hypothèque déguisée en contrat de vente), celui-ci comprendra de façon inhérente le droit de rachat<sup>28</sup>. Ainsi, l'*equity* cherche à déterminer qu'elle est la nature véritable du contrat en examinant l'essence même de la transaction plutôt qu'en s'attardant simplement à sa forme. Glanville L. Williams, dans son article «The Doctrine of Repugnancy-III : Clogging the equity and Miscellaneous applications», écrivait : «Equity said [...] that a mortgage was «in essence» a borrowing transaction, and that all terms inconsistent with this «essence» was void.»<sup>29</sup> Par conséquent, malgré son apparence, l'hypothèque demeurera toujours conforme à sa nature véritable, à savoir que celle-ci est avant tout un contrat de garantie, c'est-à-dire une sûreté sur un bien-fonds<sup>30</sup>. Le professeur Joseph E. Roach écrit : « Selon la jurisprudence, il est clairement établi que si des parties ont l'intention de constituer une hypothèque, le débiteur hypothécaire bénéficiera du droit de rachat, même si l'opération est présentée comme une vente.»<sup>31</sup>

À titre d'exemple, nous allons faire état de l'arrêt *Wilson c. Ward*<sup>32</sup> de la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, il s'agissait d'un contrat entre l'intimé et un certain monsieur Pellon qui avait subséquemment vendu son intérêt dans le contrat à l'appelant. Au terme de cette entente contractuelle, il fut stipulé que M. Pellon, propriétaire d'un terrain, désirait obtenir de l'intimé un prêt en lui donnant en garantie ladite propriété. Également, il était mentionné que l'intimé s'engageait à fournir ce prêt sous réserve de certaines conditions, dont une concernant une option d'achat du terrain en cause. La Cour suprême cherchant à déterminer la véritable nature du contrat en est arrivé à la conclusion qu'il s'agissait en l'espèce d'une hypothèque; le terrain étant une sûreté garantissant le remboursement du prêt. Le tribunal a donc soutenu que le droit contractuel de l'intimé d'acheter la propriété était invalide, car il constituait une entrave au droit de rachat du débiteur hypothécaire. Suite à ce propos, la cour a affirmé que le contrat avait pour effet de «concerting what was intended to be a security into something entirely different»<sup>33</sup>. Autrement dit, il s'agissait d'une hypothèque déguisée ayant pour but de se soustraire à l'effet du droit de rachat par le truchement d'une vente. Cette dernière constituait donc une violation de la maxime « une hypothèque est toujours une hypothèque ».

En plus, il est intéressant de souligner que la décision *Wilson* de la Cour suprême du Canada était conforme aux arrêts précédents des tribunaux anglais dont, notamment, l'affaire *Samuel c. Jarrah Timber and Wood Paving*<sup>34</sup>. Dans cet arrêt, il a été soutenu qu'une clause de rachat contenue dans un acte hypothécaire était invalide, puisque celle-ci brimait le droit de rachat du débiteur hypothécaire. Également, le

---

<sup>28</sup> *Supra* note 7 à la p. 63.

<sup>29</sup> *Supra* note 2 à la p. 190.

<sup>30</sup> *Cambell c. Holyland*, (1876) 7 Ch. D. 166, 47 L.J. Ch. 145.

<sup>31</sup> *Supra* note 7 à la p. 63.

<sup>32</sup> [1930] S.C.R. 212, 24 Alta L.R. 48 [avec renvois aux S.C.R.].

<sup>33</sup> *Ibid* à la p. 221.

<sup>34</sup> *Samuel c. Jarrah Timber and Wood Paving Corp. Ltd.*, *supra* note 25 à la p. 329.

tribunal avait affirmé que le contrat en cause ne pouvait constituer à la fois une hypothèque et un contrat de vente conditionnel.

Dans le même ordre d'idée, nous croyons qu'il serait intéressant d'exposer l'arrêt *Noakes & Co. c. Rice*<sup>35</sup>, analysé de manière plus approfondie plus loin. Dans cette affaire, la Chambre des Lords a soutenu, une fois de plus, que la maxime « une hypothèque est toujours une hypothèque » avait pour effet de préserver l'essence de l'hypothèque<sup>36</sup>. Cette affirmation signifie que le transfert d'un bien-fonds au créancier ou à la créancière comme garantie d'un prêt ne modifiait d'aucune façon la nature de cette transaction, c'est-à-dire qu'elle constituait une hypothèque sans égard à la forme du contrat. Le tribunal a également affirmé que toutes les tentatives de convertir un acte de sûreté en transfert absolu du bien-fonds, par le biais d'une clause d'achat par exemple, seraient jugées inopérantes et le débiteur se verrait accordé le droit d'exercer son droit de rachat.

Dans un autre arrêt anglais, *Lewis c. Frank Love Ltd.*<sup>37</sup>, il était question d'un transfert d'une hypothèque et de l'octroi concomitant au cessionnaire d'une option d'achat d'une propriété. Les prétentions des intimés étaient à l'effet que la doctrine des entraves au droit de rachat ne pouvait pas être invoquée dans le cas en l'espèce. Selon leur raisonnement, cette doctrine s'appliquait uniquement aux obstacles qui furent imposés dans le cadre de la transaction hypothécaire originelle. Ceci revient à dire que cette doctrine ne saurait être soulevée eu égard à un contrat de transfert d'une hypothèque déjà existante par opposition au droit de rachat qui accompagne de façon inhérente l'hypothèque initiale. Lord Plowman J. était d'avis qu'en recevant le transfert de l'hypothèque, le cessionnaire octroyait en fait un prêt au débiteur, ayant comme garantie l'hypothèque sur la propriété de ce dernier. Ainsi, la Cour a soutenu que le prêt et l'option d'achat étaient des éléments constitutifs d'une même transaction contractuelle, à savoir, le prêt hypothécaire. Ladite condition d'achat était donc inopérante, car elle contrevenait au droit de rachat du débiteur hypothécaire et de la débitrice hypothécaire. L'on peut lire sous la plume de Lord Plowman, J. ce qui suit :

The principle on which the courts have held that a clog on the equity of redemption is void applies just as much to a transfert of a mortgage which is arranged between the mortgagor and the transferees, where one of the terms of that arrangement is that the transferees in return for parting with their money shall have an option to purchase part of the mortgaged property<sup>38</sup>.

B. *La maxime «le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux»*

Avant d'entreprendre l'étude de la question des avantages collatéraux, nous voulons préciser que nous avons choisi d'analyser séparément les maximes « le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux » et « l'hypothèque ne doit contenir aucune clause qui entrave le droit de rachat » afin de rendre la matière plus

<sup>35</sup> *Supra* note 14.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> [1961] 1 W.L.R. 261, [1961] 1 All E.R. 446 [avec renvois aux W.L.R.].

<sup>38</sup> *Ibid.* à la p. 267.

compréhensible<sup>39</sup>. Toutefois, notons que les auteurs et la jurisprudence ne font généralement pas une nette distinction entre ces deux maximes. Ils se limitent bien souvent à faire référence à la maxime « le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux » et la maxime « l'hypothèque ne doit contenir aucune clause qui entrave le droit de rachat » y est analysée implicitement<sup>40</sup>.

La maxime « le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux » reflète la position traditionnelle de l'*equity* concernant la prohibition des avantages accessoires. En effet, à la lumière de cette maxime, il est clair que le créancier a droit uniquement à sa sûreté sur le bien-fonds faisant l'objet d'une hypothèque et non pas aux bénéfices découlant de cette garantie telle que, par exemple, une part des profits provenant de l'exploitation du bien-fonds<sup>41</sup>. Selon l'opinion de Holdsworth, exposée dans son ouvrage *History of English Law*, l'origine historique de cette prohibition de l'*equity* découle du fait que l'imposition d'un avantage additionnel était jadis considéré comme ayant pour effet de miner et même de détruire complètement le droit de rachat du débiteur<sup>42</sup>.

Avant l'abolition des *Usury Laws* en Angleterre en 1854, les principes d'*equity* concernant les avantages supplémentaires étaient d'une certaine façon obstrués par l'existence de statuts lesquels imposaient des restrictions quant aux taux d'intérêt que pouvait exiger le créancier hypothécaire. Par conséquent, l'exigence d'une condition corrélatrice additionnelle aux taux d'intérêt permis était considérée par l'*equity* comme étant une atteinte à l'esprit de la loi. Ces stipulations étaient par conséquent jugées invalides.<sup>43</sup> Ainsi, avant 1954, il était établi que les conditions corrélatives ne pouvaient être opposables aux débiteurs hypothécaires.<sup>44</sup> Dans l'affaire *Jennings c. Ward*<sup>45</sup>, Trevor, M. R. écrivait : «A man shall not have interest for his money and a collateral advantage besides for the loan of it, or clog the redemption with any by-agreement.»<sup>46</sup>

Par contre, depuis l'abolition des *Usury Laws*, et plus particulièrement suite à des arrêts tels *Kreglinger et Biggs c. Hoddinott*<sup>47</sup>, la prohibition générale eu égard aux avantages auxiliaires fut assouplie considérablement. Dans l'arrêt *Biggs*, la Cour a soutenu que les clauses imposant une condition corrélatrice n'étaient pas en soi inopérantes. Ces dernières pouvaient en fait constituer des stipulations valides dans la mesure où ; 1) elles n'imposaient pas des obligations excessives et exorbitantes au débiteur hypothécaire, et 2) elles ne contrevenaient pas au droit de rachat du débiteur.

<sup>39</sup> *Commission, supra* note 12 aux pp. 29- 30.

<sup>40</sup> *Supra* note 23. Voir également W.B. Rayner et R.H. McLaren, *Supra* note 3 à la p. 50.

<sup>41</sup> *Commission, Supra* note 12 à la p. 29.

<sup>42</sup> W. Holdsworth, *History of English Law*, Vol. 8, London, Methuen & Co. Ltd. and Sweet & Maxwell Ltd., 1925, aux pp. 105,106.

<sup>43</sup> *Supra* note 3 à la p. 37; H.G. Hanbury et C.H.M. Waldock, *supra* note 8 à la p. 83.

<sup>44</sup> B.A. Bicknell «Clogs on Equity of Redemption» (1967) 117 *The New Law Journal* 1131.

<sup>45</sup> (1705) 2 Vern 520.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Supra* note 22; *Biggs c. Hoddinott*, [1898] 2 ch. 307; [1895-9] All E.R. Rep.625.

Dans l'arrêt subséquent, d'une grande importance, soit l'affaire *Kreglinger*<sup>48</sup>, Lord Haldane a soutenu que l'*equity*, étant influencée par la politique sociale de l'époque, avait interdit l'imposition des conditions corrélatives pour faire échec aux tentatives des créanciers hypothécaires de contourner l'application des *Usury Laws*. Cependant, selon Lord Haldane, ces lois, depuis lors, ont été abolies et le contexte social a changé, de sorte qu'il n'y a plus lieu de maintenir cette prohibition sous réserve de certaines conditions.<sup>49</sup> À cet effet, nous citons les propos suivants de Lord Parker dans l'arrêt *Kreglinger* :

In every case in which a stipulation by a mortgagee for a collateral advantage has, since the repeal of the usury laws, been held invalid, the stipulation has been opened to objection, either 1) because it was unconscionable, or 2) because it was in the nature of a penal clause clogging the equity arising on failure to exercise a contractual right to redeem, or 3) because it was in the nature of a condition repugnant as well to the contractual as to the equitable right.<sup>50</sup>

En d'autres termes, on aurait tort de soutenir que toute clause prévoyant un avantage accessoire est nécessairement inopérante. Ainsi, selon les règles d'*equity*, ces clauses sont valides dans la mesure où la transaction hypothécaire n'est pas jugée oppressive ou injuste et que celle-ci ne contrevient pas au droit de rachat du débiteur.<sup>51</sup> Par conséquent, une stipulation collatérale qui viserait à interdire l'exercice du droit de rachat pour un motif quelconque serait forcément jugée inopérante par les tribunaux. Par exemple, il est clair qu'une option d'achat contenue dans un acte hypothécaire serait invalidée dans l'hypothèse où elle pourrait être exercée par le créancier avant la fin du délai fixé au contrat pour rembourser la créance.<sup>52</sup>

En résumé, à la lumière de tous ces arrêts, nous pouvons dire que la règle d'*equity* interdisant les avantages collatéraux n'est plus une règle absolue.<sup>53</sup> À cet égard, la *Commission de réforme du droit de l'Ontario* écrit : «It is not clear how much remains of this rule. [...] it may no longer be applicable, even without an express abolition».<sup>54</sup>

<sup>48</sup> *Supra* note 22.

<sup>49</sup> *Ibid.* aux pp.37-38.

<sup>50</sup> *Ibid.* à la p. 56.

<sup>51</sup> *Ibid.* à la p. 37; *Commission, supra* note 14 à la p. 29.

<sup>52</sup> Notons également que ce même raisonnement a été adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *London Loan and Savings Co. c. Meagher*, [1930] S.C.R. 378, 2 D.L.R. 849 ainsi que par les tribunaux australiens, notamment par la Cour suprême australienne dans l'arrêt *Westfield Holdings Ltd. c. Australian Capital Television PTY Ltd*, [1993] 32 NSWLR 194.

<sup>53</sup> *Commission, supra* note 12 à la p. 30; *supra* note 22 à la p. 56.

<sup>54</sup> *Ibid.* à la p. 30.

C. *La maxime «l'hypothèque ne doit contenir aucune clause qui entrave le droit de rachat»*

Ce troisième aspect de la doctrine des entraves au droit de rachat est étroitement lié à la deuxième maxime «le créancier ne saurait avoir droit à des avantages collatéraux». Par contre, cette troisième maxime est néanmoins différente en ce qu'elle fait référence à un avantage collatéral qui s'étend au-delà de la date à laquelle l'hypothèque prend fin. Soulignons que l'effet exact de la troisième maxime et son champ d'application spécifique présentent une certaine ambiguïté.<sup>55</sup> Néanmoins, nous tenterons d'exposer cette règle d'*equity* en nous attardant plus particulièrement à ses différentes applications à travers une analyse de la jurisprudence.

Dans l'arrêt *Noakes*<sup>56</sup>, les faits se présentaient de la façon suivante : un débiteur avait hypothéqué son bail relatif à une taverne au profit d'une brasserie qui devenait par ce fait le créancier hypothécaire. De plus, l'hypothèque contenait une clause à l'effet que le débiteur s'engageait à vendre uniquement dans sa taverne la bière que ce dernier avait achetée auprès du créancier hypothécaire et ceci, pour une période allant jusqu'à la fin de son bail. En l'espèce, il s'agissait d'un terme équivalent à 26 ans. Aux termes du contrat hypothécaire, il était également stipulé que le débiteur pouvait exercer son droit de rachat par le biais du paiement du principal, des intérêts et de certains coûts. À la lumière des faits, la chambre des lords a soutenu unanimement que l'avantage auxiliaire constituait une entrave au droit de rachat, car il imposait au débiteur l'obligation de vendre uniquement la bière fabriquée par le créancier pour une période de 10 ans suivant l'extinction de l'hypothèque.<sup>57</sup> De plus, selon l'opinion de Lord Davey, il était essentiel que le débiteur, ayant remboursé sa dette, ne soit pas privé de la pleine jouissance de son bien-fonds et ceci, sans être limité par l'emprise d'une condition collatérale qui survivait à l'extinction de l'hypothèque.

Dans la décision de la Chambre des Lords, *Bradley c. Carritt*<sup>58</sup>, le titulaire de la majorité des actions d'une entreprise de thé avait hypothéqué ses actions en retour d'un prêt. Ce dernier avait aussi accepté de se soumettre à une condition accessoire stipulant que l'entreprise s'engageait indéfiniment à faire appel aux services du créancier à titre de courtier. La Cour, par une majorité de trois à deux, a renversé la décision de la Cour d'appel anglaise en invalidant cette clause corrélatrice pour le motif qu'elle était contraire au droit de rachat. En fait, Lord Macnaghten et Lord Davey étaient d'avis que l'avantage supplémentaire devait nécessairement s'éteindre au moment même où le prêt serait acquitté.<sup>59</sup>

Comme nous l'avons vu ci-haut, à la lumière des arrêts *Noakes* et *Bradley*<sup>60</sup>, autrefois, il semblait être établi qu'un avantage corrélatif ne pouvait en aucun cas être

---

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Supra* note 14.

<sup>57</sup> *Ibid.* à la p. 35.

<sup>58</sup> [1903] A.C. 253, [1903] Ch. 633.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Supra* note 14.

prolongé au-delà de l'extinction de l'hypothèque. Toutefois, dans l'affaire *Kreglinger*<sup>61</sup>, ce raisonnement a été rejeté de manière unanime par le tribunal. Nous pouvons résumer les faits de cette affaire de la façon suivante : les appelants, une compagnie de courtiers exerçant le commerce de la laine, avaient consenti en 1910 un prêt de 10 000 Livres à l'intimé, une entreprise de viande, à un taux de 6%. Ce prêt était accompagné d'une sûreté sur les actifs de l'entreprise. Ledit contrat stipulait également que le débiteur hypothécaire avait à tout moment la pleine liberté de rembourser sa dette. Les créanciers hypothécaires, quant à eux, ne pouvaient exiger le paiement de la créance avant 5 ans. De plus, ce contrat prévoyait que le débiteur devait vendre exclusivement des peaux de mouton au créancier hypothécaire pour une période de 5 ans à partir de la date de la conclusion du contrat. Cette même clause stipulait que le créancier s'engageait à acheter ces marchandises à prix égal au meilleur prix offert au débiteur par d'autres compétiteurs. En l'espèce, le prêt fut acquitté par le débiteur en janvier 1913. Le créancier soutenait que la condition accessoire devait continuer à être respectée par le débiteur en dépit de la fin de l'hypothèque. Dans cette affaire, la Chambre des lords a conclu que la clause prévoyant un avantage corrélatif eu égard à l'achat des peaux de mouton était valide. Le tribunal a soutenu que la condition auxiliaire au contrat demeurait opposable au débiteur malgré que la relation hypothécaire avait pris fin. La Chambre des lords en est arrivée à cette conclusion en se fondant sur le fait que le contrat était composé de deux ententes distinctes, c'est-à-dire de la vente d'une option et d'un prêt garanti par une sûreté. Le tribunal a donc stipulé, à la lumière des faits, que l'intention véritable des parties était de créer deux ententes indépendantes, même si ces dernières étaient concomitantes et se confondaient dans un même document. Par conséquent, malgré le fait que la vente de l'option était une condition préalable à l'obtention du prêt, elle ne constituait pas une partie intégrante de l'hypothèque. De plus, la Chambre des Lords a affirmé qu'un avantage corrélatif ne saurait être nécessairement jugé inopérant, même si celui-ci survit à l'hypothèque.<sup>62</sup> Nous citons ce passage de Lord Parker of Waddington:

[...] there is now no rule in equity which precludes a mortgagee, whether the mortgage be made upon the occasion of a loan or otherwise, from stipulating for any collateral advantage, provided that such advantage is not either 1) unfair and unconscionable, or 2) in the nature of a penalty clogging the equity of redemption, or 3) inconsistent with or repugnant to the contractual and equitable right to redeem.<sup>63</sup>

Ceci revient donc à dire que dans la mesure où un avantage accessoire n'est pas une entrave au droit de rachat et qu'il ne contrevient pas à certaines autres exigences (telle que constituer une condition exorbitante), il sera valide, nonobstant le fait que celui-ci s'applique à une période s'étendant au-delà de la terminaison de l'hypothèque.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> *Supra* note 22.

<sup>62</sup> W.B. Rayner et R.H. McLaren, *supra* note 3 à la p. 52.

<sup>63</sup> *Supra* note 22 à la p. 61.

<sup>64</sup> *Ibid.* aux pp.56-60.

Contrairement aux affaires *Bradley* et *Noakes*<sup>65</sup>, il semble que le tribunal dans l'affaire *Kreglinger*<sup>66</sup> a adopté une approche plus «moderne» eu égard à la doctrine des entraves au droit de rachat. En effet, dans cet arrêt, la Cour a délaissé la position traditionnelle de l'*equity*. Cette dernière concevait le débiteur comme n'étant pas une personne «libre» et comme n'ayant pas le même poids de négociation que le créancier hypothécaire. Par opposition, la Chambre des lords fut d'avis dans cette cause que les avantages corrélatifs ne constituaient pas en soi un obstacle au droit de rachat, et que l'on devait présumer que les parties négociaient d'égal à égal, tout en étant les mieux placées pour évaluer leurs intérêts et leurs besoins respectifs.<sup>67</sup> On peut lire ce qui suit dans le livre *Modern Real Property* : «The *Kreglinger* case, on the other hand, reveals a judicial appreciation of a mortgage as a transaction freely concluded by business men without colour of oppression, which should form no exception to the maxim *pacta sunt servanda*.»<sup>68</sup>

Dans une affaire récente de la Cour d'appel de l'Ontario, *Dical Investment Ltd.*,<sup>69</sup> il s'agissait d'une condition supplémentaire conférant au créancier hypothécaire une option d'achat de cinq lots de terrain sur le bien-fonds grevé d'une hypothèque. Le tribunal de première instance a suivi un raisonnement analogue à celui de la Chambre des Lords dans l'affaire *Kreglinger*<sup>70</sup>, en affirmant que l'option constituait une entente indépendante de l'hypothèque et, par conséquent, qu'elle était valide. De plus, ce même tribunal a soutenu que ladite option d'achat était conforme à l'article 49 (21) du *Planning Act*.<sup>71</sup> La Cour d'appel ontarienne, quant à elle, semble avoir été en accord avec l'opinion du tribunal de première instance en affirmant que l'option d'achat ne constituait pas un obstacle au droit de rachat du débiteur. En effet, la Cour reprend, sans toutefois les appliquer au cas présent, les principes exposés dans l'affaire *Kreglinger*<sup>72</sup>, à l'effet qu'un avantage collatéral est valide sous réserve de certaines conditions dont, notamment, l'empiètement sur le droit de rachat. Le passage suivant écrit par le juge Lacourcière illustre bien ce point : «We are inclined to accept the view of Montgomery J. that the impugned transaction was intended to create a severable commercial bargain freely and fairly negotiated.»<sup>73</sup>

Il est fort intéressant de constater que le tribunal a expressément choisi de ne pas trancher ce litige à la lumière des principes de l'*equity* concernant l'avantage corrélatif. En effet, la Cour d'appel s'est limitée à infirmer la décision du tribunal de première instance en stipulant que l'option d'achat contrevenait à l'article 49(21) du *Planning Act*<sup>74</sup> et donc qu'elle était inopérante. À notre avis, il est probable que la Cour

---

<sup>65</sup> *Supra* note 58.

<sup>66</sup> *Supra* note 22.

<sup>67</sup> *Ibid.* aux pp.36-37.

<sup>68</sup> J.T. Farrand, *supra* note 27 à la p. 457.

<sup>69</sup> *Supra* note 25.

<sup>70</sup> *Supra* note 22.

<sup>71</sup> *Planning Act*, L.O. 1983, c.1, art.49(21).

<sup>72</sup> *Supra* note 22.

<sup>73</sup> *Supra* note 25 à la p. 423.

<sup>74</sup> *Supra* note 71.

d'appel s'est abstenue d'appliquer la doctrine des entraves au droit de rachat aux faits devant elle en guise de respect pour son rôle historique en *equity* et afin de préserver son existence. Nous croyons qu'il est utile de citer l'extrait suivant de cet arrêt qui illustre clairement notre hypothèse:

However, it is unnecessary and undesirable to say anything that would undermine the anti-clogging doctrine which is so firmly entrenched in the common-law. It is sufficient, for the resolution of this appeal, to conclude that the option agreement offends S. 49 (1) of the *Planning Act*, and is unenforceable, as it does not create any interest in land.<sup>75</sup> (nous soulignons)

En résumé, suite à cette analyse jurisprudentielle, nous croyons pouvoir affirmer que le droit, à l'heure actuelle, est du moins incertain et plutôt confus quant à l'application spécifique de la maxime « l'hypothèque ne doit contenir aucune clause qui entrave le droit de rachat ». Cependant, il semble que les tribunaux soient d'avis que les avantages accessoires qui s'étendent après la fin de l'hypothèque sont valides dans la mesure où, à la lumière de l'intention des parties, l'on pourra déterminer que ces derniers font partie d'une entente indépendante reliée au contrat de sûreté de façon incidente.<sup>76</sup> À propos, nous reproduisons ici l'extrait suivant du rapport de la *Commission de réforme du droit de l'Ontario* : «If the advantage was a term of the security agreement that was intended to endure beyond redemption, it would be invalid ; if it was the subject of an independent bargain, it would be valid.»<sup>77</sup>

#### IV. CRITIQUES RELATIVES À LA DOCTRINE DES ENTRAVES AU DROIT DE RACHAT ET DE PROPOSITIONS DE RÉFORME

##### A. *Remise en question de la doctrine et difficultés d'application*

Selon plusieurs auteurs, la doctrine des entraves au droit de rachat est le reflet d'une approche anachronique dans le contexte socio-économique contemporain.<sup>78</sup> En fait, certains soutiennent qu'originellement cette notion avait essentiellement pour but de garantir une certaine égalité entre les parties, en permettant au débiteur hypothécaire d'exercer son droit de rachat en dépit de l'expiration du délai contractuel alloué pour le remboursement de sa dette. On considérerait, par exemple, qu'il était inéquitable que le créancier hypothécaire puisse s'approprier le bien-fonds de façon absolue, alors que la valeur de celui-ci était supérieure au montant de la dette exigible. Toutefois, certains juges et auteurs sont d'avis que le champ d'application de la doctrine des obstacles à l'exercice du droit de rachat s'est étendu bien au-delà de ce qui est requis pour assurer une certaine justice et égalité entre les parties, d'où l'incertitude actuelle au niveau

---

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Commission, supra* note 12 aux pp.29-30.

<sup>77</sup> *Ibid.* à la p. 30.

<sup>78</sup> *Ibid.* aux pp. 29-30.

juridique en ce qui a trait à cette notion.<sup>79</sup> Dans l'arrêt *Kreglinger*<sup>80</sup>, Lord Mersey stigmatise la doctrine des obstacles au droit de rachat d'une façon fort éloquente : «[The doctrine is] like an unruly dog, which if not securely chained to its own kennel, is prone to wander into places where it ought not be.»<sup>81</sup>

L'on assiste donc, depuis plusieurs années, à un courant important qui revendique ni plus ni moins l'abolition complète de la doctrine des obstacles à l'exercice du droit de rachat. À titre d'illustration, nous citons l'article «That Unrully Clog» de J.T. Farrand :

[The doctrine] should be both condemned and painlessly destroyed. Indeed, the doctrine is merely one amongst many of the offspring of equity [...] which, disregarding their origins, exist to-day primarily as traps for the unwary. These anomalies illustrate the suitable maxim : «Equity looketh not where it leadeth.»<sup>82</sup>

Compte tenu du cadre relativement restreint de ce travail, nous ne pouvons pas nous attarder à l'analyse exhaustive de toutes les critiques spécifiques formulées à l'encontre de la doctrine des entraves au droit de rachat. Par contre, nous allons tenter d'exposer les reproches qui sont généralement considérés comme étant les plus importants à cet égard. L'une de ces critiques est le fait que les tribunaux d'*equity*, sous prétexte de donner effet à la nature véritable du contrat plutôt qu'à sa forme, ont outrepassé les limites du raisonnable en considérant que certains contrats, n'étant clairement pas des transactions hypothécaires, constituaient néanmoins des hypothèques «déguisées». Selon certains, cette approche trop permissive a contribué à la création d'un climat d'incertitude quant au droit applicable en matière hypothécaire, tout en n'accordant pas libre cours à l'intention réelle des parties qui, le cas échéant, pourraient avoir légitimement désiré être liées par un contrat autre qu'une hypothèque.<sup>83</sup>

Plusieurs juristes affirment que le bon sens originel justifiant l'intervention de l'*equity* en matière hypothécaire fait en sorte que la doctrine des entraves au droit de rachat devrait être appliquée uniquement dans les cas où l'on pourrait établir la présence d'une oppression ou d'une nécessité.<sup>84</sup> Sur ce point, soulignons les propos suivants de Glanville L. Williams:

The great argument in favour of the Court of Appeal's decision - that business men are the best judges of their own interests - is an argument [...] in *Kreglinger's* case, the end that justified the interference of equity with freedom of contract was the prevention of oppression and nothing else. In the

---

<sup>79</sup> *Supra* note 2.

<sup>80</sup> *Supra* note 22.

<sup>81</sup> *Ibid.* à la p. 46.

<sup>82</sup> *Supra* note 27.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Supra* note 27 à la p. 457; Voir également *Vernon c. Bethell*, (1762) 2 Edn 110, 28

absence of such oppression no support for such interference can be derived from logic.<sup>85</sup> (nous soulignons)

Suite à l'arrêt *Kreglinger*<sup>86</sup> où l'on a établi en quelques mots que l'*equity* ne doit intervenir dans la liberté contractuelle des parties que dans les cas d'oppression, de transactions exorbitantes ou d'entraves au droit de rachat, nous pouvons dire que la prohibition à l'égard des avantages corrélatifs semble s'être affaiblie considérablement. Celle-ci est applicable seulement dans les cas où le créancier hypothécaire agit de façon usurière ou bien dans le contexte de transactions exorbitantes.<sup>87</sup>

Un autre point qui a soulevé une vague de protestations au sein de la communauté juridique dans plusieurs pays de common law, concerne le fait que la doctrine des entraves au droit de rachat n'est pas conforme à la réalité économique contemporaine. En fait, au cours des dernières années, des changements considérables ont eu lieu en ce qui a trait aux méthodes de financement et à la structure des marchés financiers.<sup>88</sup> Ces changements ont favorisé l'émergence d'une panoplie d'innovations et de nouveaux types de transactions hypothécaires. À titre d'exemple, plusieurs contrats hypothécaires accordent au créancier une part des bénéfices provenant de la plus-value du bien-fonds hypothéqué ou de l'exploitation de ce dernier. Dans ces cas, le créancier assume souvent une partie des risques en échange de quoi il se voit accordé un profit potentiel.<sup>89</sup> Dans un tel contexte commercial, sous réserve de transactions exorbitantes, il y a lieu de maintenir la validité de tels contrats présumés négociés entre des parties de force égale, ayant la même capacité d'assumer leur propres intérêts et protection.<sup>90</sup> Nombreux sont ceux qui soutiennent que cette approche est plus réaliste et raisonnable, tout en étant plus compatible avec les conditions économiques du monde des affaires contemporain.<sup>91</sup> Dans l'arrêt *Kreglinger*<sup>92</sup>, la Chambre des Lords écrit ceci relativement à la doctrine des entraves au droit de rachat:

But what I have pointed out shews that it is inconsistent with the object for which they were established that these rules should crystallize into technical language so rigid that the letter can defeat the underlying spirit and purpose. Their application must correspond with the practical necessities of the time.»<sup>93</sup>

Également, dans l'affaire *Dical Investments*<sup>94</sup> dont nous avons fait état précédemment, le juge dissident Mckinlay, J.A. rejette l'application stricte de la doctrine des entraves

<sup>85</sup> *Supra* note 2 aux pp. 192-193.

<sup>86</sup> *Supra* note 22.

<sup>87</sup> *Commission*, *supra* note 12 à la p. 31.

<sup>88</sup> *Ibid.* aux pp. 31-32.

<sup>89</sup> *Ibid.* à la p. 30.

<sup>90</sup> *Ibid.* à la p. 32.

<sup>91</sup> *Supra* note 27 à la p. 457.

<sup>92</sup> *Supra* note 22.

<sup>93</sup> *Ibid.* aux pp. 37-38. Ce passage a aussi été repris par le juge dissident McKinlay JA dans l'arrêt *Dical Investments*, *supra* note 25 à la p. 433.

<sup>94</sup> *Supra* note 25.

aux droits de rachat et il maintient que l'option d'achat en cause ne constituait pas une atteinte à cette notion. Ce dernier fait sien le passage suivant de Cheshire dans *Modern Law of Real Property*:

...at the present day a mortgagor (in a commercial context) can scarcely be regarded as in need of special protection. [...] the parties to a modern mortgage are generally hard-headed businessmen well able to protect their own interests, and in these days, when so much stress is laid upon the sanctity of contracts, it is difficult to appreciate why one of them should be allowed to disregard a bargain freely made, simply because he happens to be a mortgagor.<sup>95</sup>

En résumé, nous pouvons affirmer que les tribunaux semblent de plus en plus réticents à intervenir dans les transactions hypothécaires.<sup>96</sup>

B. *Propositions de réforme: le projet proposé par la Commission de réforme du droit de l'Ontario*

En présentant ce projet de réforme, la *Commission de réforme du droit de l'Ontario* (ci-après nommée «la Commission») avait comme objectif ultime d'éliminer les anomalies et anachronismes dans le droit hypothécaire contemporain.<sup>97</sup> La recommandation de ladite Commission était à l'effet que l'on devait abolir partiellement la doctrine des entraves au droit de rachat. Ainsi, outre les transactions hypothécaires qui opposent une « personne protégée » (il s'agit surtout d'hypothèques sur des résidences personnelles) au créancier hypothécaire, les parties devraient jouir de la pleine liberté contractuelle sous réserve de la doctrine de l'exorbitance, dénommée en anglais «doctrine of unconscionability».<sup>98</sup> Nous citons ce passage du projet de recherche no. 15 de la Commission : «The doctrine of «Clogs on the equity of redemption» should be abolished generally. It should, however, be retained in part in respect of consumer transactions insofar as it would prevent options to purchase from being effective in respect of such mortgages.»<sup>99</sup>

L'objectif initial justifiant l'intervention de l'*equity* dans les rapports contractuels, par le biais de la doctrine des entraves au droit de rachat, était de préserver la nature véritable de l'hypothèque, c'est-à-dire d'empêcher la conversion des hypothèques en d'autres types de contrats auxquels la doctrine ne s'appliquerait pas. La Commission est d'avis que ce but demeure toujours louable en ce qui concerne « les personnes protégées.» Toutefois, celle-ci soutient, qu'en règle générale, ce

---

<sup>95</sup> G.C. Cheshire, *The Modern Law of Real Property*, London, Butterworths, 1962 à la p. 568; *Dical Investments*, *supra* note 25 à la p. 436.

<sup>96</sup> Notons que les cours anglaise ont adopté une attitude similaire eu égard aux interventions judiciaires en matière hypothécaire, notamment dans l'arrêt *Knightsbridge Estates Ltd. c. Byrne*, [1939] Ch. 441 (C.A.). À cet égard, voir M. Harwood, *English Land Law*, London, Sweet & Maxwell, 1975 à la p. 404.

<sup>97</sup> Commission, *supra* note 12, à la p. 3.

<sup>98</sup> *Supra* note 18 à la p. 209.

<sup>99</sup> Commission, *supra* note 12 à la p. 29.

raisonnement ne devrait plus être appliqué dans les cas d'hypothèques commerciales. En effet, dans le domaine des hypothèques commerciales, il y a plutôt lieu de favoriser le libre exercice des négociations et de permettre aux parties de se lier par des méthodes de financement originales et par des stipulations contractuelles innovatrices adoptées selon leurs besoins spécifiques. Ce principe général devrait souffrir exception dans le cas où le contrat impose des obligations exorbitantes ou dans la mesure où il est contraire à l'ordre public.<sup>100</sup>

Ainsi, selon les recommandations de la Commission, il serait préférable de résoudre les litiges concernant des obstacles au droit de rachat, en ayant recours à une nouvelle disposition statutaire qui s'appliquerait aux transactions exorbitantes. La Commission propose donc, dans son *Report on Amendment of the Law of Contract*, que la doctrine des transactions exorbitantes soit expressément codifiée dans un statut. Ainsi, les débiteurs hypothécaires se verraient accorder un recours légal spécifique lorsqu'ils seraient soumis à un contrat ou à une condition contractuelle exorbitante.<sup>101</sup>

La Commission recommande également la codification éventuelle dans le *Land Security Act* du principe selon lequel, exception faite des « débiteurs protégés », aucune clause contenue dans un contrat hypothécaire devrait être déclarée inopérante pour la simple raison qu'elle constitue une entrave au droit de rachat. Le « débiteur protégé », quant à lui, se verrait accorder une protection expresse dans la loi, à l'effet que toute disposition dans un acte hypothécaire prévoyant une option d'achat serait par le fait même inopérante.<sup>102</sup> De plus, ce statut devrait inclure une disposition spécifique stipulant que les avantages corrélatifs, comprenant ceux exigibles après la fin de l'hypothèque (tel un pourcentage des profits provenant du bien-fonds ou encore une part de la plus value du bien-fonds, etc.), ne seraient pas invalides. À cet égard, la Commission affirme que les litiges concernant les avantages corrélatifs devraient être résolus sous l'égide du droit applicable en matière de contrainte à la liberté commerciale.

En ce qui concerne l'impact de l'élimination de la doctrine des entraves au droit de rachat sur le droit en général, la Commission est d'avis qu'il sera limité, car cette doctrine s'applique déjà à l'heure actuelle à plusieurs égards de façon incomplète, notamment, en ce qui concerne les avantages corrélatifs.<sup>103</sup> Nous reproduisons ce passage du document de recherche no. 15 de la Commission : «Any change in the law is likely to have very little effect, other than to remove a source of uncertainty, the risk of perverse decision and the need for unnecessary artifices.»<sup>104</sup>

## V. CONCLUSION

La place que doit occuper la doctrine des obstacles à l'exercice du droit de rachat dans le contexte moderne des transactions hypothécaires est au cœur d'un débat

---

<sup>100</sup> *Ibid.* à la p. 32.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid.* à la p. 33.

<sup>103</sup> *Ibid.* à la p. 30.

<sup>104</sup> *Ibid.* à la p. 32.

dans plusieurs communautés juridiques de common law. Un courant majoritaire revendique l'élimination totale de cette doctrine. Ils vont même jusqu'à qualifier cette dernière de «survival of medieval logic in modern law»<sup>105</sup> et affirmer que le rôle de l'*equity* eu égard à cette doctrine est synonyme de «[...] tyranny of paternal justice[...]»<sup>106</sup>

À notre avis, il ne semble pas que le législateur ontarien va d'ici peut abolir la doctrine des entraves au droit de rachat par voie statutaire. De plus, la décision récente *Dical Investments*<sup>107</sup> de la Cour d'appel ontarienne semble illustrer, une fois de plus, l'importance que les tribunaux accordent généralement à cette doctrine. En fait, cette dernière fait partie intégrante de l'*equity* depuis plusieurs siècles. Dans un tel contexte, il reviendra probablement à la Cour suprême du Canada de déterminer quel sera le sort réservé à la doctrine des entraves au droit de rachat. D'ici là, nous croyons que l'on doit opter pour une position plus modérée eu égard à l'abolition de cette doctrine. N'oublions pas que cette doctrine d'*equity* vise avant tout à protéger le débiteur hypothécaire. Par conséquent, son élimination éventuelle devrait nécessairement s'accompagner de la mise sur pied de mécanismes légaux appropriés assurant aux débiteurs hypothécaires une protection réelle, spécialement dans les cas d'hypothèques «déguisées».

---

<sup>105</sup> *Supra* note 2 à la p. 191.

<sup>106</sup> *Supra* note 27 à la p. 458.

<sup>107</sup> *Supra* note 25.