

L'hypothèque de la chose d'autrui

Éloi Poulin

Volume 30, Number 2, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042951ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/042951ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

A hypothec upon property not belonging to the grantor must be considered from two angles : the hypothec as a real right and the granting contract as the creating instrument. As a real right — a direct relation between the creditor and the affected property — the hypothec draws its substance from the exercise of one of the services conferred by ownership of a property, namely its economical values or credit value. If the immoveable do not belong to the grantor, no hypothec or preference can exist in favour of the creditor. In such a case, the hypothec can be neutralized quite simply, without raising the question of contractual nullity, even ex officio by the court if the existence of the hypothec not be proven. The nullity of the granting contract remains however important. The relative characteristic of such nullity, based on the impossibility of the object of the contract, explains how the hypothec is validated when the grantor becomes owner of the property. The hypothec exists at this moment, without any retroactivity. In a few exceptional cases, for the sake of equity and the protection of third parties in good faith, some effects may be recognized as pertaining to the hypothec which is not granted by the owner.

Cite this article

Poulin, É. (1989). L'hypothèque de la chose d'autrui. *Les Cahiers de droit*, 30(2), 283–357. <https://doi.org/10.7202/042951ar>

L'hypothèque de la chose d'autrui

Éloi POULIN *

L'hypothèque de la chose d'autrui requiert analyse sous deux aspects principaux : la sûreté en tant que droit réel et le contrat d'affectation en tant que mécanisme constitutif. Comme droit réel, relation directe entre le créancier et le bien visé, l'hypothèque trouve sa substance à partir de l'exercice d'une des utilités conférées par la propriété d'un bien, notamment sa valeur économique ou valeur de crédit. Sans droit de propriété au constituant, il n'existe ni hypothèque, ni préférence en faveur du créancier. L'hypothèque de la chose d'autrui peut donc être neutralisée assez simplement, indépendamment de la question de la nullité contractuelle et même d'office par la Cour, si l'existence de la sûreté n'est pas prouvée. La nullité du contrat d'affectation demeure cependant importante. C'est ainsi que le caractère relatif de la nullité, fondé sur l'impossibilité de l'objet du contrat, permet d'établir que l'affectation est validée lorsque le constituant devient propriétaire du bien visé. C'est à ce moment que la sûreté voit jour et se déploie sur le bien affecté, sans rétroactivité. De façon exceptionnelle, des effets seront reconnus à l'hypothèque du bien d'autrui, au nom des exigences de l'équité et de la protection des tiers de bonne foi.

A hypothec upon property not belonging to the grantor must be considered from two angles: the hypothec as a real right and the granting contract as the creating instrument. As a real right — a direct relation between the creditor and the affected property — the hypothec draws its substance from the exercise of one of the services conferred by ownership of a property, namely its economical values or credit value. If the immoveable do not belong to the grantor, no hypothec or preference can exist in favour of the creditor. In such a case, the hypothec can be neutralized quite simply, without raising the question of contractual nullity, even ex officio by the court if the

* LL. M., notaire à St-Jean-Chrysostome. L'auteur remercie M^e François Frenette pour ses précieux commentaires à l'occasion de la préparation de ce texte.

existence of the hypothec not be proven. The nullity of the granting contract remains however important. The relative characteristic of such nullity, based on the impossibility of the object of the contract, explains how the hypothec is validated when the grantor becomes owner of the property. The hypothec exists at this moment, without any retroactivity. In a few exceptional cases, for the sake of equity and the protection of third parties in good faith, some effects may be recognized as pertaining to the hypothec which is not granted by the owner.

	<i>Pages</i>
Introduction	285
1. L'hypothèque comme droit réel de garantie	287
1.1. Rapport direct entre le créancier et le bien affecté	287
1.2. L'hypothèque comme démembrement de la propriété	290
1.3. Le déploiement impossible de la sûreté comme droit réel sur le bien d'autrui	295
2. L'affectation hypothécaire du bien d'autrui dans le régime contractuel	298
2.1. De l'accord des volontés à l'acte formaliste	298
2.1.1. Promesse d'hypothèque	298
2.1.2. Acte unilatéral et consentement bilatéral	300
2.2. De l'affectation hypothécaire expresse à la formation de la sûreté	301
2.2.1. La concomitance non nécessaire entre l'affectation formelle et la naissance de l'hypothèque	302
2.2.2. Les droits du créancier avant le déploiement effectif de l'hypothèque	304
2.3. Le défaut de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui	310
2.3.1. La capacité	311
2.3.1.1. Capacité d'aliéner et propriété	311
2.3.1.2. Capacité et pouvoir	313
2.3.2. L'objet	315
2.3.2.1. Objet du contrat et objet de l'obligation	315
2.3.2.2. Objet du contrat hypothécaire	316
2.3.2.3. Impossibilité de l'objet du contrat hypothécaire visant le bien d'autrui	317
3. La nullité de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui	318
3.1. Variations sur la nullité en doctrine et en jurisprudence	319
3.1.1. Tendances favorables à la nullité absolue	319
3.1.2. Tendances favorables à la nullité relative	322
3.2. La nullité relative expliquée par la nature du défaut contractuel en cause	324
3.2.1. Rappel de la théorie des nullités contractuelles	324
3.2.2. Le caractère relatif de la nullité de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui	326
3.2.2.1. Élément d'existence ou élément de validité du contrat ?	326
3.2.2.2. Intérêts privés ou intérêt public en cause ?	329

3.3. Les conséquences de la nullité relative	331
3.3.1. Les titulaires du droit de recours	332
3.3.2. La disparition du droit de recours	334
4. La validité exceptionnelle de l'hypothèque du bien d'autrui	341
4.1. Le cas de l'indivision	342
4.2. Le cas du possesseur	345
4.3. Le cas de la simulation	346
4.4. Le cas de l'inopposabilité	348
4.5. Le cas de la propriété apparente	350
Conclusion	356

Introduction

Le cadre légal des rapports patrimoniaux, dans son agencement global et ses modalités d'application, tend à satisfaire les impératifs de la cohérence. Ce cadre demeure cependant incapable de prévenir complètement l'émergence de situations paradoxales. Ainsi, l'hypothèque de la chose d'autrui se présente comme une antinomie juridique en raison de l'incompatibilité des concepts en cause. D'une part, elle évoque la création et l'existence, par le fait du constituant ou du débiteur, d'un droit réel de garantie sur un bien ne lui appartenant pas. D'autre part, elle réfère à l'affectation hypothécaire comme opération contractuelle qui porterait atteinte aux droits d'un tiers.

Même si le droit actuel des hypothèques repose sur des dispositions inchangées depuis plus d'un siècle, l'hypothèque de la chose d'autrui peut encore susciter des commentaires. *Notre Code civil* n'a pas statué clairement sur ce point, tandis que le *Code civil français*, qui a servi de modèle aux codificateurs de 1866, prohibe expressément l'hypothèque des biens à venir. Comme nous le verrons, cette prohibition du droit français, dans le silence de notre droit, a directement inspiré les solutions apportées jusqu'à maintenant par nos tribunaux au problème de l'hypothèque de la chose d'autrui. Selon la position traditionnelle, la règle de la nullité, tantôt absolue, tantôt relative, est applicable à l'hypothèque du bien d'autrui. L'incertitude persiste cependant sur la question de savoir si c'est le droit réel d'hypothèque, la convention d'affectation hypothécaire ou à la fois l'un et l'autre qui sont frappés de nullité.

Par le moyen de l'hypothèque, le propriétaire fait de son droit un usage particulier, difficile à classer et reconnaître directement parmi les facultés traditionnelles de la propriété, c'est-à-dire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. L'hypothèque permet au constituant de décupler les utilités de son droit. Elle

lui conserve l'usage et les fruits de son bien, voire la faculté d'en disposer tout en lui accordant par ailleurs le bénéfice de sa valeur de crédit. En conférant au créancier une préférence sur le produit de la vente judiciaire du bien en question, le titulaire augmente ses possibilités de crédit, de sorte qu'il bénéficie par anticipation d'une fraction de la valeur marchande du droit affecté.

Depuis ses origines, l'hypothèque a toujours été considérée comme une garantie assurant l'exécution d'une obligation, garantie portant sur des biens appartenant nécessairement au débiteur ou au constituant. Dès lors, l'hypothèque de la chose d'autrui apparaît comme une dérogation particulièrement grossière.

Par rapport au contrat hypothécaire, la constitution d'un droit réel de garantie efficace est l'objet de la convention, ce qui indique déjà que deux aspects principaux sont à considérer : l'hypothèque comme droit réel de garantie et la convention d'affectation hypothécaire. Dans le cadre de la présente étude, il importe d'abord d'analyser certains aspects de l'hypothèque comme droit réel de garantie. L'hypothèque est une sûreté réelle détenue par un créancier sur un bien dont il n'a pas la propriété. La sûreté constitue un rapport de la nature d'un droit réel entre le créancier et la chose affectée. Par la suite, il conviendra d'analyser l'affectation hypothécaire du bien d'autrui comme contrat, sans se limiter à la simple sanction frappant la convention. L'opération contractuelle est affectée d'un défaut lorsqu'elle vise à établir une hypothèque sur le bien d'autrui. Il y a lieu de bien cerner le problème en cause, de façon à mieux en établir les conséquences, au delà du lieu commun de la nullité automatique.

Les hypothèques du bien d'autrui ne procèdent pas de la simple hypothèse. Qu'il suffise de mentionner, pour illustration, la pratique courante selon laquelle l'acte hypothécaire est signé et enregistré avant que le promettant-acquéreur d'un immeuble n'en soit devenu propriétaire ; ou encore, les espèces donnant lieu à la nullité de l'acte d'affectation lorsque le titre du constituant est résolu ou annulé. Il peut arriver, par ailleurs, qu'un emprunteur hypothèque par erreur, soit la chose d'autrui, soit un immeuble sur lequel il empiète ; ou un possesseur peut offrir en garantie le bien qu'il occupe et les améliorations qu'il y aurait apportées. Les solutions à de telles difficultés font appel à divers principes fondamentaux du droit privé, principes gouvernant tantôt la propriété et les biens en général, tantôt les obligations et les contrats, tantôt les sûretés et la publicité foncière. Il y a donc lieu d'identifier les règles applicables à cette opération contractuelle. Nous analyserons certains éléments du contrat hypothécaire et rechercherons exactement le défaut qui frappe l'affectation lorsqu'elle vise un bien qui n'appartient pas au constituant. Après avoir identifié et caractérisé la sanction applicable dans un tel cas, nous

examinerons les conséquences de cette sanction et les exceptions à la règle générale.

1. L'hypothèque comme droit réel de garantie

1.1. Rapport direct entre le créancier et le bien affecté

Le *Code civil*^(*) comporte, au chapitre de l'hypothèque, certaines dispositions générales¹ qui traitent notamment, de sa nature, de son objet et de ses effets. C'est ainsi que l'hypothèque y est définie comme un droit réel². Cette qualification peut surprendre. D'une part, les privilèges et le nantissement immobiliers constituent, comme l'hypothèque, des sûretés mais ils ne sont pas expressément qualifiés de droits réels³. D'autre part, la classification des droits comme étant soit réels soit personnels, bien qu'elle se manifeste nettement au *Code civil*⁴, demeure une construction de la doctrine. Élaborée à partir de la distinction romaine entre actions *in rem* et actions *in personam*⁵, elle est généralement présentée comme « l'arête du droit du patrimoine »⁶ ou la « *summa divisio* des droits »⁷. La transposition de cette classification au domaine des sûretés a cependant donné matière à controverse. C'est ainsi que certains auteurs ont exprimé des doutes sérieux sur le caractère réel de l'hypothèque⁸, alors même que le législateur, en France comme au Québec,

(*) À moins d'indication contraire, les termes *Code civil* ou leur abréviation C.C.B.C. réfèrent, dans le présent texte, au *Code civil du Bas-Canada*.

1. Art. 2016 à 2023 C.C.B.C.

2. Art. 2016 C.C.B.C. Cependant, selon un auteur, l'expression de cette qualification législative pourrait être considérée comme déficiente : « [...] Pour avoir, cette unique fois, voulu qualifier un droit, il n'est pas dit que le législateur ait eu la plume heureuse. [...] Mais l'hypothèque est bien un droit réel ce qui conduit à regarder le droit grevé comme un bien ; optique logique, puisque ce droit a une valeur et qu'il est cessible, donc dans le commerce ». C. MOULY, « Hypothèques, définition, caractères, effets », *Juriclasseur Notarial*, Répertoire doctrinal, J. XI, Vis. Hypothèques, Art. 2114, Paris, Éditions techniques, 1981, p. 11.

3. Art. 1966, 1967, 1969 et 1983 C.C.B.C. ; bien que ces droits ne soient pas qualifiés de droits réels par le législateur, il semble que l'on doive tout de même les considérer comme tels. Voir P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. II, Montréal, Théoret, 1986, p. 392.

4. Voir l'art. 405 C.C.B.C. et les dispositions du titre « De l'enregistrement des droits réels » au livre troisième du Code.

5. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. II, 7^e éd. par P. ESMEIN, Paris, Librairies Techniques, 1961, p. 85.

6. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972, p. 482 ; voir aussi L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 103.

7. H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, 1^{er} vol., 6^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1980, p. 216.

8. Voir notamment : V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. II, 5^e éd., Paris, Cotillon, 1855, n^o 526-IV, p. 353 : l'hypothèque ne serait pas un *jus in re*

définit cette sûreté comme un droit réel⁹. La Cour supérieure paraît même défier ouvertement les textes quand elle suggère que l'hypothèque « n'est pas un droit réel mais simplement un droit d'être préféré sur le produit de la vente suivant l'ordre du temps »¹⁰. Ces écarts ne permettent toutefois pas d'oublier la définition expresse portée au *Code civil*. Le caractère réel de l'hypothèque ne peut être en effet sérieusement mis en doute dans l'état actuel de la législation. Il convient cependant d'identifier certaines conséquences liées au caractère réel de l'hypothèque.

Selon la théorie classique, le trait spécifique du droit réel résulte du rapport juridique direct existant entre une personne et une chose¹¹. Un tel rapport accorde au titulaire du droit, sans intermédiaire aucun, le bénéfice de certaines utilités matérielles ou économiques de la chose. Le droit réel confère des pouvoirs au titulaire sur l'objet. Il est un rapport juridique de type particulier, qui ne comporte pas de sujet passif¹². La distinction entre le droit

parce que l'immeuble affecté n'en serait pas vraiment l'objet, son exercice consistant pour le créancier à « obtenir par cet immeuble (qui n'est pour lui qu'un intermédiaire) une certaine somme d'argent »; M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels » (1931) 51 *Rev. crit. lég. et jur.*, 539, p. 567 et 600 : elle ne serait pas un droit réel parce qu'elle ne permet pas l'exercice d'un pouvoir direct sur la chose; R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », (1958) 56 *Rev. trim. dr. civ.* 331, p. 333 : les sûretés réelles ne seraient de véritables droits réels que lorsqu'elles portent sur des choses matérielles. Voir aussi : F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », (1982) 80 *Rev. trim. dr. civ.* 705 ; cet auteur propose, comme nouvelle « *summa divisio* » (p. 742) des droits, une classification entre les droits à réalisation immédiate et les droits à réalisation médiate (p. 714); cette distinction désagrège la catégorie des droits réels selon la thèse classique (p. 742); à l'intérieur de sa classification, l'auteur range les hypothèques parmi les droits à réalisation médiate (p. 722).

9. Art. 2114 C. civ. fr.; Art. 2016 C.C.B.C.

10. *Commercial Litho Plate Graining (1970) Ltée c. Imprimerie Cyr Ltée*, [1980] C.S. 1123, p. 1124.

11. L. BAUDOIN, *supra*, note 6, p. 105; P.B. MIGNAULT, *supra*, note 3, p. 389; A. MONTPETIT, G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. III, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945, p. 17; J.-G. CARDINAL, « La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités », (1965-66) 67 *R. du N.* 271, p. 280; AUBRY et RAU, *supra*, note 5, p. 85; H.L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 7, p. 218; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, Les biens et les obligations, Paris, P.U.F., 1967, p. 33; G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 6, p. 482; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, 2^e éd. par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de P. Voirin, Paris, Rousseau & Cie, 1938, p. 46; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. I, d'après Planiol, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 290; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. I, refondu par L.J. de la Morandière, Paris, Dalloz, 1957, p. 55.

12. Tous les droits subjectifs impliquent pourtant un rapport entre personnes; voir J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 94; G. MICHAELIDÈS-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », (1966) 64 *Rev. trim. dr. civ.* 216, p. 217. Cette évidence n'empêche pas, justement à cause de la concurrence possible entre sujets de droit

réal et le droit personnel provient donc du rapport juridique direct que le droit réel établit entre le titulaire et l'objet du droit et, par voie de conséquence, du pouvoir qu'il permet à son titulaire d'exercer sans intermédiaire de quiconque sur l'objet du droit. Cet objet devra, reconnaissance du rapport direct oblige, être une chose déterminée individuellement, une chose certaine qui, par ailleurs, peut être corporelle ou incorporelle¹³. Notons enfin que la particularité de ce rapport juridique ne découle pas de circonstances spéciales qui affecteraient le sujet ou l'objet du droit. Bien au contraire, « [...] les droits portant sur des choses sont réels ou de créance suivant la manière dont ils affectent l'objet auxquels ils s'appliquent »¹⁴; le droit réel qui atteint la chose de manière directe et immédiate se distingue de celui qui atteint la chose « de façon médiate, par l'intermédiaire d'une personne »¹⁵.

Même si la théorie classique a fait l'objet de nombreuses critiques¹⁶, elle emporte encore le plus d'adhésions en doctrine et il y a lieu d'en retenir, pour

quant aux utilités de la chose, que des prérogatives soient reconnues par la loi à un titulaire, à l'exclusion de tous les autres : « Le phénomène juridique est toujours un rapport entre personnes. Il n'est pas vrai, sinon par métaphore, que le droit de propriété (droit réel) soit un rapport immédiat entre une personne (le propriétaire) et une chose [...] ». À partir de cette idée, il n'y a pas lieu, cependant, de ramener le droit réel à l'obligation : « Il y a là une erreur de méthode qui consiste à confondre deux niveaux de classification. L'équivalence rapport-de-droit et rapport-de-personnes est antérieure méthodologiquement à la distinction droit réel et obligation. Le rapport-de-droit est le genre qui enferme les deux espèces de droit que sont le droit réel et l'obligation » (R. MARTIN, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », (1975) 73 *Rev. trim. dr. civ.* 52, p. 58-59).

13. La règle de la spécialité, qui concerne l'objet du droit, ne constitue pas un critère distinctif en tant que tel ; elle est la simple conséquence de la reconnaissance d'un rapport direct qui permet d'exercer un pouvoir sur la chose. Cette règle présente cependant un intérêt particulier, au niveau de l'hypothèque, en raison de l'évolution de celle-ci, de la générale vers la spéciale. L'hypothèque ayant déjà été associée à l'obligation de façon si étroite qu'elle s'y confondait pratiquement, l'émergence de la notion de spécialité n'est certes pas étrangère à la clarification du statut de l'hypothèque comme droit réel distinct de l'obligation. Voir, S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », (1970) 68 *Rev. trim. dr. civ.* 441, p. 470, et 375. Cet auteur soutient que le principe de la spécialité de l'affectation est le critère unique du droit réel en matière d'hypothèque. Cependant, avant la codification française, alors même que l'hypothèque résultait des obligations constatées dans les actes notariés, sans y être spécifiée, et portait sur tous les biens présents et à venir du débiteur, elle était déjà considérée comme un *jus in re*. Voir R.J. POTHIER, *Œuvres*, t. IV, Ed. Bugnet, Paris, Plon, 1861, p. 423, n° 1, p. 426, n° 10.
14. C. BEUDANT, *supra*, note 11, p. 50.
15. J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », (1962) 60 *Rev. trim. dr. civ.* 20 p. 29. En développant cet aspect, un auteur finit par suggérer le remplacement de la classification traditionnelle par une distinction entre droits à réalisation immédiate et droits à réalisation médiate (F. HAGE-CHAHINE, *supra*, note 8, p. 714).
16. Les personnalistes, inspirés de Planiol (voir M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, t. III, avec le concours de M. Picard, Paris, L.G.D.J., 1926, p. 42), tendent à ramener le droit réel au droit personnel, tandis que les tenants de la thèse objectiviste,

le Québec, les principaux éléments. Il en résulte particulièrement que l'hypothèque, qualifiée expressément de droit réel, établit un rapport juridique direct entre le créancier et le bien hypothéqué, rapport qui se manifeste par une opposabilité spéciale du droit face aux tiers¹⁷. *La relation directe paraît dès lors inapte à se former entre le bien visé et le créancier si le constituant ne détient pas le droit réel principal sur ce bien dans son patrimoine.*

1.2. L'hypothèque comme démembrement de la propriété

Si le caractère réel de l'hypothèque ne suscite pas de doute, parce qu'affirmé directement, la situation est fort différente quand il y a lieu de vérifier si l'hypothèque constitue un démembrement de la propriété ou du droit qu'elle grève. La doctrine est fort partagée sur cette question d'intérêt surtout théorique. Plusieurs auteurs voient dans l'hypothèque un démembrement de la propriété. Ils invoquent à l'appui de leur prétention, le caractère réel du droit d'hypothèque, expressément reconnu par la loi. Si la propriété est « le faisceau de tous les droits réels »¹⁸, la constitution d'hypothèque devrait

introduite en France par Saleilles, assimilent plutôt le droit personnel au droit réel. Par ailleurs, M. Ginossar bouleverse la classification traditionnelle en faisant de la propriété, le seul droit réel possible, situant celle-ci « au principe de tous les droits » (S. GINOSSAR, *Droit réel propriété et créance*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 112; aussi : S. GINOSSAR, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », (1962) 60 *Rev. trim. dr. civ.* 573). D'autres auteurs ont également critiqué la thèse classique au motif qu'elle n'englobe pas tous les droits privés (H. L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 7, p. 224; aussi : F. HAGE-CHAHINE, *supra*, note 8, p. 713). Pour une synthèse et une appréciation de ces critiques, voir F. HAGE-CHAHINE, *supra*, note 8, p. 710.

17. En vertu de cette opposabilité spéciale, le créancier échappe à la règle du concours et bénéficie du droit de suite (Art. 2016 C.C.B.C., comparé à l'art. 1981 C.C.B.C.). La doctrine mentionne généralement que l'hypothèque est un droit réel parce qu'elle accorde un droit de préférence et un droit de suite; voir par exemple, P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. IX, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p. 83; aussi, Y. CARON et S. BINETTE, « Des hypothèques », *R.D.*, Les sûretés, Montréal, Chambre des Notaires du Québec et Société québécoise d'information juridique, 1980, doctrine, document 1, p. 46. Des nuances ont cependant été suggérées par d'autres auteurs : « En ce qui concerne le droit de suite et le droit de préférence, particulièrement mis en évidence par la doctrine classique et érigés même pratiquement par elle en critère, une certaine mise au point est nécessaire. On peut à bon droit considérer que le droit de suite et le droit de préférence ne sont en définitive que la manifestation de l'opposabilité du droit réel au tiers. [...] l'opposabilité du droit personnel demeure différente : le droit réel peut être exercé contre tout tiers même de bonne foi. Son opposabilité s'intègre dans sa mise à exécution » (G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 6, p. 485). Voir aussi, G. RIPERT et J. BOULANGER, *supra*, note 11, n° 670, p. 294 : ces auteurs mentionnent que le droit de suite et le droit de préférence sont « des conséquences même de la nature du droit réel. C'est parce qu'il est un droit à opposabilité absolue que le titulaire a la certitude de triompher contre tout créancier ou tout détenteur ».
18. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *Traité de droit civil, du nantissement, des privilèges et hypothèques, de l'expropriation forcée*, t. II, 3^e éd., Paris, Librairie de la

donner lieu à la dislocation de ce faisceau, puisque la totalité des droits réels n'est alors « plus concentrée sur la tête du propriétaire »¹⁹. La propriété étant considérée comme le droit réel le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose, tout autre droit réel portant sur la même chose ne saurait être qu'un démembrement de la propriété²⁰. Pour appuyer leur qualification de l'hypothèque comme démembrement de la propriété, les auteurs mentionnent également les effets de l'hypothèque sur les attributs du droit de propriété²¹. L'hypothèque impliquerait particulièrement une restriction importante au *jus abutendi*, dans la mesure où le droit de disposition ne peut s'exercer que sujet à l'hypothèque. Par ailleurs, le propriétaire n'a plus le droit de détruire la chose, d'en diminuer la valeur ni d'en altérer la substance. À cause du droit de saisie spécifique sur l'immeuble et de la collation préférentielle, il y aurait une partie du *jus abutendi* qui serait détachée du droit de propriété et transférée au créancier.

Malgré toutes les démonstrations brièvement évoquées dans les paragraphes précédents, il faut reconnaître que le courant nettement majoritaire de la doctrine traditionnelle refuse de considérer l'hypothèque comme un démembrement du droit qu'elle grève²². En effet, la plupart des auteurs distinguent entre les droits réels principaux et les droits réels accessoires²³ :

société de recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 1906, p. 2; voir aussi: U. JORON, « Nature et effet de l'hypothèque », (1933-34) 36 *R. du N.* 145; E. BECQUE et A. WEILL, « Des hypothèques », *Jurisqueleur Notarial*, vol. II, Répertoire doctrinal, Paris, Éditions techniques, 1965, p. 56.

19. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 2; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. III, Paris, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1898, p. 451.
20. C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. XIII, 2^e éd. par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de P. Voirin, Paris, Rousseau & Cie, 1948, p. 310; voir aussi: A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *supra*, note 11, p. 18.
21. U. JORON, *supra*, note 18; L. GUILLOUARD, *supra*, note 19; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18; C. BEUDANT, *supra*, note 20.
22. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 17, p. 83; Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 46; L. BAUDOIN, *Le droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 932; J.-G. CARDINAL, « La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités », (1964-65) 67 *R. du N.* 271, p. 280; H. TURGEON, « Jurisprudence non contentieuse », (1933-34) 36 *R. du N.* 37, p. 42; H. TURGEON, « Nature de l'hypothèque », (1934-35) 37 *R. du N.* 418, p. 424; P. RAYNAUD et A. PIEDELIÈVRE, « Hypothèque conventionnelle », *Répertoire de droit civil*, t. IV, Encyclopédie Juridique Dalloz, 2^e éd., Paris, 1972, p. 3-4; E. BECQUE et A. WEILL, *supra*, note 18, n^o 17, p. 4; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, p. 376; H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, 4^e éd. par M. DE JUGLART, Paris, Montchrestien, 1974, 1^{er} vol., p. 232; M. DE JUGLART, *Cours de droit civil français*, t. I, 2^e vol., Paris, Montchrestien, 1974, p. 384.
23. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 3^e éd., Paris, Durand & Hachette, 1866, p. 353; Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 46; H. TURGEON « Jurisprudence », (1933-34) 36 *R. du N.* 276, p. 278; J.-G. CARDINAL, *supra*, note 22, p. 280; M. DE JUGLART,

En somme, ce qui intéresse le titulaire du droit, ce n'est pas le bien considéré en lui-même, mais sa valeur économique ; par là, il doit être distingué de ceux qui exercent un droit réel principal ou un droit réel démembré de la propriété.²⁴

Ils considèrent l'hypothèque comme un droit réel établi au second degré, donnant lieu à « une sorte de mise en gage » du droit réel principal, sans provoquer le « partage des attributs et des avantages qu'il confère »²⁵. L'hypothèque apparaît alors comme un droit réel accessoire²⁶, au motif surtout qu'elle n'accorde au créancier aucune des utilités ordinaires du droit de propriété, c'est-à-dire, selon la classification traditionnelle des attributs, le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*²⁷. Cette position donne à croire que l'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété ou un droit réel principal en raison de son statut de droit réel accessoire ; ou que la qualification de droit réel accessoire est incompatible avec celle de démembrement de la propriété. L'utilité didactique de la distinction entre droits réels principaux ou démembrements de la propriété et droits réels accessoires ne fait d'emblée aucun doute. Mais qu'en est-il en substance ?

Notons d'abord que les auteurs ne semblent pas s'entendre sur le sens même du terme démembrement²⁸. Pour bien percevoir la réalité, au-delà des

Cours de droit civil, t. I, 1^{er} vol., 10^e éd., Paris, Montchrestien, 1980, p. 99 ; A. WEILL, *Droit civil*, Les biens, Paris, Dalloz, 1969, p. 10 ; H.L. et H. MAZEAUD, *supra*, note 7, p. 219 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, Les biens et les obligations, Paris, P.U.F., 1967, p. 34 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *supra*, note 11, p. 55 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, Introduction générale, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 160.

24. M. DE JUGLART, *supra*, note 23, p. 99 ; voir aussi : J. CARBONNIER, *supra*, note 23, p. 34 ; A. WEILL, *supra*, note 23, p. 10 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *supra*, note 23, p. 160 ; J. DABIN, *supra*, note 12, p. 179 ; M. CHAUVEAU, *supra*, note 8, p. 594.

25. M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 376.

26. Voir à ce sujet la démonstration des juges Beetz et de Grandpré, dans *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty Ltd*, [1978] 1 R.C.S. 819.

27. Art. 2053 C.C.B.C. ; le propriétaire conserve la possession de la chose et son droit aux fruits ; concernant le *jus abutendi*, c'est l'autorité judiciaire qui exécute l'obligation du débiteur à sa place et à cette fin, vend l'immeuble en justice. L'exercice du *jus abutendi* n'est donc pas le fait du créancier ; la saisie pourrait d'ailleurs être pratiquée à la demande d'un créancier ordinaire.

28. Sur le sens du terme démembrement, voir J. DABIN, *supra*, note 15, p. 30, note 1 : selon cet auteur, l'interprétation du terme démembrement serait trop littérale si on le considérait comme « fractionnement de la propriété suivi d'une attribution au titulaire du droit "démembré" de la fraction ainsi prélevée sur le tout ». Voir cependant, H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1942, p. 163. Voir aussi, L. PAYETTE, « Fiduciaires pour obligataires, approvisionnement en gaz », (1981) 41 R. du B. 286, p. 289 ; « [...] Pour ce qui est de l'hypothèque, toutefois, ce que le détenteur perd, le créancier ne le gagne pas : celui-ci n'acquiert pas le pouvoir de vendre. Dans le cas du fiduciaire, au contraire, les pouvoirs que la compagnie n'a plus, après défaut, passent entre les mains du fiduciaire. En ce sens on peut parler de démembrement : les attributs du droit de propriété perdus pour l'un sont acquis pour l'autre ». Voir aussi : F. FRENETTE, *De l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1983, p. 185.

termes ou catégories utilisés par le législateur, les tribunaux ou la doctrine, il ne faut surtout pas oublier que la constitution d'une hypothèque par un débiteur implique l'exercice d'un pouvoir que confère la propriété. Le débiteur tire ainsi profit de l'utilité économique que son droit lui procure, en escomptant auprès d'un tiers créancier la valeur de crédit de son bien. De son côté, le créancier détient effectivement sur le bien une emprise réelle qu'il exerce sans intermédiaire et qui lui permet de soutenir la valeur de sa créance. L'utilité économique détenue par le créancier sur le bien du débiteur procède d'un service dont le maître a tiré profit à partir de son *dominium*. La préférence du créancier émane forcément d'un pouvoir conféré par la propriété sur un bien. Il existe donc une relation de provenance inévitable et nécessaire entre le droit de propriété sur un bien et l'hypothèque constituée sur le même bien. Une fois cette relation comprise, sa qualification, comme démembrement de la propriété ou autrement prend une importance plutôt secondaire. Il ne convient pas d'ailleurs de remettre en cause, dans le cadre de cette étude, la distinction entre les droits réels principaux ou démembrements de la propriété et les droits réels accessoires. Il y a cependant lieu de noter que la justification principale de cette distinction tient plutôt au fait que le droit réel accessoire n'a d'existence que relié à une obligation principale dont il assure l'exécution. Ce type de droit réel n'a donc pas la capacité d'exister de façon autonome. Même en considérant cet aspect, on ne peut cependant s'empêcher de rappeler que la servitude, traditionnellement rangée parmi les droits réels principaux, n'a elle-même pas d'existence autonome puisqu'elle affecte nécessairement un bien en faveur d'un autre bien. Les classifications et autres constructions juridiques ne sont évidemment pas parfaites. Les catégories qui en émanent ont des frontières qui ne correspondent pas toujours à la réalité ou qui bousculent la relation logique entre les concepts et elles ne doivent surtout pas dissimuler irrémédiablement l'une et l'autre.

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser certaines conséquences pratiques de la distinction entre les droits réels accessoires et les droits réels principaux²⁹. Il faut par ailleurs noter que cette classification a servi d'argument

29. Ainsi, en raison du caractère particulier de l'hypothèque comme droit réel de garantie s'éteignant lors de la vente en justice (art. 2081-6 C.C.B.C.), les tribunaux ont refusé au créancier hypothécaire le recours de l'opposition à fin de charge. Voir : *Commercial Litho Plate Graining (1970) Ltée c. Imprimerie Cyr Ltée*, [1980] C.S. 1123; *Loiselle c. Poulin*, non rapportée, commentée par L. PAYETTE, « Licitacion forcée à charge de l'hypothèque garantissant une pension », (1979), 39 *R. du B.* 931; *Breton c. Jacques et al.*, [1972] R.P. 35; *Royal Bank of Canada c. Sheiner*, [1972] C.S. 750; *Union des Carrières et Pavages Ltée c. Bégin*, [1956] R.P. 234; *Gagné c. Caron*, (1940) 78 C.S. 442; *Lebrun c. Sévigny* (1912) 41 C.S. 140; *Fortin c. Simard*, (1901) 7 R. de J. 385; voir aussi : A. LAVALLÉE, « À qui est ouverte l'opposition à fin de charge » (1972) 32 *R. du B.* 24; P.Y. MARQUIS, « L'hypothèque judiciaire », (1973) 33 *R. du B.* 416, p. 418. Notons que le recours de l'opposition à fin de charge permet au détenteur d'un droit réel prioritaire à l'hypothèque d'éviter la purge de son droit en obligeant le saisissant à le mentionner au cahier des charges (art. 676 C.P.C.).

simplement minoritaire dans une décision assez récente de la Cour suprême³⁰. Certes, la majorité ne rejette pas la distinction traditionnelle entre droits réels principaux et accessoires, mais la conclusion de la Cour, principalement appuyée sur un motif de procédure³¹, permet à une hypothèque de survivre au décret, comme seuls le peuvent normalement les droits réels principaux. La cloison entre les droits réels accessoires et les principaux ne paraît donc pas aussi étanche qu'on avait tendance à le croire. Cela se vérifie d'autant plus que fréquemment, le débiteur donne surtout la propriété elle-même en garantie³², tout en conservant les utilités directes de la chose. Le créancier peut alors bénéficier de tous les attributs de la propriété lorsque survient un défaut. Dès lors que les droits réels dits principaux peuvent servir de garantie spécifique pour le paiement d'un créancier, il devient difficile de situer la distinction entre droits réels principaux et accessoires, dont la supposée opposition entre les démembrements de la propriété et les droits réels de garantie. Cette distinction traditionnelle n'est d'ailleurs pas à l'abri de tout reproche dans la mesure où elle impliquerait que la source des droits réels principaux se trouve dans la propriété alors que celle des droits réels accessoires se situerait ailleurs. En fait, il semble que les droits réels autres que la propriété proviennent tous de cette dernière. Ils procurent tantôt des services liés, au premier chef, à la jouissance matérielle du bien, tantôt des services liés à l'utilité économique du même bien, comprenant sa valeur de crédit.

Au sujet de l'utilité conférée par l'hypothèque au créancier, Mouly écrivait récemment :

Plus précisément encore, *l'hypothèque porte sur la contre-valeur en argent de ce droit [le droit grevé]. Cette description de l'hypothèque a quelque effet sur l'analyse traditionnelle du droit réel. Puisque la division du droit de propriété en usus, fructus abusus est insuffisante pour rendre compte de l'incidence d'une*

-
30. *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty Ltd*, [1978] 1 R.C.S. 819, p. 835. Les juges Beetz et De Grandpré, dissidents, annuleraient la vente en justice parce que l'hypothèque n'est pas une charge ou un droit qui peut être compris dans les conditions de la vente ; ces charges se limiteraient aux seuls droits réels principaux, « qui sont des démembrements de la propriété et se distinguent de l'hypothèque, droit réel accessoire ».
31. La majorité préfère protéger le principe de l'inviolabilité des ventes en justice ; l'appelante aurait pu s'opposer, avant la vente, selon l'article 677 C.P.C. ou demander le retranchement de l'hypothèque comme charge ou demander qu'il lui soit permis d'encherir en refusant la charge (p. 827).
32. Par exemple, c'est le cas de la clause de datation en paiement, de la vente avec réserve du droit de propriété jusqu'à paiement complet. Il en est ainsi, généralement, du transport de créance en garantie, le créancier pouvant conserver la créance en toute propriété d'après pacte comissoire stipulé au contrat. Notons également que selon *l'Avant-projet de la Loi sur les sûretés*, Éditeur officiel du Québec, 1986 le recours de la prise en paiement fait partie des droits conférés au cas de défaut par l'hypothèque elle-même. Voir art. 2918.

hypothèque, c'est qu'elle est incomplète. Il lui manque une dimension supplémentaire, à coloration économique, qui englobe l'utilité et la valeur des biens, donc leur intérêt en termes de crédit. Une telle description explique la définition de l'hypothèque.³³

[...] l'hypothèque retire au constituant la libre disposition de la valeur des droits qu'il a offerts en gage. En attribuant cette valeur au créancier hypothécaire, l'hypothèque emporte bien démembrement du droit grevé. Toutefois, pour bien rendre compte de ce démembrement, il faut procéder à une analyse du droit de propriété différente de l'analyse classique. Peut-être faudrait-il dégager la notion de valeur financière sur laquelle porte l'hypothèque, à côté de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus*? La définition du droit réel prendrait alors en compte la notion d'utilité des biens et son correspondant économique, la valeur. Le caractère réel de l'hypothèque s'en affirmerait d'autant plus.³⁴

Cette thèse présente un intérêt indéniable. Il est évident à prime abord, que le droit du créancier au cas de défaut s'exerce à même la contre-valeur monétaire de l'immeuble lors de la vente en justice. Il est de plus patent que la situation de ce créancier se trouve renforcée en raison de l'hypothèque qu'il détient. En raison de son droit de préférence lors de la distribution, il profite de la valeur économique ou valeur de crédit qui se rattachait au droit du constituant. Comme Mouly le signale lui-même cependant, il faut, pour voir dans l'hypothèque un démembrement résultant de l'attribution de la valeur économique au créancier, accepter de reconsidérer l'analyse traditionnelle et un peu trop brève qui a été souvent faite de la propriété.

1.3. Le déploiement impossible de la sûreté comme droit réel sur le bien d'autrui

Les considérations précédentes sur le caractère réel de la sûreté hypothécaire, si théoriques qu'elles aient semblé, permettent néanmoins d'entrevoir une conséquence fort importante pour la solution du problème de l'hypothèque de la chose d'autrui. L'hypothèque comme droit réel, comme relation directe entre le créancier et l'objet, ne peut se former tant que le patrimoine du constituant ne comprend pas le droit réel principal qui permet d'affecter le bien visé. L'hypothèque, droit de garantie, est encore incapable de se déployer effectivement tant que le bien affecté reste propriété d'autrui. Finalement, l'hypothèque, considérée comme dérivé de la propriété ou « démembrement » de celle-ci, émane du droit de propriété. Cela contribue à

33. C. MOULY, « Hypothèques, définition, caractères, effets », *Jurisclasseur Notarial*, Répertoire doctrinal, vol. 11, Hypothèque, Art. 2114 à 2117, Paris Éditions Techniques, 1981, p. 7. Ce point de vue semble approuvé par J. MESTRE, « Biens et droits susceptibles d'hypothèques », *Jurisclasseur Notarial*, Répertoire doctrinal, vol. II, Paris, Éd. Techniques, 1983, p. 3.

34. *Id.*, p. 18.

confirmer l'impossibilité de donner quelque substance à la sûreté hypothécaire tant que le constituant n'a pas obtenu son droit de propriété. Pour ces raisons, il est justifié, avant même d'envisager la question sous l'angle de la nullité contractuelle, de conclure à l'inefficacité de l'acte hypothécaire portant sur le bien d'autrui. Cette inefficacité de fait et l'inexistence de la sûreté suffisent pour fonder toute décision d'un tribunal qui, se rendant compte du défaut, empêche pareille affectation de nuire à quiconque.

L'hypothèque ne peut être opposable aux tiers si elle n'existe pas. Le tiers, même créancier chirographaire ne saurait encourir préjudice par suite de l'exercice d'une préférence qui ne s'est pas formée. Il peut s'opposer à la mise en œuvre de semblable priorité sans avoir à invoquer ou prouver la nullité du contrat hypothécaire. Pour neutraliser un simulacre d'hypothèque, point n'est besoin d'avoir voix au chapitre dans le circuit contractuel, ou d'attendre que la nullité du contrat hypothécaire soit demandée expressément ou de s'en remettre à une supposée nullité absolue qui puisse être soulevée par tout intéressé ou d'office par la Cour. Dès lors que l'existence de la sûreté n'est pas prouvée, le recours hypothécaire doit être rejeté, de la même façon par exemple que l'action pétitoire sera rejetée si le demandeur ne prouve pas son droit de propriété à la satisfaction du Tribunal. La saisie peut fort bien résulter d'un simple recours personnel contre le débiteur, que ce recours émane de l'action du créancier hypothécaire lui-même, d'un créancier chirographaire ou encore d'un autre créancier détenant hypothèque ou privilège. On voit alors que l'hypothèque constituée sur la chose d'autrui ne fait pas l'objet de procédures juridiques spécifiques et n'est pas à l'origine de la saisie du bien visé. Même dans ces cas, tout intéressé peut s'objecter à l'octroi d'une préférence à celui dont l'hypothèque ne provient pas du propriétaire. Cette contestation peut notamment être dirigée contre l'état de collocation, en vertu des articles 724 et suivants du *Code de procédure civile*. En pareilles circonstances, il y a tout lieu de croire que le créancier visé par la contestation devrait justifier de son droit à un rang préférentiel. Si l'hypothèque n'existe pas, aucune préférence ne sera accordée, sans que pour autant le contrat hypothécaire doive être déclaré nul³⁵. *La question de la nullité se situe sur un autre plan, celui de la sanction applicable à une relation contractuelle viciée.*

35. À ce sujet, il est intéressant de noter que les articles 703 et 704 du *Code de procédure civile* prévoient que le certificat du régistreur requis par le Shérif avant la préparation de l'état de collocation se limite aux privilèges, hypothèques ou autres charges enregistrés contre l'immeuble (art. 704 C.P.C.), ce qui n'inclut pas les actes translatifs de propriété. Le régistreur n'a pas à rechercher le droit de propriété du constituant, sauf lorsque le plan et le livre de renvoi ne sont pas en vigueur ou ont été mis en vigueur depuis moins de dix ans. Vu l'article 713 qui veut que le Shérif dresse l'état de collocation selon les droits de parties « tels qu'ils apparaissent au certificat du régistreur et aux autres pièces au dossier », il est tout à fait pensable que l'état de collocation attribue une préférence à celui qui aurait une

Pour mieux prévenir toute confusion entre la situation d'un droit réel de garantie resté dans le néant parce que privé de substance, et la notion de nullité contractuelle, il est intéressant de noter une différence entre le droit français et celui du Québec au sujet de l'exécution des droits du créancier hypothécaire. En France, l'acte hypothécaire, comme l'acte notarié en général, confère au créancier un titre exécutoire sans l'intervention des tribunaux³⁶. L'une des copies de l'acte notarié, appelée la grosse, porte la formule dite exécutoire et permet au créancier de s'adresser directement à un huissier pour pratiquer la saisie, pourvu évidemment que l'obligation soit liquide et exigible. Cette procédure, par ailleurs commode pour réduire les délais, les frais d'exécution et l'engorgement des instances judiciaires, peut expliquer au moins partiellement le fait qu'en France, le problème de l'hypothèque de la chose d'autrui soit constamment considéré sous l'angle de la nullité. En effet, si le débiteur ou un tiers ont exceptionnellement des motifs de mettre en doute la validité de l'hypothèque comme affectant le bien d'autrui, ils devront vraisemblablement prendre l'initiative d'un recours spécial contre l'hypothèque, ce qui entraînera possiblement le prononcé exprès de la nullité. On conçoit alors que l'analyse de la doctrine française au sujet de l'hypothèque de la chose d'autrui passe toujours par la sanction de la nullité, et cela d'autant plus qu'une autre disposition, l'article 2130 du *Code civil* y interdit l'hypothèque des biens à venir.

Au Québec, le créancier qui exerce ses droits hypothécaires doit se pourvoir en justice par le moyen de l'action hypothécaire, à laquelle il pourra joindre une conclusion personnelle contre le débiteur. À l'occasion de ces procédures, le demandeur doit faire la preuve de sa créance et de son hypothèque selon les règles ordinaires. Si la preuve s'avère insuffisante, soit à la face même du dossier, soit par suite d'objections soulevées par toute personne intéressée, le Tribunal est justifié de rejeter le recours hypothécaire, sans même que la nullité de la clause d'affectation ne soit demandée ou

hypothèque ne provenant pas du propriétaire. On peut trouver surprenant que l'article 713 se préoccupe des droits des parties selon le certificat du régistrateur et autres pièces au dossier, alors que l'article 705 ne requiert qu'un certificat des privilèges et hypothèques enregistrés contre l'immeuble. Cela veut dire que toute hypothèque inscrite contre l'immeuble, même celle n'émanant pas du propriétaire, se trouvera vraisemblablement inscrite à l'état de collocation, à moins que le Shérif ait au dossier un certificat de recherches ou une autre preuve établissant ce défaut. Dans ce dernier cas, vu l'article 713, le Shérif est certes justifié de ne pas porter une telle hypothèque sur l'état de collocation. Si le Shérif fait l'inscription à l'état de collocation, le recours en contestation (art. 724s.) est évidemment disponible aux intéressés.

36. Sur ce point, voir notamment : H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, 6^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1980, p. 476 ; H.L. et H. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol., 5^e éd. par M. DE JUGLART, Paris, Montchrestien, 1973, p. 910-911.

débatte directement. L'hypothèque ne peut pas voir jour ni se déployer et devenir efficace sur le bien d'autrui. Alors même qu'elle aurait été stipulée depuis longtemps, sans contestation du tiers propriétaire, la sûreté reste toujours dans le néant. Elle ne peut évidemment pas s'acquérir par prescription. En outre, le véritable propriétaire pourrait, sauf prescription acquise de la propriété à l'adjudicataire, invoquer son droit de propriété même après l'exécution du recours hypothécaire et vente par shérif³⁷. L'inexistence de la sûreté réelle sur le bien d'autrui se distingue cependant de la sanction qui affectera le contrat hypothécaire visant le bien d'autrui. L'impossibilité pour l'hypothèque de voir jour sur le bien d'autrui se répercute évidemment sur le processus contractuel.

2. L'affectation hypothécaire du bien d'autrui dans le régime contractuel

2.1. De l'accord des volontés à l'acte formaliste

Une distinction primordiale doit être avancée dès maintenant : l'affectation hypothécaire comme opération contractuelle se distingue de l'obligation garantie par la sûreté. Dans le cadre de cette étude, il importe de s'arrêter principalement à la clause d'affectation hypothécaire au sens strict. L'obligation et les autres clauses de garantie usuellement stipulées dans les actes hypothécaires, notamment les clauses de transport de loyers et de dation en paiement ne sont pas « de l'essence de l'hypothèque »³⁸. Lorsque l'hypothèque « naît de la convention »³⁹, son existence est liée à la formation d'un contrat constitutif d'hypothèque, selon les formalités prescrites par la Loi⁴⁰. Ce contrat est précédé d'une entente préalable et la formation effective d'une sûreté en faveur du créancier exige par ailleurs l'accord des deux parties.

2.1.1. Promesse d'hypothèque

L'article 2040 du *Code Civil* prévoit des règles de forme particulière pour l'hypothèque conventionnelle, en exigeant sous peine de nullité absolue, l'acte notarié portant minute. À cause de cette particularité, il y a toujours

37. R. VAILLANCOURT, « Examen des titres immobiliers », (1976) I C.P. du N. 97, p. 101 à 103 ; Y. DESJARDINS, « Le droit des parties dans les actes à titre onéreux », (1964) C.P. du N. 45, p. 56 ; J. GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, Sherbrooke, Les Éditions Quid Juris Inc., 1987, p. 117 à 119.

38. J. GAGNON, « Le transfert de la propriété comme garantie en droit anglais et en droit civil », (1982) 13 R.D.U.S. 1, p. 31 ; aussi : *Mercury c. Vanier*, [1976] C.A. 838.

39. Art. 2020 C.C.B.C.

40. Art. 2040 C.C.B.C.

décalage entre l'accord des volontés et la conclusion de l'acte formel. En effet, il est impensable qu'un propriétaire décide d'hypothéquer son immeuble sans qu'une entente préalable ne soit intervenue à ce sujet. Cette entente préalable, verbale ou écrite, est la promesse d'hypothèque.

La doctrine ne s'est pas attardée longuement sur ce type d'avant-contrat. Cela se comprend aisément, puisque l'application des règles du contrat hypothécaire n'est pas susceptible de requérir fréquemment l'exécution forcée d'un avant-contrat, contrairement à ce qui se produit en matière de vente. L'emprunteur qui veut toucher son prêt n'a en effet pas avantage à refuser l'octroi de la garantie convenue avec le créancier⁴¹. Il n'en reste pas moins que la promesse d'hypothèque est un contrat parfaitement valide⁴². Elle donne lieu à une obligation personnelle par le débiteur, en faveur du créancier, obligation de faire, en vertu de laquelle le débiteur doit consentir la garantie promise. Cette obligation reçoit une sanction judiciaire particulière. L'exécution forcée n'étant pas possible, le débiteur sera simplement condamné à consentir l'hypothèque ou à défaut de s'exécuter, aux dommages. Remarquons que le jugement ne saurait tenir lieu de titre constitutif de l'hypothèque, puisque celle-ci, lorsque conventionnelle, se forme par la signature de l'acte authentique. Cependant, s'il y a condamnation judiciaire au paiement de dommages ou au paiement immédiat de toute la dette, en vertu de la déchéance du terme, un tel jugement donnera lieu à l'hypothèque judiciaire s'il est procédé à l'enregistrement requis⁴³. On voit bien que la promesse d'hypothèque constitue une simple obligation personnelle pour le débiteur, contrairement à l'affectation hypothécaire qui a pour objet la constitution de la sûreté réelle. Le simple fait de la conclusion de l'acte formel établit évidemment entre les parties, l'existence de l'entente préalable. Le débiteur contrevient à son obligation aux termes de l'entente préalable, s'il arrive que l'hypothèque est privée d'existence en raison de son défaut d'obtenir un titre de propriété sur l'immeuble.

41. Dans le cas d'une hypothèque promise par un débiteur, en garantie d'un prêt conclu et déboursé antérieurement, le créancier pourrait avoir avantage à invoquer une promesse d'hypothèque.

42. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 17, p. 120; H. TURGEON, « Promesse d'hypothèque », (1953-54) 56 *R. du N.* 304; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. III, 7^e éd. par P. ESMIN et A. PONSARD, Paris, Librairie de la cour de cassation, 1968, p. 313-314; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *supra*, note 18, p. 527; M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 494; P. RAYNAUD et A. PIEDELIEVRE, *supra*, note 22, n^o 20, p. 2; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 2^e éd. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1957, p. 658.

43. Art. 2034, 2035, C.C.B.C. Pour ce qui concerne la déchéance du terme, il semble qu'on pourrait appliquer l'article 1092 du *Code civil*, concernant la diminution des garanties; si le terme est déchu pour simple diminution, à plus forte raison le sera-t-il si la garantie n'est pas fournie (H. DE PAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 664).

2.1.2. Acte unilatéral et consentement bilatéral

Pour l'hypothèque conventionnelle, l'accord des volontés entre les parties revêt une importance primordiale. Toutefois l'acte d'hypothèque est occasionnellement présenté comme un « contrat unilatéral puisque seul le constituant s'oblige »⁴⁴. Même si le créancier ne s'oblige pas aux termes de l'affectation hypothécaire, le consentement du créancier est requis pour que le contrat soit formé⁴⁵. Il n'est pas concevable qu'un droit réel soit constitué en faveur d'un tiers, sans que ce dernier ne donne son accord. L'acceptation du créancier est donc nécessaire, mais elle pourra être exprimée après la signature de l'acte, soit de façon expresse ou tacite⁴⁶. On a prétendu qu'un tel consentement donné ultérieurement par le créancier aurait un effet rétroactif à la date de l'acte signé par le constituant⁴⁷. Est-ce à dire que la sûreté hypothécaire, comme droit réel, existerait avant même l'accord des volontés ? Si l'hypothèque naît de la convention, elle ne peut avoir existé avant que la convention ne se forme, par la rencontre des consentements suivie de l'établissement d'un acte authentique comportant au moins la signature du constituant de l'hypothèque. Il semble particulièrement évident que les caractères essentiels du droit réel d'hypothèque s'opposent à ce qu'il lui soit attribué, en vertu de la rétroactivité, une existence antérieure à la mise en œuvre du mécanisme contractuel lui permettant de voir jour. La rétroactivité est une fiction juridique admise dans certains cas, notamment en matière de condition et son effet n'est jamais antérieur à la date du contrat. Cette fiction est inapte à établir l'existence d'un consentement avant qu'il n'ait effectivement été donné. À plus forte raison est-elle impuissante à engendrer une sûreté réelle qui ait existé avant la formation du contrat constitutif. Cependant, l'expression ultérieure du consentement par le créancier, de façon expresse ou

44. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 17, p. 112; voir aussi: *Lemay c. Cliche & Associés et un autre*, [1977] R.P. 279; *Forcier c. Lamarre*, [1944] B.R. 506, p. 511; Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 89 et p. 62; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 391.

45. B.P. MIGNAULT, *supra*, note 3, p. 112; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 391; AUBRY et RAU, *supra*, note 42, p. 266; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. II, Paris, Librairie de la Cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1897, p. 475.

46. *Lemay c. Cliche & Associés et un autre*, [1977] R.P. 270; *Forcier c. Lamarre*, *supra*, note 44; P.B. MIGNAULT, *supra*, note 17, p. 112; Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 62; S.C. RIOU, « Acte d'obligation et d'hypothèque passé en l'absence du créancier », (1899) 5 R.L. n.s. 7; G. BAUDRY-LACANTINERIE, et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 542; AUBRY et RAU, *supra*, note 42, p. 266; L. GUILLOUARD, *supra*, note 45, p. 475.

47. S.C. RIOU, *supra*, note 46, p. 12; AUBRY et RAU, *supra*, note 42, p. 266; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 452; L. GUILLOUARD, *supra*, note 45, p. 475.

tacite est susceptible de valoir comme preuve ou confirmation de son accord qui existait au temps de l'affectation par le constituant. Le consentement du créancier existe dès le départ mais il n'est alors exprimé que subséquemment.

Ces considérations font bien voir qu'il peut y avoir décalage entre l'accord des volontés, l'affectation hypothécaire formelle par le constituant et la manifestation du consentement du créancier. La règle de l'unité de temps ne s'impose pas pour la réunion de tous les éléments nécessaires à la création et au déploiement effectif de la sûreté hypothécaire. Doit-il cependant y avoir concomitance entre la conclusion de l'acte hypothécaire et la naissance de la sûreté ?

2.2. De l'affectation hypothécaire expresse à la formation de la sûreté

Pour étudier l'hypothèque de la chose d'autrui comme opération contractuelle, il importe d'abord de vérifier si l'acte constitutif d'hypothèque requiert, comme élément de formation, la naissance du droit réel au moment même de la conclusion du contrat⁴⁸. La question de la concomitance entre la formation du contrat hypothécaire et la naissance du droit réel accessoire est évidemment

48. La doctrine classe les contrats, par rapport à leur mode de formation, en contrats consensuels, solennels et réels (J. PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1979, p. 17; M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, P.U.L. 1975, p. 22; J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Montréal, P.U.M. 1970, p. 29). Au sujet du gage, un auteur a écrit ce qui suit : « D'après la doctrine classique, le gage est un contrat réel qui ne se forme que par tradition. La dépossession serait la condition nécessaire à la formation du contrat et à la naissance du droit réel de gage. Cette analyse n'est pas exacte : si le contrat ne se formait que par remise de la chose, le créancier n'aurait pas d'action personnelle pour que le débiteur lui remette le gage. Le gage est un contrat consensuel. Du moment que les deux parties sont d'accord sur la chose donnée en nantissement, rien ne s'oppose à ce que le contrat prenne immédiatement naissance. L'article 2076 du *Code civil* n'exige la remise de la chose que pour la formation du droit réel de gage. Il convient de distinguer contrat de gage et droit réel de gage. En effet, ce contrat ne donne cependant naissance qu'à des obligations, il ne donne pas par lui-même naissance au droit réel de gage. [...] Le contrat de gage ne suffit pas pour faire naître le droit réel de gage, ce dernier est subordonné à une tradition effective du meuble. C'est une dérogation au principe général posé par l'article 138 du *Code civil* selon lequel l'exécution de l'obligation de donner se trouve du seul fait de sa naissance immédiatement englobée dans son résultat et convertie en un droit réel » (J.F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 64).

Dans le cas de l'hypothèque, il ne s'agit pas de la remise de la chose elle-même, comme pour le gage ou le dépôt ; la chose reste en possession du propriétaire. C'est le droit réel de sûreté qui serait constitué et existerait, en faveur du créancier, par la conclusion du contrat. La question à résoudre reste la suivante : le droit réel doit-il nécessairement voir jour à l'instant même de la conclusion du contrat ?

pertinente pour la détermination de la sanction susceptible de frapper l'acte hypothécaire visant la chose d'autrui⁴⁹.

2.2.1. La concomitance non nécessaire entre l'affectation formelle et la naissance de l'hypothèque

Il a déjà été soutenu que tout contrat qui vise à constituer une hypothèque dont l'existence ne serait pas immédiate ne peut valoir comme acte d'affectation hypothécaire. Une telle entente donnerait lieu à une simple promesse d'hypothèque, de contenu obligationnel. La naissance et l'efficacité ultérieures de la sûreté nécessiteraient alors une nouvelle affectation⁵⁰. Cette exigence de l'effet immédiat, pour la formation même du contrat hypothécaire ne fait pas partie de notre droit. En France et en Belgique, elle dépend sans contredit de la prohibition formelle de l'hypothèque des biens à venir qui existe dans ces pays⁵¹. Le droit du Québec ne comporte pas cette prohibition. On ne saurait par ailleurs la déduire des termes de l'article 2042 du *Code civil* relatif à la spécialité. Ce principe signifie que l'immeuble doit être individualisé et décrit dans l'acte ; il interdit l'hypothèque conventionnelle générale, qu'elle soit de biens présents ou à venir. L'hypothèque d'une chose individualisée appartenant à autrui n'est pas prohibée par cette disposition. L'article 2129 par. 1 du *Code civil français*, instaurant la règle de la spécialité de l'affectation et correspondant à notre article 2042 a été édicté pour mettre fin au régime de l'hypothèque générale des biens présents et futurs qui existait dans l'ancien droit⁵². De plus, la naissance du droit réel en vertu d'une entente antérieurement

49. Si la formation du contrat exigeait la naissance du droit réel au même instant, cela indiquerait le caractère absolu de la nullité de l'acte hypothécaire portant sur le bien d'autrui, la naissance du droit réel étant alors considérée comme un élément d'existence du contrat. Voir *infra*, texte afférent aux notes 149 à 155.

50. Cette position est bien résumée par MM. H. DEPAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *supra*, note 42, p. 346, note infrapaginale n° 2 ; aussi, p. 347 et 380.

51. Art. 2130 C.C. fr. ; concernant le droit belge, voir H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 600, référant alors à l'article 78 de la Loi hypothécaire belge.

52. Au sujet de la spécialité, M. P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », (1954) 52 *Rev. Trim. dr. civ.*, 1, p. 14-15, écrit ce qui suit : « L'article 2129-1, a pour objet de poser le principe de la spécialité de l'hypothèque. Les mots "actuellement appartenant au débiteur" n'ont pas de valeur propre, mais seulement une valeur incidente [...] (Il réfère à Chanteaud, *Des sûretés réelles sur la chose d'autrui*, thèse, Paris, 1900, p. 51s.) : ils précisent que le principe de la spécialité ne s'applique qu'à l'hypothèque des biens présents, à l'exclusion de l'hypothèque des biens à venir dans les cas où elle est autorisée par les articles 2130 et 2131. [...] Il paraît donc excessif de tirer de l'article 2129-1, une prohibition de l'hypothèque de la chose d'autrui ; cette prohibition ne peut résulter que du paragraphe 2, qui prohibe l'hypothèque des biens à venir [...] ». Remarquons que les mots « actuellement appartenant au débiteur » en rapport avec le principe de la spécialité, n'existent pas dans le code québécois ; cela tend d'autant plus à confirmer que l'exigence de la spécialité

conclue est compatible avec la règle de la spécialité et avec les exigences de la publicité⁵³. L'article 2098 du *Code civil* ouvre nettement la porte à l'enregistrement d'une hypothèque avant le titre de propriété du constituant. Le régime hypothécaire comporte plusieurs cas où la source de l'hypothèque est mise en place avant le droit réel de garantie lui-même. Ainsi, dans le cas des hypothèques légale et judiciaire, le fait ou l'acte juridique initiateur de la sûreté est toujours antérieur au droit réel. Celui-ci ne peut exister et devenir efficace à moins que le débiteur ne devienne propriétaire d'un immeuble et après enregistrement d'un avis d'affectation. Il en est de même pour l'hypothèque constituée en vertu de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*⁵⁴. De plus, on permet la conclusion d'un acte d'hypothèque pour garantir une obligation qui n'existe pas encore et qui n'existera peut-être jamais. En effet, l'hypothèque pour un prêt avant le déboursé et l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit ne peuvent, comme droits accessoires d'une obligation, exister avant l'obligation elle-même⁵⁵. Malgré cela, le mécanisme contractuel qui donne naissance à l'hypothèque comme droit réel peut être mis en place même si la sûreté n'existera peut-être jamais, faute d'obligation à garantir. Cela est manifeste pour les stipulations d'hypothèque en garantie d'une ouverture de crédit rotatif. La garantie hypothécaire n'est pas structurée de

n'équivaut pas à l'interdiction de l'hypothèque des biens à venir, et encore moins, à l'interdiction de l'hypothèque des biens n'appartenant pas encore au constituant. (Notons que le deuxième paragraphe de l'article 2129 du *Code civil* français, prohibant alors l'hypothèque des biens à venir, fait maintenant partie de l'article 2130). Sur la spécialité, voir aussi : P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, Montréal, Thémis, 1984, p. 199-200 et 220.

53. Au sujet de la publicité, il est utile de référer aux commentaires suivants : « Il semble en effet que la condamnation portée par la jurisprudence et la doctrine contre l'hypothèque de l'immeuble d'autrui ait été surtout inspirée par l'importance de l'inscription en matière hypothécaire. [...] On peut s'étonner tout d'abord que les mêmes considérations n'aient pas été appliquées à la vente d'immeuble, qui fait aussi l'objet d'une publicité. Il est indispensable que le public puisse avoir foi dans les registres de transcription des ventes d'immeubles ; or cela n'empêche pas la jurisprudence d'admettre que la vente est frappée seulement d'une nullité relative, c'est-à-dire valable ou nulle à la discrétion de l'acheteur, et même qu'elle peut être validée si le vendeur devient ultérieurement propriétaire. [...] mais le principe demeure que l'inscription n'est pas une condition de validité dans les rapports entre les parties, et il n'est pas purement théorique. L'hypothèque, même non inscrite, peut produire certains effets [...]. Mais il n'est pas certain qu'une telle hypothèque (sur l'immeuble d'autrui) soit réfractaire à l'inscription [...]. S'agissant de l'hypothèque sur un immeuble d'autrui, l'inscription qui serait prise avant que le constituant devienne propriétaire ne se heurte pas à la règle de la spécialité, puisque l'immeuble est déjà déterminé » (P. GUIHO, *supra*, note 52, p. 16-17).
54. L.R.Q. 1977, c. P-16, art. 27s.
55. En France, l'article 2148 par. 4 permet l'hypothèque pour garantie de créances conditionnelles ou éventuelles ; au Québec, l'article 2046 prévoit que l'hypothèque peut être consentie pour quelqu'obligation que ce soit. Encore faut-il, normalement, que l'obligation existe avant que le droit réel puisse voir jour.

façon à voir nécessairement jour au moment de la formation du contrat constitutif. Au contraire, rien ne s'oppose, vu l'absence de prohibition légale, à ce qu'il y ait un délai entre la conclusion du contrat et la naissance de la sûreté.

À partir de ce qui précède, il est justifié de dégager un corollaire important : le constituant d'hypothèque et le créancier pourraient conclure l'acte d'affectation tout en convenant que l'existence de la sûreté sera différée dans le temps, notamment, jusqu'à ce que le constituant soit devenu propriétaire de l'immeuble.

2.2.2. Les droits du créancier avant le déploiement effectif de l'hypothèque

Il importe d'identifier les droits du créancier ayant conclu l'acte hypothécaire avant que le bien affecté n'appartienne au constituant. Il y a lieu de vérifier d'abord si une telle affectation ne serait pas un contrat produisant son effet à terme. Le terme se trouve, dans le *Code civil*, au titre « Des Obligations » et il est habituellement considéré comme rattaché à une obligation. Les contrats ont cependant pour effet, non seulement de créer des obligations, mais encore, de transférer ou constituer des droits réels⁵⁶. En conséquence, il ne fait aucun doute que le terme pourrait, du moins théoriquement, s'appliquer à la clause d'affectation hypothécaire. Il n'est évidemment pas probable qu'une telle hypothèse se réalise concrètement, puisqu'en matière hypothécaire, c'est plutôt l'obligation garantie qui est assortie d'un terme. En outre l'acquisition du droit de propriété n'est pas un événement certain qui puisse valoir comme terme de la constitution de la garantie. De par sa nature même comme événement futur et certain, le terme ne diffère pas l'existence de l'obligation ou du droit réel visés par le contrat mais il retarde plutôt l'exigibilité de l'obligation ou l'efficacité du droit réel⁵⁷. Ce mécanisme n'explique donc pas de façon satisfaisante la situation qui existe lorsqu'un débiteur hypothèque une chose avant d'en être propriétaire. Dans ce cas, ce n'est pas seulement l'efficacité de la sûreté qui est retardée mais son existence même. L'hypothèque n'existe pas car elle demeure privée de substance juridique tant que le constituant n'a pas le pouvoir d'hypothéquer le droit principal.

Il importe en outre de vérifier si la notion de condition ne rendrait pas compte adéquatement de l'affectation hypothécaire donnant lieu à une sûreté

56. Art. 1022 C.C.B.C.

57. Art. 1089 C.C.B.C. ; J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 48, p. 319 ; J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 200-201 ; M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 159.

dont l'existence même est retardée. Dans l'ancien droit, il était permis de stipuler une hypothèque à condition que le constituant devienne propriétaire de l'immeuble⁵⁸. Par ailleurs, les tribunaux ont déjà eu recours à cette notion de condition pour maintenir l'efficacité d'un acte hypothécaire stipulé sur un pont avant sa construction⁵⁹. Il paraît certain que l'acte hypothécaire, comme le titre constatant le droit réel principal, peut être assorti d'une condition⁶⁰. Encore faut-il cependant, pour qu'il y ait hypothèque conditionnelle, que l'acte hypothécaire soit formé et que tout soit en place pour la naissance et l'efficacité de la sûreté, alors que par ailleurs, l'opération serait suspendue par une condition. Tel n'est pas le cas pour la clause d'affectation hypothécaire visant la constitution d'une sûreté dans le futur. En effet, « l'hypothèque conditionnelle suppose dans le chef du constituant, un droit déjà né, mais dont la réalisation effective dépend d'un événement futur et incertain »⁶¹. De plus, le rôle de condition ne peut être tenu par tout genre d'événement futur et incertain : « [...] Il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat, si l'on peut dire, et que, par un lien artificiel, on a rattaché à la convention »⁶². Un élément de formation ou de perfection du contrat ne peut en même temps servir de condition à ce contrat. Ajoutons finalement que l'effet rétroactif prévu par la loi en matière de condition⁶³ est

58. R. J. POTHIER, *Œuvres*, t. IX, Éd. Bugnet, Paris, Plon, 1861, p. 438 ; C. DEMERS, *Traité de droit civil du Québec*, t. XIV, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1950, p. 247 ; J. BONNER, *An Essay on the Registry Laws of Lower Canada*, Québec, John Lovell, 1852, p. 90.

59. *Goulet c. Coco Island*, [1961] C.S. 402. La Cour fait également référence à l'hypothèque conditionnelle dans l'affaire *In re Richard : La prévoyance, cie d'assurances c. St-Georges*, J.E. 84-403, C.S. Mtl, 500-11-002068-832, 20-02-1984, p. 5.

60. Art. 2038, C.C.B.C.

61. H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 380-381.

62. R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèques où ils prennent naissance », (1905) 4 *Rev. trim. dr. civ.* 723, p. 725 ; voir aussi : S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », (1970) 68 *Rev. trim. dr. civ.* 441, p. 454 ; M. PLANIOL et G. RIPERT s'expriment comme suit : « Ainsi, il peut arriver que l'un des éléments essentiels au contrat n'existe pas ou soit incertain ; le contrat peut alors recevoir des désignations variables, contrat virtuel, et produire des effets différents selon les hypothèses. Pour distinguer ces hypothèses de celle du droit conditionnel, on doit parler de droit éventuel et considérer que la survenance de l'événement attendu ne produit pas d'effet rétroactif ». (voir G. RIPERT et M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Obligation, 2^e partie, avec le concours de P. ESMIN, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 372. Voir aussi : J.L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1983, p. 444 (L'auteur parle d'un événement extrinsèque) ; J. PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1979, p. 207. C'est donc à juste titre que des auteurs critiquent l'appellation « vente conditionnelle » pour la vente stipulée pour avoir effet translatif au paiement du prix (M. TANCELIN), *Théorie du droit des obligations*, Québec, P.U.L., 1975, p. 166 ; J. PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1979, p. 207).

63. Art. 1079 C.C.B.C.

nécessairement inapte à établir l'existence de la sûreté avant que le droit principal ne soit parvenu dans le patrimoine du constituant. *L'existence de la sûreté ne peut, en vertu de la rétroactivité, remonter à une époque précédant l'arrivée du droit principal dans le patrimoine du constituant*, pas plus qu'elle ne peut remonter à une époque où l'obligation garantie n'existait pas. La condition ne fournit donc pas l'explication de la cause d'affectation hypothécaire à effet différé qu'un promettant-acquéreur, par exemple, pourrait stipuler avant l'obtention de son titre de propriété.

Pour l'analyse d'une telle situation, il faut s'en remettre au principe fondamental de la liberté contractuelle et à l'absence de prohibition législative de l'hypothèque des biens à venir. Il est permis d'assortir la clause hypothécaire de toutes modalités non interdites par la loi ou non contraintes à l'ordre public. Il est donc légal de conclure une affectation hypothécaire visant à constituer une sûreté dont l'existence même sera différée, comme il est possible de passer des ententes relatives à des droits réels futurs⁶⁴. Bien que le droit réel de garantie n'existe pas immédiatement, cela n'empêche pas la convention de se former; et ce d'autant moins que la possibilité pour l'hypothèque de voir jour selon des modalités identiques au droit réel principal indique nettement que le contrat hypothécaire peut se former en vue de constituer une sûreté qui existera plus tard. En effet, les droits réels en général peuvent, en principe, naître un certain temps après la conclusion de la convention qui les constitue. Par exemple, il serait permis d'attribuer, d'avance, à l'acquéreur, le droit de propriété sur une maison à bâtir, quoique ce droit de propriété ne puisse exister avant son objet. De même, la constitution d'usufruit sur un bien qui n'appartient pas encore au constituant serait valide⁶⁵, l'usufruit existant alors à compter du jour où le constituant serait devenu propriétaire. Le cas de la servitude se rapproche encore plus de celui de l'hypothèque, puisqu'elle est un droit réel accessoire en faveur d'un droit principal ou contre celui-ci. Et pourtant, « rien n'empêche qu'on ne constitue valablement une servitude sur un héritage dont on n'est point encore propriétaire, pour le cas où on le deviendrait »⁶⁶.

Les éléments requis pour la conclusion du contrat d'hypothèque, c'est-à-dire les consentements, par des personnes capables, sur un immeuble correctement décrit, en suivant les formalités prescrites, peuvent donc être

64. Concernant les droits réels futurs, M. Jean DABIN, *supra*, note 12, p. 177, s'exprime comme suit : « De plus, le droit réel ne saurait porter que sur une chose actuellement existante ; si la chose n'est qu'à naître, le droit sur la chose n'est que futur, ce qui n'interdira d'ailleurs pas de prévoir des mesures de sauvegarde de ce droit réel futur ».

65. P. GUIHO, *supra*, note 52, p. 9.

66. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. II, 7^e éd. par P. ESMIN et A. PONSARD, Paris, Librairie de la cour de cassation, 1968, p. 249.

réunis en vue de créer une hypothèque qui existera dans l'avenir, lorsque le constituant sera devenu propriétaire ou titulaire du droit donné en garantie. Une telle convention ne produit pas d'effet contre le véritable propriétaire. Ce dernier n'a d'ailleurs pas raison de s'en plaindre car l'opération contractuelle visée ne défie pas son empire. *De plus, l'enregistrement de l'hypothèque avant celui du titre de propriété du constituant est permis par l'article 2098 du Code civil.* Le régime de la nullité ne s'applique pas dans ce cas, puisque la convention est valide.

Reste à savoir quels sont les droits et obligations des parties en vertu d'un tel contrat. Comme on l'a vu, le droit du créancier ne saurait être qualifié de droit soumis à un terme ou une condition. La qualification de statut du créancier devient alors plus délicate car elle recourt au concept de *droit éventuel* qui ne fait pas l'objet de disposition législative expresse⁶⁷ et qui n'a pas fréquemment attiré l'attention de la doctrine québécoise. La notion de *droit éventuel ou de droit virtuel* a été développée par la doctrine française⁶⁸. Ce concept désignerait la situation d'une personne qui détient plus qu'une simple expectative, mais dont le droit ne saurait être considéré comme assorti d'un terme ou d'une condition. Le droit conditionnel d'une part, réunit

67. Le chapitre troisième du livre « Des absents » du *Code civil* mentionne bien les « droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent », mais il ne s'agit ici que de simples éventualités ; voir M. OUELLETTE, *Droit des personnes et de la famille*, Montréal, Thémis, 1980, p. 51. L'article 658 du *Code civil* utilise également l'expression « droits éventuels » ; il s'agit encore de simples éventualités ou espérances.

68. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, Introduction générale à l'étude du droit, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972, p. 298 et les auteurs y cités ; en particulier, R. DEMOGUE, « Les droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », (1905) 4 *Rev. trim. dr. civ.* 723 ; cet auteur signale que l'hypothèque pour sûreté d'une créance future serait un droit éventuel (p. 734-735) et qu'il en serait ainsi pour l'hypothèque de la chose d'autrui (p. 738, 745-746). Voir aussi, M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 62 ; P. JESTAZ, *Droit*, t. III, Encyclopédie Juridique Dalloz, 2^e éd., Droit civil, Paris, Dalloz, V^o Droit, n^o 53, p. 7. Certains préfèrent traiter le droit éventuel comme une catégorie plus large, incluant celle des droits conditionnels ; voir H.L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., 5^e éd. par M. DE JUGLART, Paris, Montchrestrien, 1973, p. 973-974. Voir aussi : J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels*, Paris, Rousseau & Cie, 1955, p. 205-206, 246-247 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n^o 171, p. 253-254 ; cet auteur écrit ce qui suit : « Le droit éventuel est une notion d'origine récente, dont la théorie est encore à faire. Il diffère du droit conditionnel en ce sens que son sort dépend d'un événement futur *sans lequel son existence serait inconcevable*. L'événement ne se superpose pas au droit, comme la condition, mais constitue un de ses éléments intrinsèques, essentiels. Le droit ne devient actuel, ne sort ses effets que lorsque cet événement est acquis. Avant ce moment, il n'existe qu'à l'état virtuel, *éventuel*, quoique toutes les bases juridiques qui le constitueront soient déjà arrêtées dans l'acte. [...] »

La seule conséquence qu'on puisse déduire du droit éventuel est qu'il *opère sans rétroactivité* ; et c'est normal, puisque l'événement futur est un des éléments *essentiels* du droit. »

toutes les nécessités internes de son état, mais il est affecté d'une modalité extrinsèque qui en suspend l'existence. Quant au droit éventuel d'autre part, son existence même est retardée puisqu'il lui manque un élément essentiel. Il représente cependant pour son titulaire, plus qu'une espérance ou une simple expectative, car le créancier est investi d'un titre lui permettant de réclamer la perfection de son droit. Il semblerait approprié, notamment pour ne pas rendre conditionnel ce qui n'existe pas, de considérer comme droit simplement éventuel, par exemple, la propriété d'une chose à être fabriquée, l'hypothèque pour sûreté d'une créance future et celle qui est stipulée pour voir jour lorsque le constituant d'hypothèque sera investi du droit principal visé par la garantie. Dans ces cas, il ne s'agit évidemment pas d'un droit réel puisque pareille qualification implique l'existence d'un pouvoir direct actuel sur un bien au profit d'un titulaire. Où se trouve alors le droit du créancier et en quoi consiste-t-il? Le créancier a droit d'exiger que le débiteur lui procure la garantie visée par le contrat. L'affectation hypothécaire par acte formaliste est nécessairement précédée d'une entente préalable ou promesse d'hypothèque, entente selon laquelle les parties conviennent de la constitution d'hypothèque. Comme on l'a vu, cette entente préalable, à portée simplement obligationnelle, ne se confond pas avec la clause d'affectation qui elle, ne produit qu'un effet réel, savoir la constitution de la garantie. L'entente préalable implique cependant, pour le débiteur, l'obligation de créer la sûreté, correspondant au droit pour le créancier d'exiger sa formation. Une fois la propriété acquise par le débiteur, l'hypothèque naît immédiatement, sans qu'il ne soit besoin d'une nouvelle affectation. En vertu de la stipulation initiale, la garantie est donc restée éventuelle jusqu'à ce que le pouvoir manquant vienne aux mains du constituant. La nullité ne s'applique pas à l'affectation hypothécaire stipulée expressément pour produire son effet dans le futur. En pratique, cependant, très rares sont les cas où les parties précisent que l'affectation est stipulée pour avoir effet lorsque le constituant sera devenu propriétaire. Selon la technique la plus courante quand le crédit hypothécaire doit servir à l'acquisition d'un immeuble, l'acte d'affectation est signé et enregistré avant que le constituant n'ait obtenu son titre de propriété, et cela sans prévoir que l'affectation aurait effet seulement lorsque le constituant serait devenu propriétaire. Au contraire, il arrive plus fréquemment que l'emprunteur, dans l'acte hypothécaire, se déclare propriétaire de l'immeuble affecté, quoiqu'il n'ait pas encore obtenu son titre. Les parties sont informées de la situation et elles procèdent alors à une affectation dont l'effet, tacitement, est différé jusqu'au jour où le constituant sera propriétaire. En fait, il n'est nullement besoin que le constituant déclare être déjà propriétaire de l'immeuble au moment de la signature de l'acte, si tel n'est pas le cas. Il peut simplement relater qu'il deviendra propriétaire incessamment par l'emploi du déboursé hypothécaire.

Quant à la procédure voulant que le prêt hypothécaire obtenu pour l'achat d'un immeuble soit signé et enregistré avant l'acte d'acquisition, on pourra quelquefois la justifier en invoquant le transfert consensuel de la propriété en matière de vente, découlant des articles 1025 et 1472 du *Code civil*. Toutefois, ce transfert consensuel est très souvent paralysé par des clauses d'offre d'achat selon lesquelles le promettant-acquéreur ne devient propriétaire qu'au moment de la signature de l'acte d'acquisition. Dans un tel cas, la conclusion de l'affectation hypothécaire au préalable s'effectue sur le bien d'autrui. Il y a lieu d'expliquer la validité de cette opération, car des auteurs osent relater sans explication dans un ouvrage récent, une opinion selon laquelle cette procédure serait illégale⁶⁹. Fort heureusement, la jurisprudence comporte des indications voulant que cette démarche soit admissible dans le droit actuel⁷⁰. MM. Caron et Binette en expliquent par ailleurs la validité en invoquant « un élément de possession juridique » dans le cadre de l'article 2043⁷¹. Nous aurons l'occasion de discuter plus loin cet aspect de la question⁷². Pour l'instant, il convient de suggérer une explication théorique pour la validité d'un acte hypothécaire ainsi conclu. L'obligation principale du constituant, dont l'hypothèque est l'accessoire, ne prend naissance qu'au moment où les fonds empruntés sont déboursés à l'emprunteur. L'article 1777 du *Code civil* prévoit d'ailleurs que le prêt est un contrat réel, dans la mesure où sa perfection s'opère lors de la remise des choses prêtées à l'emprunteur⁷³. Dans le cas du prêt hypothécaire servant à l'acquisition de l'immeuble affecté, le déboursé s'effectue en faveur de l'emprunteur à l'occasion de la conclusion de l'acte d'acquisition. L'hypothèque existe donc, comme accessoire de l'obligation, seulement à partir de l'instant où celle-ci est devenue parfaite par le déboursement du prêt. Il n'y a donc plus d'hypothèque, sûreté réelle, dont on chercherait à soutenir la validité sur le bien d'autrui. Il y a simple décalage entre l'acte constitutif d'une part, et la naissance de la sûreté réelle d'autre part, ce qui est admissible, comme nous l'avons démontré auparavant⁷⁴.

69. J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, p. 76, 82; J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 112.

70. *Perreault c. Caisse Populaire de Farnham*, [1971] C.S. 737; dans cette cause, la validité de l'hypothèque a été reconnue même si l'acte a été signé avant l'obtention du titre par le constituant; ce dernier était toutefois en possession de l'immeuble lors de l'affectation et le juge semble influencé par l'article 2043. Voir aussi: *Richard (in re) La Prévoyance, Cie d'Assurances c. St-Georges*, J.E. 84-403; C.S. Montréal, 20-02-1984, 500-11-002068-832.

71. Y. CARON, et S. BINETTE, *supra*, note 20, p. 69, 70 et 71.

72. Voir *infra*, texte afférent aux notes 189 à 215.

73. Pour une application de cette règle, voir *Lantagne c. Caisse Populaire de Ville-Emard*, [1984] C.S. 1018.

74. Voir *supra*, texte afférent aux notes 50 à 55.

2.3. Le défaut de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui

L'acte hypothécaire est soumis à certaines dispositions spécifiques relatives au chapitre des hypothèques et aux règles ordinaires du processus contractuel en rapport avec la capacité, le consentement, l'objet et la cause. Pour la stipulation d'une hypothèque sur un immeuble particulier, ce dernier doit appartenir au constituant. Le législateur du Québec ne le prévoit pas expressément pour l'hypothèque conventionnelle⁷⁵. La situation est cependant différente en droit français. L'ancien article 2129 du *Code civil* français⁷⁶ stipulait que l'acte d'hypothèque doit déclarer « spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance [...] ». La doctrine voyait dans cette disposition un fondement législatif pour l'exigence d'un droit réel susceptible d'hypothèque dans le patrimoine du constituant au moment de la conclusion de l'acte⁷⁷. Le code actuel ne réfère plus à l'appartenance de l'immeuble au débiteur, mais la prohibition formelle de l'hypothèque des biens à venir, portée au premier paragraphe de l'article 2130 est toujours en vigueur. Les auteurs interprètent cette prohibition comme applicable à un bien déterminé n'appartenant pas au constituant, même s'il doit en faire l'acquisition sous peu⁷⁸. De cette prohibition découle directement le principe selon lequel le constituant doit être propriétaire de la chose qu'il prétend

75. Il en va autrement pour les hypothèques légale et judiciaire. Les articles 2026 et 2034 du Code civil précisent que ces hypothèques n'affectent « que les immeubles appartenant au débiteur et décrits dans un avis qui en requiert l'enregistrement [...] ». Les tribunaux ont d'ailleurs été fréquemment appelés à annuler l'enregistrement d'hypothèques légales ou judiciaires sur des immeubles n'appartenant pas au débiteur. Concernant l'hypothèque judiciaire : *Pratte c. Sa Majesté le Roi*, [1945] B.R. 240 ; *Imperial Oil Ltd. c. Cité de Laval* [1975] C.A. 602 ; *Massicotte c. Cie Jos. St-Onge Ltée* [1947] R.L. 506 ; *Jacques c. Lemay*, [1952] B.R. 52 ; Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 78. Concernant l'hypothèque légale : *Geoffrion c. Geoffrion*, [1945] C.S. 236.

76. Correspondant à l'article 2042 C.C.B.C., qui ne comporte cependant pas d'exigence expresse relative à l'appartenance de l'immeuble au débiteur.

77. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 407 ; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. II, Paris, Librairie de la Cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1897, p. 420 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. III, 7^e éd. par P. ESMEIN, Paris, Librairies Techniques, 1968, p. 300, note *infrap.* n° 2 ; F. LAURENT, *Droit civil français*, t. 30, Paris, Librairie A. Marescq, 1878, p. 432 ; C. BEUDANT, *supra*, note 20, p. 388 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 453. Pour une critique de cette interprétation, voir P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », (1954) 52 *Rev. Trim. dr. civ.* 1, p. 14.

78. M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 542 ; H.L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 22, p. 261 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. III, 1^{er} vol., Paris, Sirey, 1971, p. 105 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. III, d'après Planiol, Paris, L.G.D.J. 1958, p. 190 ; AUBRY et RAU, *supra*, note 42, p. 300. *Contra* : L. GUILLOUARD, *supra*, note 45, p. 421.

hypothéquer⁷⁹. Elle prendra d'ailleurs une importance primordiale pour déterminer la sanction qui frappe l'hypothèque de la chose d'autrui en droit français⁸⁰.

Au Québec, la loi n'exige pas expressément que le constituant soit propriétaire du bien qu'il prétend hypothéquer. De plus, il n'existe pas de prohibition formelle de l'hypothèque des biens à venir. Le principe de base est tout de même identique : seul le titulaire d'un droit peut affecter celui-ci d'une hypothèque par convention. La difficulté survient cependant lorsqu'il faut identifier les fondements du principe.

2.3.1. La capacité

L'article 2037 du Code civil exige que le constituant ait la capacité d'aliéner l'immeuble qu'il prétend hypothéquer. Il importe de rechercher très soigneusement la juste interprétation de l'article 2037, car certaines positions qui reçoivent à ce sujet des appuis marqués en jurisprudence et doctrine, doivent être sérieusement remises en question.

2.3.1.1. Capacité d'aliéner et propriété

Des auteurs voient dans l'article 2037 du *Code civil* la source de l'interdit pesant sur le contrat hypothécaire visant le bien d'autrui. Ils font alors de la

79. G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 78, p. 98 et 105 ; AUBRY et RAU, *supra*, note 42, p. 300 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité-Pratique de droit civil français*, t. XII, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1953, p. 453.

80. *Infra*, notes 118 et 119. Sur l'impossibilité d'hypothéquer le bien d'autrui, certains auteurs ajoutent que la prohibition existerait, même sans énoncé législatif exprès ; l'hypothèque, en raison de sa nature comme droit réel de garantie, ne pourrait être constituée que par le titulaire du droit visé. (Voir F. LAURENT, *Droit civil français*, t. 30, Paris, Marescq, 1878, p. 432 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *supra*, note 18, p. 407 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *supra*, note 79, p. 188 ; C. BEUDANT, *supra*, note 20, p. 388.). Pour la justification de cette prohibition, on a également invoqué l'article 2124 du Code civil français (correspondant à l'article 2037 C.C.B.C.). Cette disposition requiert la capacité d'aliéner pour constituer une hypothèque. La capacité d'aliéner étant alors considérée comme un attribut du droit de propriété, seul le propriétaire pourrait constituer une hypothèque sur un bien. (Voir F. LAURENT, *supra*, note 80, p. 432 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *supra*, note 18, p. 407 ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. XIV, 2^e éd. par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de P. Voirin, Les sûretés réelles et personnelles, Paris, Rousseau & Cie, Éditeurs, 1948, p. 180 ; C. BEAUDANT, *supra*, note 20, p. 388 ; L. GUILLOUARD, *supra*, note 45, p. 420 ; AUBRY et RAU, *supra*, note 42, p. 300 ; H. L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 22, p. 261). D'autres auteurs analysent cependant l'article 2124 sans y voir un appui législatif implicite à la nécessité d'un droit de propriété dans le patrimoine de celui qui veut constituer une hypothèque. (Voir G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 79, p. 101 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 435 et 453.)

propriété le premier indice de la capacité d'aliéner requise pour la constitution d'hypothèque selon cette disposition⁸¹. Cette tendance se retrouve de façon très nette en jurisprudence⁸². En effet, les tribunaux déduisent de l'article 2037 l'exigence législative d'un droit de propriété dans le patrimoine du constituant qui voudrait créer une hypothèque. La Cour y a même vu une prohibition emportant nullité en vertu de l'article 14 du *Code civil*⁸³. Le droit de propriété devient alors un élément de la capacité :

Il ne s'agit pas dans cet article, de la capacité générale de contracter, mais d'une capacité spéciale d'aliéner certains immeubles. Le premier élément de cette capacité est le droit de propriété. Celui qui hypothèque un immeuble doit en être d'abord propriétaire.⁸⁴

Cette interprétation de l'article 2037, avalisée par des hautes instances judiciaires soulève de sérieuses interrogations. La notion de capacité recouvre normalement la même réalité juridique, que le législateur y réfère en l'article 2037 du *Code civil* au titre des hypothèques ou en l'article 984 au chapitre des contrats. *Par ailleurs, le concept de la « capacité d'aliéner » s'intègre dans le cadre de la théorie générale de la capacité. En effet, le législateur exige la capacité d'aliéner ou la capacité de disposer, par opposition à la simple capacité de s'obliger, pour les actes susceptibles de produire des conséquences plus graves.* C'est ainsi, par rapport au mineur émancipé, que la distinction entre les actes de pure administration et les actes d'aliénation est particulièrement évidente⁸⁵. Il en est de même pour la personne dotée d'un conseil judiciaire⁸⁶.

L'interprétation de l'article 2037 à la lumière des règles générales relatives à la capacité suggère donc le constat suivant : la mention de la capacité d'aliéner dans cette disposition ne comporte pas exigence d'un droit de propriété dans le patrimoine du constituant. Elle vise plutôt à prescrire une norme plus sévère que la nécessité ordinaire de la capacité de contracter⁸⁷. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque la loi précise des règles spéciales de capacité pour d'autres contrats, notamment la donation⁸⁸, le cautionnement⁸⁹

81. C. DEMERS, *Traité de droit civil du Québec*, t. XIV, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1950, p. 233 ; W. de M. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 390 et 394 ; J.E. ROY, « L'hypothèque de la chose d'autrui », (1906-07) 9 *R. du N.* 214. Voir aussi en droit français, *supra*, note 80.

82. *Dame Simard c. Simard et Tremblay*, (1926) 41 B.R. 125, p. 129 ; *La Caisse Populaire de Roberval c. Roy*, [1969] B.R. 1040, p. 1041 ; *St-Pierre c. Noonan*, [1972] C.A. 343, p. 344.

83. L'arrêt *St-Pierre, id.*

84. *La Caisse Populaire de Roberval c. Roy*, *supra*, note 82, p. 1042.

85. Art. 319, 321 et 322 C.C.B.C.

86. Art. 351 C.C.B.C.

87. Art. 984 C.C.B.C.

88. Art. 761 C.C.B.C.

89. Art. 1938 C.C.B.C.

et la vente⁹⁰. On remarquera de plus que certains droits inaliénables, comme l'usage⁹¹, peuvent faire partie d'un patrimoine sans entraîner contre la personne du titulaire l'incapacité d'aliéner en général. À cause de la restriction qui lui est inhérente, c'est le droit comme tel qui confère moins de pouvoirs. De même, la propriété aux mains d'un incapable n'en reste pas moins susceptible d'aliénation et d'hypothèque selon certaines formalités spéciales⁹². La nécessité de la capacité d'aliéner réfère à l'aptitude du sujet à poser des actes de disposition sur ses biens. On ne devrait pas loger à cette enseigne, l'exigence d'un droit réel susceptible d'hypothèque dans le patrimoine de la personne qui prétend constituer cette sûreté.

La capacité spéciale requise en matière d'hypothèque peut se justifier aisément. L'hypothèque est un acte juridique important, « donnant le droit au créancier de faire vendre l'immeuble hypothéqué »⁹³ et « qui peut entraîner la perte totale du bien pour le débiteur [...] »⁹⁴. Cet acte permet au constituant d'hypothèque d'avoir accès, par anticipation, à une partie ou la totalité de la valeur économique de l'immeuble⁹⁵. L'hypothèque réserve, pour la sûreté du créancier, une partie de la valeur économique du bien affecté. La garantie hypothécaire permet par ailleurs au constituant de contracter des obligations plus considérables, tandis que l'affectation spécifique d'un immeuble vient restreindre son crédit futur⁹⁶. En outre, « la constitution d'un droit réel, même fragmentaire, sur un bien, implique la capacité d'aliéner »⁹⁷. Ces explications de l'article 2037 du *Code civil* paraissent bien fondées. Elles ont le mérite de ne pas confondre le droit de propriété avec l'aptitude légale d'une personne à le détenir ou l'exercer.

2.3.1.2. Capacité et pouvoir

Pourquoi alors les tribunaux et plusieurs auteurs ont-ils fondé sur cet article 2037 le principe fondamental selon lequel l'hypothèque peut être constituée sur un bien par son propriétaire seulement ? Il semble que l'explication doive être recherchée en marge d'une certaine confusion entre la notion de

90. Art. 1482 C.C.B.C.

91. Art. 494 C.C.B.C.

92. Par exemple : art. 343 et 297 C.C.B.C.

93. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 17, p. 113.

94. Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 82.

95. W. de M. MARLER, *supra*, note 81, p. 410 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. III, 1^{er} vol., Paris, Sirey, 1971, p. 101.

96. M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 435 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 446.

97. H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 607.

capacité et celle de pouvoir⁹⁸. La capacité est « l'aptitude qu'a une personne, étant donné son état, à jouir des droits privés et à les exercer »⁹⁹. Le sujet peut, par ailleurs, exercer son pouvoir sur un objet, dans la mesure où il détient un droit sur ce dernier. Ainsi, le droit de propriété accorde à son titulaire certains services dont il profite sur la chose, notamment la possibilité de l'utiliser, d'en disposer et de l'hypothéquer. Toutefois, la propriété n'accorde pas la capacité à son titulaire ; par exemple, celui-ci peut être légalement incapable de vendre l'objet qui lui appartient, à cause de la minorité ou de l'interdiction.

La confusion entre capacité et pouvoir est particulièrement évidente dans un jugement de la Cour d'appel¹⁰⁰. Celle-ci, traitant de l'article 2037, s'exprime comme suit : « Et cela s'entend non seulement de la capacité qui résulte du libre exercice de ses droits, mais encore de celle du droit de propriété »¹⁰¹. Comme si la propriété pouvait accorder la capacité à la personne. Sans la « possibilité légale de l'affectation hypothécaire en soi », à laquelle la Cour fait référence, en citant Aubry et Rau, une hypothèque ne pourrait être constituée. Il faut préciser que la possibilité légale de l'affectation hypothécaire ne résulte pas de la capacité d'aliéner, car celle-ci peut exister en l'absence de tout droit de propriété. La possibilité d'affectation hypothécaire est plutôt reliée à la notion de pouvoir. La propriété confère, parmi ses utilités, le pouvoir d'exploiter la valeur de crédit d'un bien. Sans propriété, il est évidemment impossible de bénéficier de quelque valeur de crédit que ce soit. Par ailleurs, ce service de la propriété ne profite qu'au maître, en vertu de l'exclusivité des utilités et pouvoirs que lui procure son droit¹⁰².

Il semble donc inapproprié d'interpréter l'article 2037 comme comportant interdiction d'hypothéquer le bien d'autrui¹⁰³. Plusieurs auteurs ont cependant

98. Concernant cette explication, voir : R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèques où ils prennent naissance », (1905) 4 *Rev. trim. dr. civ.* 723, p. 746 ; voir aussi : J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 70 : « Les pouvoirs se réfèrent non point à l'état des personnes mais aux biens sur lesquels celle-ci peut être amenée à agir » ; H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 604 à 607. Ces derniers définissent cependant le pouvoir comme étant l'aptitude à exercer les droits d'autrui ; cela peut être exact, mais n'interdit nullement de considérer que le droit réel principal confère sur la chose, des pouvoirs ou des utilités, comme Pineau le laisse croire. Même en considérant la capacité de 2037 comme étant celle d'exercice, il y aurait encore lieu de ne pas la confondre avec le pouvoir ou le service qu'un droit réel principal confère sur une chose.

99. J. PINEAU, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1979, p. 69 ; voir G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2^e vol., Les personnes, 2^e éd. Paris, Sirey, 1967, p. 846 ; M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, P.U.L., 1975, p. 30.

100. *Dame Simard c. Simard et Tremblay*, *supra*, note 82.

101. *Id.*, p. 129.

102. Art. 406 C.C.B.C.

103. S'il est interdit à quelqu'un d'hypothéquer l'immeuble du voisin, cela signifierait-il que la personne en question n'a pas la capacité d'aliéner ? L'énoncé de la question suffit à rendre une évidence encore plus frappante.

interprété correctement l'article 2037, en évitant de situer la source du pouvoir d'hypothéquer au niveau de la capacité de la personne ¹⁰⁴. Ce pouvoir provient clairement, à l'égard d'un immeuble particulier, du droit de propriété que la personne détient sur la chose.

Il est donc nécessaire, pour conclure un acte hypothécaire, qu'un droit réel susceptible d'hypothèque se trouve dans le patrimoine du constituant. La sanction de la contravention à ce principe de base dépend toutefois de son fondement. Si, comme la jurisprudence semble le laisser croire, ce principe résulte de l'article 2037 du Code civil, la dérogation à cette règle serait plutôt sanctionnée par la nullité relative, puisque les défauts de capacité sont généralement frappés par cette sanction. Il est toutefois impossible de se contenter de cette explication, car l'exigence de l'article 2037 sur la capacité est, comme nous l'avons démontré, étrangère à la nécessité d'un droit réel susceptible d'hypothèque dans le patrimoine du constituant. Aussi importe-t-il de rechercher plus avant le véritable fondement de cette nécessité.

2.3.2. L'objet

Dans le cadre de cette analyse de certains éléments de formation du contrat hypothécaire, il faut principalement s'arrêter à l'étude de l'objet du contrat. *Une distinction fondamentale s'impose dès l'abord entre l'objet du contrat de constitution hypothécaire et l'objet du droit réel d'hypothèque.* L'objet du droit réel est, comme on l'a vu, le droit immobilier principal qui se trouve dans le patrimoine du constituant et qui est affecté de la garantie. Il s'avérera que l'objet du contrat constitutif est l'opération juridique visée par la convention, soit la création de la sûreté.

2.3.2.1. Objet du contrat et objet de l'obligation

Selon l'article 984 du *Code civil*, un contrat ne saurait être valide sans quelque chose qui en soit l'objet ¹⁰⁵. Le législateur n'établit cependant pas la consistance spécifique de cette notion d'objet du contrat. Il se contente, à la suite de l'article 990, de référer aux dispositions traitant de l'objet des obligations. Cette technique implique-t-elle que la notion d'objet du contrat doive disparaître complètement derrière celle de l'objet des obligations ? Une

104. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 17, p. 113 ; L. BAUDOUIN, *supra*, note 22, p. 938 ; J. LEMAY et A. ROY « Les sûretés immobilières », (1981-82) *C.F.B.Q.*, vol. 10, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, p. 167 ; Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 81.

105. Le terme « chose » ne doit pas s'entendre au sens matériel ; l'objet du contrat n'est pas nécessairement une chose matérielle mais plutôt l'opération juridique envisagée par les parties.

telle confusion conduirait à un non-sens dans le cas des contrats qui, comme la constitution d'hypothèque, ont pour objet non de créer des obligations mais plutôt d'établir des droits réels. Des auteurs ¹⁰⁶ ont suggéré une analyse unique pour l'objet du contrat et l'objet de l'obligation. L'étude du contrat constitutif d'hypothèque commande cependant que l'on s'objecte à la confusion de la notion d'objet du contrat avec celle de l'objet des obligations. Le contrat d'affectation hypothécaire a nécessairement un objet, mais au sens strict, il n'a pas de contenu obligationnel, car il est juridiquement distinct de l'obligation. C'est plutôt la loi qui impose certaines obligations au débiteur et au tiers détenteur ¹⁰⁷, dans la mesure requise pour la préservation et l'exercice du droit réel de garantie. L'autonomie de la notion d'objet du contrat par rapport à celle d'objet de l'obligation s'impose donc de façon particulièrement évidente pour les contrats translatifs ou constitutifs de droits réels ¹⁰⁸. *L'objet du contrat serait « l'opération juridique principale que les parties avaient en vue et sur laquelle elles ont réalisé l'accord de volonté »* ¹⁰⁹, ou « l'ensemble des prestations prévues par le contrat [...] » ¹¹⁰.

2.3.2.2. Objet du contrat hypothécaire

Quant au contrat constitutif d'hypothèque, il procède habituellement d'ententes préalables, verbales ou écrites, qui peuvent donner lieu à une obligation, par le débiteur de constituer une hypothèque en faveur du créancier ; obligation qui, par ailleurs peut porter sur une chose future ¹¹¹. Le contrat hypothécaire étant un contrat solennel, il ne se conclut pas par le simple consentement des parties, mais requiert l'accomplissement de certaines formalités ¹¹². Lorsqu'il se forme, l'acte d'affectation doit, comme les autres, avoir quelque chose qui en soit l'objet ¹¹³. Cet objet est justement l'opération juridique envisagée par les parties. Il s'agit en l'espèce, de la création, actuelle ou éventuelle, en faveur du créancier, d'un droit réel de garantie sur un

106. P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. V, Montréal, Théoret, 1905, p. 392 : « [...] en indiquant ce qui peut être l'objet d'une obligation on fait voir nécessairement ce qui peut être l'objet d'un contrat ». J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 79 : le législateur aurait parlé « par ellipse de l'objet du contrat, mais il entendait traiter de l'objet de l'obligation, ce qu'il fait dans les articles 1058 à 1062 ».

107. Art. 2054, 2055 C.C.B.C., par exemple. Pour autant que le droit réel d'hypothèque est concerné, si le propriétaire n'est pas débiteur par rapport à l'obligation garantie, il s'avère que l'affectation ne pèse que contre le bien grevé.

108. G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 150.

109. J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, p. 123 ; voir aussi : J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 79.

110. M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 72.

111. Art. 1061 C.C.B.C.

112. Art. 2040 C.C.B.C.

113. Art. 982 C.C.B.C.

bien¹¹⁴. L'objet du contrat hypothécaire doit, par ailleurs, répondre à des critères qui sont identiques à ceux de l'objet de l'obligation¹¹⁵, comme c'est le cas pour les contrats en général. Particulièrement, l'opération visée par le contrat hypothécaire sera « une chose possible, qui ne soit ni prohibée par la loi, ni contraire aux bonnes mœurs »¹¹⁶.

C'est ainsi que l'objet du contrat d'affectation hypothécaire serait, par exemple, contraire à la loi si l'opération envisagée consistait en un pacte sur successions futures¹¹⁷. De même, en France, le contrat constitutif d'hypothèque sur une chose qui n'appartient pas au constituant est tenu comme ayant un objet illicite. En effet, on y considère comme un bien à venir, une chose déterminée qui ne se trouve pas dans le patrimoine du constituant, même s'il se propose de l'acquérir. En conséquence, l'opération tombe sous la prohibition expresse de l'hypothèque des biens à venir en droit français¹¹⁸. L'objet du contrat serait alors illicite¹¹⁹.

2.3.2.3. Impossibilité de l'objet du contrat hypothécaire visant le bien d'autrui

Le critère de la possibilité de l'objet du contrat revêt une importance particulière en rapport avec l'affectation hypothécaire du bien d'autrui. En effet, l'opération envisagée, c'est-à-dire la constitution d'un droit réel d'hypothèque n'est pas juridiquement possible si le constituant ne détient sur la chose aucun droit susceptible d'hypothèque¹²⁰. Cette impossibilité s'appuie sur plusieurs éléments. Mentionnons d'abord la règle *Nemo plus juris ad*

114. Art. 2016 C.C.B.C.

115. Voir, à la suite de l'art. 990 C.C.B.C., la référence au chapitre cinquième : De l'effet des obligations. (art. 1058s. C.C.B.C.).

116. Art. 1062 C.C.B.C. ; lorsqu'il s'agit de l'objet du contrat, le terme « chose » peut s'entendre au sens de l'opération juridique visée par les parties.

117. Art. 1061 C.C.B.C.

118. Art. 2130 C.C. fr. ; voir : G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 95, p. 68 et 105 ; H.L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 22, p. 267 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 453.

119. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 424 ; F. LAURENT, de son côté, parle plutôt de cause illicite (*supra*, note 80, p. 436). Il semble plutôt que le vice se situe au niveau de l'objet. « Selon la Cour de cassation, le contrat d'hypothèque de la chose d'autrui est entaché d'une nullité absolue comme manquant d'objet [...] car autrement, ajoute-t-elle, on pourrait arriver par une voie détournée à frauder la loi et à consentir l'hypothèque des biens à venir qu'elle interdit expressément » (S. TAHAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », (1970) 68 *Rev. trim. dr. civ.* 441, p. 461).

120. Notons que l'objet n'est pas illicite en droit québécois, puisque d'une part, il n'y a pas d'interdiction de l'hypothèque des biens à venir ; d'autre part, les contrats ne sont pas illicites au simple motif qu'ils ont pour objet une opération juridique qui se réalisera ultérieurement.

alium transferre potest quam ipse habet. La pertinence de cette règle ne fait aucun doute en matière de vente de la chose d'autrui. L'hypothèque se distingue évidemment de la vente, mais la règle demeure cependant utile. L'affectation d'un bien en garantie et son utilisation comme moyen de crédit font partie des utilités que le propriétaire peut tirer de son droit sur la chose. Personne ne peut bénéficier d'un pareil service sur l'objet, sans être titulaire du droit de propriété. La règle *Nemo plus (...)* interdit à une personne de transférer des droits qu'elle ne détient pas. Il s'ensuit nécessairement que la personne ne peut constituer un droit de garantie sur un bien qui ne lui appartient pas. Celui qui n'a pas la propriété d'une chose ne peut exercer les pouvoirs découlant de la maîtrise de ce bien.

L'impossibilité, comme opération contractuelle, de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui, est également reliée au principe de l'effet relatif des contrats. Si les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ¹²¹, ils ne peuvent évidemment pas donner lieu à une hypothèque sur le bien d'autrui et ainsi porter atteinte aux droits d'un tiers. La loi protège d'ailleurs spécialement la propriété. Elle accorde au propriétaire le bénéfice exclusif de ses utilités. Les contractants ne peuvent porter atteinte à la propriété d'autrui. Suivant ce principe, une hypothèque enregistrée sans droit, source de nuisance possible pour le propriétaire, peut être radiée judiciairement ¹²².

L'impossibilité de l'objet du contrat, en marge de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui apparaît de façon encore plus nette à la lumière des conséquences résultant du caractère réel de la sûreté envisagée. Nous avons établi ¹²³ que le droit réel de garantie ne peut exister sur le bien d'autrui. La création d'un tel droit est donc une opération juridiquement impossible. L'objet du contrat est vicié non seulement par les impossibilités matérielles mais également par celles de caractère juridique ¹²⁴. Il apparaît donc clairement que l'objet du contrat hypothécaire visant le bien d'autrui ne répond pas au critère de la possibilité prescrit par la loi. Il faudra analyser les conséquences de ce défaut par rapport à l'opération contractuelle qui était visée.

3. La nullité de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui

La nullité paraît s'imposer d'emblée en droit québécois comme solution au problème de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui. Il importe cependant de revoir la question de la nullité, afin d'en établir la justification exacte, d'en préciser le caractère et les conséquences.

121. Art. 1023 C.C.B.C.

122. Art. 805 C.P.C. ; W. de M. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 395.

123. *Supra*, partie I, titre C.

124. J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, p. 125.

3.1. Variations sur la nullité en doctrine et en jurisprudence

L'analyse du caractère de la nullité de l'hypothèque sur la chose d'autrui en droit québécois se heurte à certains écueils. D'une part, ce problème ne semble pas avoir été considéré à fond par la doctrine. D'autre part, la distinction ne semble pas très claire entre la nullité du contrat d'affectation hypothécaire et les conséquences que cette nullité entraînerait au niveau de l'existence du droit réel lui-même. Finalement les conclusions de la jurisprudence sur ce point ne sont pas toujours convaincantes.

3.1.1. Tendances favorables à la nullité absolue

Le droit français a largement contribué à l'émergence d'un fort courant d'opinions présupposant tacitement ou favorisant ouvertement la nullité absolue pour l'hypothèque de la chose d'autrui. L'influence française est particulièrement évidente dans un important jugement de la Cour d'Appel ¹²⁵. Commençons donc par rappeler très brièvement l'état du droit français sur cette question.

Le contrat constitutif d'hypothèque sur la chose d'autrui est sanctionné en France, depuis longtemps, par la nullité absolue. L'hypothèque d'un bien déterminé appartenant à autrui y est en effet considérée comme l'hypothèque d'un bien à venir ¹²⁶, laquelle est expressément prohibée par l'article 2130 du *Code Civil* français. L'hypothèque ne peut donc pas être validée si le constituant devient subséquemment propriétaire du bien affecté. De plus, la ratification par le véritable propriétaire ou la confirmation ne pourraient bonifier l'acte initial, mais vaudraient possiblement comme nouvelle constitution. Le recours en nullité est disponible à toute personne intéressée, y compris le constituant lui-même. Il s'agit d'une nullité d'ordre public, contrairement à la nullité de la vente de la chose d'autrui, relative quant à elle, parce que protectrice de l'acquéreur ¹²⁷. Cette sanction de nullité absolue élaborée par la doctrine et la jurisprudence a été critiquée ¹²⁸. De plus, cette

125. *Dame Simard c. Simard et Tremblay*, *supra*, note 82; c'est ce jugement qui donne le ton à la jurisprudence.

126. Voir les références mentionnées *supra*, notes 118 et 119.

127. G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 95, p. 97 et 105; H.L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 22, p. 261; AUBRY et RAU, *supra*, note 42, p. 300; C. BEUDANT, *supra*, note 80, p. 183; voir aussi: G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 421.

128. « La règle ne s'imposerait pas avec une nécessité logique [...] » (G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 95, p. 98); La distinction entre nullité relative pour la vente et nullité absolue pour l'hypothèque serait peu rationnelle en législation: M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 456. Pour des critiques systématiques, voir: S. TANAGHO, *supra*, note 62, P. GUIHO, *supra*, note 52; R. DEMOGUE, *supra*, note 62; L. GUILLOUARD, *supra*, note 45, p. 102.

solution est fondée sur une prohibition formelle qui n'existe pas en droit québécois¹²⁹. Il importait de rappeler cette divergence avant d'entreprendre l'examen de la doctrine et la jurisprudence du Québec.

Très tôt, plusieurs de nos auteurs ont analysé l'hypothèque de la chose d'autrui en concluant à la nullité absolue. Ainsi, J.E. Roy interprète l'article 2037 du *Code Civil* comme requérant un droit de propriété dans le patrimoine du constituant qui entend accorder une hypothèque. La dérogation à cette règle entraînerait la nullité absolue, sanction qui ne saurait être couverte par l'acquisition ultérieure¹³⁰.

Les tribunaux ont été saisis de la question. La Cour d'appel a été appelée à se prononcer directement sur un cas d'hypothèque constituée par une personne qui n'était pas propriétaire, notamment dans l'affaire *Simard c. Simard et Tremblay*¹³¹. À l'encontre de l'action en déclaration d'hypothèque, la défense invoquait la nullité de la sûreté, parce que stipulée au moment où le constituant avait déjà vendu l'immeuble. Le Tribunal s'appuie sur l'article 2037 du Code Civil. Il invoque la doctrine française et conclut à la nullité, tout en indiquant que celle-ci serait absolue. Selon le juge, la nullité absolue résulterait en France du texte de l'article 2124, identique à notre article 2137. Il faut rappeler ici que le caractère absolu de la nullité en droit français ne résulte pas de l'article 2124 mais plutôt de la prohibition de l'article 2130 (alors 2129)¹³². Le jugement rendu dans l'affaire *Simard* indique clairement la nullité de l'hypothèque mais les mentions qu'il comporte au sujet du caractère de la nullité sont sujettes à caution. Elles procèdent d'une compréhension incomplète de l'état du droit français et elles ne dégagent d'ailleurs pas très clairement le caractère absolu de cette nullité en droit québécois. En outre, elles ne paraissent pas nécessaires à la solution du litige¹³³.

Ce jugement de la Cour d'appel dans *Simard c. Simard et Tremblay* semble avoir incité C. Demers à conclure en la nullité absolue de l'hypothèque de la chose d'autrui¹³⁴. Par ailleurs, la Cour d'appel s'est prononcée de nouveau récemment. Dans la cause de *Caisse Populaire de Roberval c.*

129. En France, Colmet de Santerre et Guillaouard optaient pour la nullité relative ; en réplique, les tenants de la nullité absolue, se réclamant d'ailleurs de la jurisprudence, leur servent l'argument décisif de la prohibition légale de l'article 2129 (maintenant 2130) ; voir G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 423.

130. J.E. ROY, « L'hypothèque de la chose d'autrui », (1906-07) 9 *R. du N.* 214, p. 215.

131. *Dame Simard c. Simard et Tremblay*, *supra*, note 82.

132. Voir *supra*, notes 118 et 119.

133. Voir notre critique de l'application de l'article 2037, *supra*, texte afférent aux notes 81 à 104.

134. C. DEMERS, *Traité de droit civil du Québec*, t. XIV, Montréal, Wilson & Lafleur, 1950, p. 233.

Roy¹³⁵, la Cour s'appuyant sur l'article 2037 du *Code Civil* traitant de la capacité, dit que « le premier élément de cette capacité est le droit de propriété »¹³⁶. Le Tribunal ne se prononce cependant pas sur le caractère de la nullité. Ce jugement descend en droite ligne de l'arrêt précédent de la même cour dans la cause de *Simard c. Simard et Tremblay*. Les mêmes critiques doivent lui être adressées.

Par ailleurs, la Cour d'appel applique encore l'article 2037 dans l'affaire *St-Pierre c. Noonan*¹³⁷. Lors de la constitution de la seconde hypothèque, un jugement était déjà rendu, déclarant le premier créancier propriétaire de l'immeuble. Ce jugement n'était pas enregistré au moment de la création de la deuxième hypothèque. Cependant, l'enregistrement de l'acte constatant la première hypothèque révélait déjà la présence d'un transfert suspensif de la propriété par dation en paiement. C'était nettement un cas d'application de l'article 2038 du *Code Civil*¹³⁸. Il semble évident que la Cour, en s'appuyant sur l'article 2037, a invoqué la mauvaise disposition en espèce. Au lieu de s'en remettre à la solution clairement édictée par la loi, notamment l'article 2038, elle a référé au précédent d'une cause antérieure.

La doctrine récente a considéré la question de la nullité de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui. Ainsi, MM. Caron et Binette ne caractérisent pas directement la nullité mais ils notent que « les règles propres aux hypothèques ne semblent pas aussi libérales que celles qui régissent les autres contrats »¹³⁹. Ils ajoutent que l'hypothèque est nulle et sans effet lorsque le bien n'appartient pas au constituant ou que celui-ci n'y détient aucun droit¹⁴⁰. L'hypothèque d'un immeuble que le constituant se propose d'acquérir serait valable, « en vertu d'un élément de possession juridique qui permettrait de se raccrocher à l'article 2043 du *Code Civil* »¹⁴¹. Les mêmes auteurs soutiennent que l'hypothèque consentie par un constituant non propriétaire et qui n'est pas en train de le devenir ne serait pas valable, bien que le constituant vienne subséquemment à obtenir son titre. Cette conclusion présuppose la nullité absolue de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui. On notera encore une opinion récente selon laquelle l'hypothèque de la chose d'autrui est frappée, en principe, de nullité absolue, encore que la règle de la

135. [1969] B.R. 1040.

136. *Caisse Populaire de Roberval c. Roy*, [1969] B.R. 1040, p. 1042.

137. [1972] C.A. 343.

138. *Rousseau c. Les Placements de l'Argentenaye*, [1974] C.S. 61 ; *Caisse Populaire de Scott c. Guillemette*, [1962] B.R. 293 ; voir aussi : *Brissette c. Thode*, [1971] C.S. 644.

139. Y. CARON et S. BINETTE, note 17, p. 68.

140. *Id.*, p. 70.

141. Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 70.

nullité relative ne soit pas à écarter au Québec¹⁴². Finalement, deux auteurs viennent tout juste de relater dans leur ouvrage, sans commentaires, une opinion selon laquelle : « [...] it is illegal to create a hypothec on an immovable which the grantor undertakes to acquire [...] »¹⁴³. Si une telle position devait être tenue pour conforme à l'état de notre droit, de très nombreuses hypothèques consenties pour financer l'acquisition d'immeubles seraient nulles parce que signées et enregistrées avant l'obtention d'un titre de propriété par le constituant.

3.1.2. Tendances favorables à la nullité relative

Fort heureusement la sanction de la nullité simplement relative n'est pas à écarter pour l'affectation hypothécaire de la chose d'autrui. En effet, le caractère relatif de la nullité est affirmé expressément ou admis tacitement par quelques auteurs, non les moindres, et par une certaine jurisprudence, d'une façon encore trop timide cependant. Dès 1896, un auteur prétendait qu'il était possible d'hypothéquer l'immeuble d'autrui, sous la condition d'en devenir propriétaire¹⁴⁴. Les positions adoptées par Mignault et Marler sont les plus significatives. Mignault¹⁴⁵ se livre à une considération plus spécifique au droit de la province de Québec. Selon lui, la nullité serait plutôt relative et il s'appuie sur l'article 2043 du *Code Civil* pour suggérer la position

142. P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, Montréal, Thémis, 1984, p. 199-200 : « L'hypothèque de la chose d'autrui est frappée de nullité absolue ; elle est radicalement nulle, *ab initio*. Selon la doctrine française, cette solution s'impose car l'hypothèque ne peut pas affecter des biens futurs. La jurisprudence québécoise s'est également prononcée en ce sens (*Simard c. Simard et Tremblay*, *supra*, note 82).

Toutefois, au Québec, la nullité relative de l'hypothèque de la chose d'autrui n'est pas à écarter car les choses futures peuvent être l'objet d'obligations (art. 1061 C.C.B.C.). De plus, la vente de la chose d'autrui est valide si le vendeur en devient propriétaire par la suite (Art. 1488 C.C.B.C.), et, enfin, la solution française se fonde sur des textes qui n'existent pas en droit québécois ».

Et le même auteur d'ajouter, un peu plus loin : « L'hypothèque sur les biens à venir est interdite. Cette règle découle de la spécialité de l'hypothèque (Art. 2042 C.C.B.C.) comme de certains principes fondamentaux du régime hypothécaire... » (p. 220). Notons qu'il n'est pas certain que la spécialité s'oppose à l'affectation d'un bien futur qui soit individualisé et décrit selon l'article 2042. Par ailleurs, il faut encore rappeler que la solution française de la nullité absolue se fonde sur la prohibition formelle d'hypothéquer les biens à venir exprimée en l'article 2130 du *Code civil français*. Cette prohibition n'a pas été reprise par le Législateur d'ici, même s'il s'est largement inspiré du droit français pour l'élaboration du titre « Des privilèges et hypothèques » dans le Code civil du Bas Canada.

143. L. SARNA et A. NEUDORFER, *The Law of Hypothecs in Québec*, Montréal, Jewel Publications, 1987, p. 15.

144. H. GERVAIS, « Des personnes capables d'hypothéquer », (1896) 2 *R.L. n.s.* 76, p. 102.

145. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 17, p. 117.

suivante : l'hypothèque du bien d'autrui est valide si le constituant devient subséquemment propriétaire de l'immeuble visé, sauf lorsqu'elle constitue un pacte sur succession future. La conclusion de Mignault est valable en substance, mais sa justification appuyée sur l'article 2043 soulève des doutes sérieux, comme nous le verrons plus loin.

De son côté, Marler opte encore pour la nullité relative. Il signale que la nullité absolue en France repose sur la prohibition de l'article 2129 (ancien). Cette prohibition, selon lui, serait tacitement exprimée en l'article 2037 du *Code Civil* québécois, mais l'hypothèque de la chose d'autrui serait tout de même validée par l'acquisition ultérieure du bien affecté, comme c'est le cas en matière de vente¹⁴⁶. Malgré son interprétation incorrecte de l'article 2037, Marler réussit quand même à suggérer une conclusion valable, celle de la validation de l'hypothèque par l'acquisition ultérieure d'un droit de propriété par le constituant. Notons encore l'opinion de MM Lemay et Roy selon laquelle l'hypothèque consentie sur la propriété d'autrui est valable si le constituant devient ensuite propriétaire du bien affecté¹⁴⁷. Finalement, il importe de mentionner que la position des tribunaux, jusqu'alors favorable à la nullité absolue, n'est pas nécessairement irréversible. C'est ainsi que tout récemment, la Cour supérieure semble adhérer à la règle de la nullité relative en rappelant que « notre droit reconnaît la validité de l'hypothèque de la chose d'autrui, si le constituant acquiert subséquemment l'immeuble hypothéqué »¹⁴⁸.

Il ressort de cette brève revue de la doctrine et de la jurisprudence, que le caractère de la nullité de l'hypothèque sur la chose d'autrui n'est pas fixé de façon bien précise en droit québécois. La jurisprudence semble favoriser plutôt la nullité absolue, mais elle n'a pas élaboré de conclusion ferme à ce sujet. De son côté, la doctrine est partagée. Le problème de la nullité n'y est pas toujours envisagé selon l'optique bipartite traditionnelle. La doctrine étudie plutôt les conséquences de cette nullité particulièrement le sort de l'hypothèque au cas d'acquisition ultérieure par le constituant. Il faut donc rechercher le caractère de la nullité du contrat hypothécaire portant sur la

146. W. de M. MARLER, *supra*, note 122, p. 395.

147. J. LEMAY et A. ROY, « Les sûretés immobilières » (1981-82) *C.F.B.Q.*, vol. 10, Cowsansville, Les Éditions Yvon Blais, 157, p. 168.

148. *In re Richard : La Prévoyance, Cie d'Assurances c. St-Georges*, J.E. 84-404, C.S. Mtl, 500-11-002068-832, 20-02-1984, p. 3. Voir aussi : *Sigouin c. Éthier-Beauchamp*, [1978] C.A. 387; la Cour d'appel renverse le jugement de la Cour supérieure. Cette dernière avait nié tout effet à l'acte hypothécaire conclu par l'épouse commune en biens après dissolution de la communauté. Le motif principal du jugement de la Cour supérieure était la nullité absolue de l'acte hypothécaire. En cour d'appel, l'acte est considéré comme valable pour la demie indivise attribuée à l'épouse.

chose d'autrui afin de mieux analyser ensuite la question de la consolidation par l'acquisition ultérieure du bien affecté.

3.2. La nullité relative expliquée par la nature du défaut contractuel en cause

L'analyse du problème crucial de la consolidation de l'hypothèque par acquisition ultérieure du bien affecté exige au préalable que le caractère de la nullité soit établi. La nullité absolue se distingue de la nullité relative, notamment par le fait que rien ne peut la couvrir. Il importe donc de faire un bref rappel de la théorie des nullités contractuelles et de vérifier à la lumière de cette théorie quel serait le caractère de la nullité de l'hypothèque du bien d'autrui.

3.2.1. Rappel de la théorie des nullités contractuelles

Le Législateur ne décrète aucune nullité particulière pour le contrat d'hypothèque portant sur le bien d'autrui. Il se montre par ailleurs avare de précisions dans les règles relatives à la nullité des contrats en général. C'est ainsi que la nullité est envisagée, aux articles 1001 et 1002 du *Code Civil*, comme la sanction des contrats lésionnaires. Par ailleurs, l'article 1000 du *Code Civil*, prévoyant l'annulabilité des contrats entachés de vices de consentement, laisse entrevoir la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue.

Le droit québécois sur les nullités contractuelles s'inspire surtout de la théorie classique des nullités, élaborée par la doctrine française du dix-neuvième siècle. Reprise par Mignault¹⁴⁹ et Trudel¹⁵⁰, elle exerce une nette influence en jurisprudence¹⁵¹. *La thèse classique* repose essentiellement sur une distinction, au niveau de la gravité des défauts susceptibles d'entacher un contrat, entre la violation des conditions d'existence du contrat et la violation de ses conditions de validité¹⁵². Faute d'un élément nécessaire à sa formation,

149. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 106, p. 237.

150. *Traité du droit civil du Québec*, t. 7, par G. TRUDEL, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946, p. 153.

151. *Grégoire c. Heppel*, [1951] B.R. 229; *Hôtel Commercial de Bagotville c. Boily*, (1970) 11 C. de D. 815.

152. M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 87; voir aussi: J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 107; G. DURRY, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », (1961-62) XIV, *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1965, p. 615.

l'acte serait nul de nullité absolue¹⁵³, tandis que la violation d'une condition de validité entraînerait la sanction de nullité relative ou annulabilité.

L'opposition classique des actes nuls et des actes annulables invitait à considérer la nullité comme une qualité de l'acte envisagé en lui-même, comme organisme auquel pouvaient s'appliquer les idées de vie et de mort.¹⁵⁴

Cette théorie classique semble encore importante en droit québécois : « La doctrine et la jurisprudence québécoise connaissent la division bipartite qui consiste à distinguer la nullité absolue de relative, la nullité de l'annulabilité, et s'en tiennent de très près à la doctrine classique »¹⁵⁵.

Cette doctrine classique a cependant été remise en question de façon fondamentale en droit français¹⁵⁶ et elle soulève également des interrogations en droit québécois¹⁵⁷. La théorie moderne des nullités conserve la classification bipartite. Elle considère la nullité, non plus comme une qualité de l'acte lui-même, mais comme la sanction de la violation d'une règle de formation des actes juridiques¹⁵⁸. La nullité absolue ne serait pas plus grave que la nullité relative¹⁵⁹. La première se distinguerait de la deuxième, non par ses effets mais par ses conditions d'exercice seulement¹⁶⁰. Le caractère absolu ou relatif

-
153. Certains auteurs parlent d'inexistence, dans ce cas : G. TRUDEL, *supra*, note 150, p. 154 ; P.B. MIGNAULT, *supra*, note 149, p. 237 ; voir aussi : G. DURRY, *supra*, note 152, p. 616. Cependant, la distinction entre nullité absolue et inexistence « ne correspondrait à rien dans la réalité juridique concrète » (J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, p. 143) ; voir aussi : J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 106, note infrapaginale n° 1.
154. J. CHEVALIER, « Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil », (1961-62) XIV, *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1965, p. 514.
155. J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 107 ; voir aussi : P.B. MIGNAULT, *supra*, note 149, p. 235-236 ; G. TRUDEL, *supra*, note 150, p. 154-155 ; A. ROUTHIER, *Des causes de nullité des contrats*, Thèse, Université Laval, Québec, Charrier & Dugal Ltée, 1942, p. 25.
156. Voir par exemple : G. DURRY, *supra*, note 152 ; J. CHEVALIER, *supra*, note 154.
157. M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 87 : L'auteur signale que la distinction entre éléments d'existence et de validité d'un contrat ou d'une obligation n'a aucun fondement légal ; l'argument qu'on prétendrait tirer de l'article 1000 du *Code civil* n'aurait pas de portée pratique ; la persistance de la jurisprudence à suivre cette doctrine dépassée serait peut-être due à une influence de la common Law et de la distinction qu'on y fait entre contrat *void* et contrat *voidable*.
158. M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 88 ; J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, p. 141 : « La nullité peut se définir comme la sanction juridique qui s'attache au défaut du respect d'une condition de fond ou de forme essentielle à la formation valable du contrat ». Voir aussi : J. CHEVALIER, *supra*, note 154, p. 514 ; G. DURRY, *supra*, note 152, p. 612.
159. J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, n° 249, p. 142.
160. M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 88 : ces conditions concernent les personnes qui peuvent invoquer la nullité, la possibilité de confirmation et la prescription. Voir aussi : G. DURRY, *supra*, note 152, p. 163 : en théorie, que la nullité soit absolue ou relative, l'acte juridique nul ne devrait pas produire d'effets.

de la nullité serait donc déterminé par « la nature de la règle de droit violée »¹⁶¹, de sorte que la nullité serait absolue s'il s'agit d'une règle d'intérêt général et relative si la règle concerne l'intérêt particulier¹⁶².

Compte tenu de l'influence déterminante de la théorie classique et de l'orientation de la doctrine moderne en matière de nullités, il y a lieu, pour caractériser la nullité du contrat constitutif d'hypothèque sur la chose d'autrui, de vérifier d'abord si cette nullité dépend d'un *élément d'existence du contrat ou d'un élément de validité*. Ensuite, il importera de voir si la règle violée dans le cours d'un tel processus contractuel est relative à des *intérêts privés* ou si elle vise la sauvegarde de l'*intérêt public*.

3.2.2. Le caractère relatif de la nullité de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui

3.2.2.1. Élément d'existence ou élément de validité du contrat

En marge de l'impossibilité de l'objet du contrat, certains auteurs croient que le contrat constitutif d'hypothèque sur la chose d'autrui serait valide, notamment parce que l'impossibilité de son objet n'est pas absolue, mais simplement relative au constituant¹⁶³. Il s'impose de reconnaître, pour les contrats en général, que le défaut touchant la possibilité de l'objet fait obstacle à la validité de la convention, à condition que cette impossibilité ait un caractère absolu. Elle s'analyserait alors de façon objective au regard de l'opération envisagée. Si elle résulte simplement de l'absence de pouvoirs du stipulant, ou d'autres circonstances particulières à ce dernier, le contrat serait en principe valide¹⁶⁴. Il importe ici de faire appel aux règles spécifiques du contrat hypothécaire à l'état pur. Ce dernier, contrairement à la vente et à la plupart des autres contrats, n'a pas d'effet obligationnel. En matière d'obligation, le défaut de pouvoir qui résulte de l'absence de droit dans le patrimoine du stipulant ne l'empêche pas de s'engager. Ainsi l'engagement peut être conclu de façon à produire ses conséquences lors de la disparition du défaut de pouvoir. Il apparaît donc compréhensible en matière de simple

161. M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 88.

162. *Id.* ; voir aussi : *Martel c. Martel*, [1967] B.R. 805 (*obiter*) ; J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 48, n° 249, p. 142.

163. R. DEMOGUE, *supra*, note 62, p. 738 ; P. GUIHO, *supra*, note 52, p. 14 ; voir aussi : S. TANAGHO, *supra*, note 62, p. 449 ; ce dernier finit par suggérer que la nullité du contrat repose sur l'improbabilité de son objet (p. 463) ; parle-t-il ici, de la chose matérielle, objet du droit d'hypothèque, ou de l'opération juridique visée, objet du contrat ?

164. P.B. MIGNAULT, *supra*, note 149, p. 396 ; J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 81 ; J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 48, p. 125.

obligation, que le défaut de pouvoir ne rende pas l'opération impossible au sens de l'article 1062 du *Code civil*. La situation est cependant toute autre pour les contrats qui ont comme objet la constitution d'un droit réel. Dans ces cas, l'opération trouve sa consistance à partir de l'exercice d'un pouvoir résultat d'un droit réel principal. Ainsi, l'acte hypothécaire ne peut produire son effet réel si le constituant n'est pas propriétaire de la chose. Cela est clairement démontré par l'impossibilité d'enregistrer valablement un tel acte. Cet enregistrement serait susceptible de porter atteinte aux prérogatives du véritable propriétaire. Pour sa protection, ce dernier peut obtenir la radiation judiciaire par simple requête ¹⁶⁵ en se réclamant directement de l'opposabilité de son droit réel de propriété, sans avoir à demander la nullité de l'acte d'affectation.

Si d'une part, la publicité foncière est d'une importance primordiale en matière hypothécaire ¹⁶⁶, et d'autre part, si l'acte hypothécaire sur le bien d'autrui ne peut faire l'objet d'un enregistrement qui soit à l'abri de la radiation forcée en vertu de la loi même, il devient difficile de soutenir la validité pure et simple d'un tel contrat, sous prétexte que l'impossibilité de son objet n'aurait pas un caractère absolu. Par surcroît, la clause d'affectation hypothécaire au sens strict, sans contenu obligationnel, ne peut avoir de validité qu'au regard de son contenu réel. Il lui est justement impossible de produire tout effet réel dans les circonstances, car la sûreté réelle reste dans le néant tant que le constituant n'obtient pas le pouvoir d'affectation par l'acquisition d'un droit de propriété sur la chose. Il s'avère donc que les prescriptions générales relatives à la formation et à la validité des contrats, complétées par certaines exigences spécifiques au contrat hypothécaire permettent d'établir la conclusion suivante : la constitution d'hypothèque qui porte sur le bien d'autrui est un contrat dont l'objet est impossible. Cette impossibilité, bien que particulière au constituant, entache nécessairement la validité de la convention.

Au chapitre de la vente, la loi prévoit expressément la nullité comme sanction de la vente de la chose qui n'appartient pas au vendeur ¹⁶⁷; la nullité est alors fondée sur l'impossibilité d'exécution du contrat ¹⁶⁸. Il n'en est pas

165. Art. 805 C.P.C.; W. de M. MARLER, *supra*, note 122, p. 395.

166. Art. 2130 C.C.B.C.

167. Art. 1487 C.C.B.C.

168. M. POURCELET, *La vente*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 1980, p. 60; T. ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, Québec, P.U.L. 1978, p. 49; L.A. POULIOT, *Étude théorique et pratique sur la nullité de la vente de la chose d'autrui à l'égard des parties au contrat et des tiers*, Thèse, Université Laval, Québec, 1926, p. 6; A. BILODEAU « La vente de la chose d'autrui », (1954) *C. de D.* 34, p. 40. Ces auteurs semblent insister sur l'impossibilité juridique pour le vendeur de donner effet à la convention. Notons à ce sujet que la distinction entre l'effet d'un contrat et son objet peut être fort subtile : ainsi, l'article 1022

ainsi pour l'acte hypothécaire. Le législateur ne décrète pas expressément la nullité de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui. Malgré l'absence de règle formelle, la même sanction doit s'appliquer en vertu des prescriptions générales relatives à la formation des contrats.

Lorsqu'elle affecte le contrat hypothécaire portant sur la chose d'autrui, la nullité résulte d'un problème au niveau de l'objet du contrat. Les auteurs suggèrent que les défauts d'un contrat par rapport à son objet constituent des vices graves, susceptibles d'empêcher complètement la formation de la convention¹⁶⁹. Ainsi, il y aurait nullité absolue si la chose objet du droit réel visé n'existait pas. Un contrat visant à constituer une hypothèque sur une maison détruite par le feu serait nul de nullité absolue, comme manquant d'un élément essentiel à son existence. Un bien peut cependant exister tout en se trouvant dans le patrimoine d'autrui. De plus, les contrats peuvent avoir pour objet une opération juridique qui ne se réalise pas simultanément avec l'accord des volontés¹⁷⁰.

Dans le cas du contrat hypothécaire portant sur la chose d'autrui, l'existence de la chose ne peut être mise en doute. Ce bien peut même être identifié et décrit de façon à satisfaire la règle de la spécialité de l'affectation¹⁷¹. Le problème se situe au niveau de l'inaptitude du contrat à produire son effet spécifique et cela, en raison d'un défaut de pouvoir qui est particulier au constituant. Même si en général le défaut portant sur l'objet du contrat est susceptible d'en empêcher la formation, l'impossibilité caractérisant l'objet du contrat d'affectation hypothécaire sur la chose d'autrui ne revêt pas un caractère absolu, susceptible de rendre le contrat absolument nul¹⁷². Au contraire, cette impossibilité est rattachée aux circonstances entourant le constituant, notamment le défaut d'être propriétaire du bien affecté. Il ne s'agirait donc pas d'un cas de nullité absolue¹⁷³. *La règle de droit violée n'est*

C.C.B.C. mentionne que les contrats peuvent, en certains cas, avoir l'effet de transférer la propriété. Est-il alors permis de prétendre que le contrat hypothécaire a pour effet de constituer un droit réel de garantie? Certes et cet effet se réalise si le constituant est propriétaire. L'effet du contrat serait donc la réalisation concrète de l'opération que l'acte avait pour objet. L'effet peut se produire, soit en même temps que la conclusion de l'entente, soit ultérieurement.

169. J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 112; P.B. MIGNAULT, *supra*, note 149, p. 235.

170. Art. 1059 C.C.B.C.

171. Art. 2042 C.C.B.C.

172. *Supra*, texte afférent aux notes 111 à 124.

173. Si la nullité était absolue, on pourrait se demander comment un acte juridique informe, faute d'un élément essentiel à son existence, pourrait-il, même dans des cas exceptionnels, donner lieu à un droit réel de garantie efficace? Comme on le verra, l'hypothèque, comme droit réel, peut être valable sur la chose d'autrui, dans des cas d'exception. On répondra alors que l'effet de l'hypothèque provient de la loi; oui, mais la loi, sans l'acte constitutif, serait inapte à établir l'existence de l'hypothèque sur le bien d'autrui.

pas une condition d'existence du contrat, mais une condition de validité. La sanction indiquée selon la *théorie classique des nullités*, pour un tel défaut dans le processus contractuel, est la nullité relative. Cette nullité serait basée sur l'impossibilité de l'opération visée par la convention¹⁷⁴. À la lumière de la théorie classique des nullités, il est donc permis de conclure que le contrat d'affectation hypothécaire portant sur la chose d'autrui déroge, non aux conditions d'existence du contrat, mais à des prescriptions qui en régissent la validité. Par ailleurs, le contrat constitutif d'hypothèque ne requiert pas, pour sa validité, la naissance et l'efficacité immédiates du droit réel de garantie¹⁷⁵. Il s'ensuit que l'affectation hypothécaire portant sur le bien d'autrui est entachée de nullité relative.

3.2.2.2. Intérêts privés ou intérêt public en cause

Nous avons vu que la doctrine moderne des nullités distingue entre nullités absolues et relatives, selon que la règle de droit violée vise la protection de l'intérêt général ou la sauvegarde d'intérêts privés. Dans le cadre d'un dernier test au sujet du caractère de la nullité, il faut établir si les prescriptions violées par l'affectation hypothécaire du bien d'autrui concernent l'intérêt général ou si leur portée se limite à des intérêts privés.

En droit français, avant le 22 juillet 1867¹⁷⁶, la constitution d'hypothèque de mauvaise foi sur le bien d'autrui était considérée comme un délit civil, le *stellionat*, donnant lieu à la contrainte par corps, ou l'emprisonnement en matière civile. Le législateur signifiait clairement, dans la législation civile, un interdit rigoureux concernant ce type de convention, de sorte que le caractère d'ordre public des dispositions violées ne pouvait alors être mis en doute. La rigueur législative peut d'ailleurs se comprendre facilement à une époque où le mode de publicité des droits ne permettait pas encore aux tiers de connaître la situation hypothécaire d'un immeuble ; les représentations du propriétaire à ce sujet prenaient alors une importance capitale¹⁷⁷. Il ne faut donc pas

174. Selon P. GUIHO, le problème qui affecte l'hypothèque de la chose d'autrui, est simplement le défaut de pouvoir de disposition ; ce pouvoir de disposition serait logiquement, seulement une condition d'efficacité de l'acte. S'il fait défaut, l'acte resterait valable et capable de produire ses effets ultérieurement, si l'auteur acquiert la propriété de la chose (*supra*, note 52, p. 6). Pour R. DEMOGUE (*supra*, note 62, p. 746, l'acte devrait être valable tout en étant la source d'un droit éventuel).

175. *Supra*, texte afférent aux notes 50 à 55.

176. Art. 2059 C. Civ. fr. ; voir H.L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 22, p. 261.

177. Ce n'est qu'en 1855 que furent décrétées en France, les règles de la spécialité et de la publicité des hypothèques. Auparavant, le régime de l'hypothèque générale et clandestine prévalait. Voir H. GERVAIS, « Introduction historique et comparaison des divers systèmes hypothécaires », (1895) I *R.L. n.s.* 309, p. 314.

s'étonner de retrouver en France des tendances à rattacher à l'ordre public tout ce qui concerne le régime hypothécaire, tantôt au nom des intérêts généraux du crédit, tantôt en vertu du principe de la solennité du contrat hypothécaire¹⁷⁸. La nullité de l'acte d'hypothèque sur la chose d'autrui y est clairement considérée comme une nullité d'ordre public¹⁷⁹.

La situation législative à l'époque de la codification au Bas-Canada était bien différente de celle décrite en France. Le système de publicité des droits réels, inspiré du régime allemand, était en cours d'établissement depuis la proclamation de 1841¹⁸⁰, complétée par la loi de 1860 sur le cadastre¹⁸¹. Les codificateurs du Bas-Canada, bien qu'ayant inséré dans le *Code civil* certaines dispositions concernant l'emprisonnement en matière civile¹⁸², n'ont pas jugé opportun de faire de l'hypothèque de la chose d'autrui, même de mauvaise foi, un délit civil susceptible de donner lieu à la contrainte par corps. À cette première divergence, s'en ajoute une autre, déjà mentionnée, ayant trait à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. Notre code ne l'interdit point. La nécessaire relation entre les dispositions du régime hypothécaire et l'ordre public n'est donc plus aussi évidente. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de faire une analyse très poussée de cette question pour les fins de notre étude¹⁸³, car il est d'ores et déjà assuré que ce caractère d'ordre public, s'il existait, ne saurait être étendu à toutes les dispositions relatives à

178. Par exemple, F. LAURENT, *supra*, note 80, p. 436; voir aussi: G. RIPERT et J. BOULANGER, *supra*, note 80, p. 190.

179. *Supra*, note 127.

180. *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des titres aux terres, ténements et héritages, biens réels ou immobiliers et des charges et hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration sous certains rapports de la loi relativement à l'aliénation et l'hypothécaion des biens réels et des droits et intérêts acquis en iceux*. 4, Victoria, Ordonnances passées par le Gouverneur Général et le Conseil spécial pour les affaires de la Province du Canada, 1841, ch. 30.

181. *Acte concernant les bureaux d'enregistrement et les privilèges et hypothèques dans le Bas-Canada*, 23, Victoria, Statuts de la Province du Canada 1860, ch. 59.

182. Art. 2271 à 2277 C.C.B.C., abrogés le premier septembre 1897 (60, Victoria, ch. 50, art. 38); ces dispositions ont par la suite été introduites dans le *Code de procédure civile* (anciens articles 832s.); l'emprisonnement en matières civiles est aujourd'hui complètement supprimé (art. 1, C.P.C.).

183. MM. H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 360, sont d'avis que «le statut hypothécaire, envisagé dans son ensemble, se rattache à l'ordre public parce qu'il fixe, en matière immobilière, les bases fondamentales d'un ordre économique». D'une part, une disposition peut être d'ordre public, au sens large, tout en visant à la protection d'intérêts privés, comme c'est le cas en matière de protection des incapables; d'autre part, on a même soutenu que la violation d'une règle d'ordre public n'entraînerait pas nécessairement la nullité absolue: «Il serait donc inexact de dire que toute nullité sanctionnant une règle d'ordre public est absolue» (C. RENARD et E. VIEUJEAN, «La nullité, l'existence et l'annulabilité en droit civil belge», dans (1961-62), XIV, *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1965, p. 549).

l'hypothèque, puisque certaines règles peuvent faire l'objet de dérogation, par exemple, celle de l'indivisibilité.

Certes l'ordre public au sens de l'organisation sociale ou économique en général, est en jeu dans nombre de dispositions du régime hypothécaire. Celui-ci permet de déroger au principe du gage commun et de la contribution, lequel est étroitement relié à l'organisation économique de la société. Cependant, la simple nullité relative sanctionne la dérogation à d'autres règles de droit privé qui sont tout aussi fondamentales que les règles du régime hypothécaire pour la société en général. Par exemple, en matière de violation des règles de capacité, le caractère relatif de la nullité tient au fait que seul des intérêts privés sont en cause¹⁸⁴. Quant à l'affectation hypothécaire du bien d'autrui, elle porte atteinte au véritable propriétaire, au créancier détenant cette apparence de sûreté et peut-être aux créanciers du véritable propriétaire s'il en est. Plusieurs personnes sont affectées mais les intérêts brimés ont un caractère essentiellement privé¹⁸⁵, ce qui tend à confirmer la nullité simplement relative de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui. La solution de la nullité relative se concilie d'ailleurs fort bien avec notre démonstration antérieure établissant la possibilité de conclure l'acte hypothécaire en vue d'une sûreté dont la formation ne serait pas nécessairement concomitante à la conclusion de l'acte.

3.3. Les conséquences de la nullité relative

Nous avons jusqu'à maintenant présenté le problème de l'hypothèque de la chose d'autrui selon une analyse essentiellement dualiste, interdisant toute confusion entre l'hypothèque comme sûreté réelle et l'affectation hypothécaire comme contrat. Aussi n'est-il maintenant besoin que d'énoncer brièvement une conclusion qui s'impose d'emblée : la nullité relative comme sanction d'un défaut contractuel s'applique à l'affectation hypothécaire du bien d'autrui comme contrat et ne doit pas être associée à l'hypothèque en tant que droit réel. Face à l'hypothèque comme sûreté réelle, on se contentera de signaler qu'elle ne peut ni voir jour, ni se former, ni se déployer sur le bien d'autrui. Elle n'existe simplement pas sur le bien d'autrui. Pour la suite de

184. H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 361.

185. Nombre de prescriptions du régime hypothécaire sont instituées pour la protection des tiers, notamment les exigences de spécialité et de publicité ; il serait logique de prime abord « d'admettre que ce sont ces tiers seuls qui sont protégés, et par conséquent [...] que la nullité n'est que relative, et dégénère même, plus exactement en une simple inopposabilité » (H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 361). Même dans une juridiction où l'hypothèque des biens à venir est prohibée, l'ordre public ne serait pas en cause dans le cas de l'hypothèque portant sur la chose d'autrui ; il s'agirait toujours d'intérêts privés (H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 361).

notre étude, il faut plutôt, compte tenu du caractère relatif de la nullité, identifier les titulaires du droit de recours en nullité du contrat et examiner la possibilité de disparition du droit de recours.

3.3.1. Les titulaires du droit de recours

Du caractère relatif de la nullité du contrat hypothécaire affectant le bien d'autrui, il découle nécessairement certaines conséquences au niveau de l'exercice du recours en nullité¹⁸⁶. Vu que des intérêts essentiellement privés sont en cause, la protection de la règle de droit est disponible pour ceux dont les intérêts sont brimés par une telle affectation. D'abord et avant tout, le créancier du constituant, comme partie à l'acte vicié est fondé à demander la nullité. Il pourrait avoir intérêt, surtout dans les cas où l'absence de la garantie est évidente, à exercer les recours découlant de la nullité de cette affectation. Ces recours proviennent alors, soit des termes de l'obligation, soit de l'entente préalable dont il est maintenant en mesure de faire la preuve entre les parties. En particulier, il serait fondé à invoquer la déchéance du terme, éventuellement à se prévaloir de la clause pénale qui serait stipulée au contrat ou même à rechercher directement la caution ou exercer d'autres garanties sans avoir à discuter l'immeuble hypothéqué. On notera que la nullité de la clause d'affectation hypothécaire permettra évidemment au créancier de retenir le déboursé du prêt, en tout ou en partie, s'il se rend compte du vice avant d'avoir complété le déboursé des fonds.

Pour ce qui concerne le véritable propriétaire et ses créanciers, ordinaires ou garantis, qui s'attendent à ce que leur gage ne soit pas diminué en raison d'une cause de préférence qui n'existe pas, leur seul intérêt est de s'objecter à la reconnaissance et à la mise en œuvre du droit réel de garantie. Pour ce faire, ils invoqueront l'inopposabilité de l'affectation à leur égard. La nullité relative, sanction applicable entre les parties à la relation contractuelle viciée,

186. En France, la nullité absolue a comme conséquence que le recours peut être exercé par toute personne intéressée ; bien sûr, d'abord par le véritable propriétaire et ses ayants-cause, mais aussi par les créanciers chirographaires du constituant, par les tiers auxquels le constituant aurait vendu l'immeuble après en être devenu lui-même propriétaire. Ce qui peut paraître étonnant, le caractère radical de cette nullité implique qu'elle peut être invoquée par le constituant lui-même ou ses héritiers, bien que, depuis l'affectation, le constituant soit devenu propriétaire, et que le constituant ait été de mauvaise foi. Voir M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 455. Certains prétendent cependant que si le constituant était de mauvaise foi, il n'a pas de recours pour invoquer la nullité. Voir G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 62, p. 454. Il découle encore du caractère absolu de la nullité, que le contrat reste nul si le constituant vient à succéder au véritable propriétaire, ou s'il devient lui-même propriétaire. Voir M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 22, p. 45.

dégénère alors « plus exactement en une simple inopposabilité »¹⁸⁷. Au sens strict, il semble que le recours du créancier du constituant comme partie à l'acte de situe au niveau de la nullité de la convention. De leur côté, le véritable propriétaire et ses créanciers ne peuvent pas invoquer la nullité car ils sont en dehors du circuit contractuel et ils n'ont pas l'intérêt suffisant pour le faire. Vu l'inexistence de la sûreté visée, ils sont fondés à prétendre que l'affectation ne leur est pas opposable. Il est d'ailleurs permis au véritable propriétaire d'obtenir radiation judiciaire de l'enregistrement de l'affectation, sur simple preuve de son droit de propriété dans le cadre d'une requête en vertu de l'article 805 du *Code de procédure civile*. Ces distinctions entre nullité et inopposabilité, théoriquement exactes, ont peu de conséquences pratiques lorsqu'il s'agit d'une convention qui, comme la clause hypothécaire au sens strict, a pour seul effet de constituer un droit réel. Dès lors que la justice constate que la cause de préférence n'existe pas, n'est pas prouvée ou en ordonne la radiation, un tel constat profite évidemment au véritable propriétaire, à ses créanciers et à toute personne qui était susceptible de subir préjudice du maintien d'une telle sûreté, et cela, peu importe que la convention soit expressément déclarée nulle ou pas. Même si personne n'invoque la nullité du contrat au sens strict, le juge qui constate l'absence de garantie est justifié de rejeter le recours hypothécaire, sans avoir à s'appuyer sur la prétendue nullité absolue de l'hypothèque. Concrètement, la sanction judiciaire de l'affectation hypothécaire du bien d'autrui s'appuie le plus souvent sur l'inefficacité de la clause hypothécaire dans un tel cas et sur l'absence de toute sûreté. Le créancier qui a droit d'invoquer la nullité de l'acte hypothécaire au sens strict a rarement avantage à le faire. Quant aux tiers, ils ne peuvent se pourvoir en nullité, car leur intérêt se limite à s'objecter à la mise en œuvre d'une sûreté non déployée effectivement.

Finalement, le constituant ne peut pas exercer le recours en nullité. Selon les règles de la nullité relative, le recours est disponible seulement à la partie dont les intérêts sont brimés par l'affectation. C'est le cas pour la nullité relative de la vente de la chose d'autrui qui, parce que protectrice de l'acquéreur, ne peut pas être demandée par le vendeur¹⁸⁸. La solution est semblable en matière d'hypothèque de la chose d'autrui. Le recours en nullité n'existe pas en faveur du constituant lui-même. Ce serait d'ailleurs lui reconnaître le droit d'invoquer sa propre turpitude. Que le constituant ne soit pas devenu propriétaire du bien affecté ou qu'il finisse par le devenir, le

187. H. DEPAGE et R. DEKKERS, *supra*, note 42, p. 361. On se rappellera que la nullité absolue peut être invoquée par toute personne intéressée et pourrait même être soulevée d'office par le tribunal ; c'est la relation contractuelle qui est alors en cause et qui peut disparaître à la demande de tiers intéressés, malgré le principe de l'effet relatif des contrats.

188. M. POURCELET, *La vente*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 1980, p. 58.

recours en nullité ne lui est jamais disponible. Ce recours disparaît d'ailleurs complètement lorsque le constituant devient propriétaire de l'immeuble affecté. La sûreté existe à compter de cet instant et même les tiers ne peuvent plus prétendre que l'acte leur est inopposable.

3.3.2. La disparition du droit de recours

Le recours en nullité disparaît quand la cause de la nullité cesse d'exister, notamment lorsque le constituant devient propriétaire de l'immeuble affecté¹⁸⁹. Une brève démonstration est utile à ce sujet. Dans le cadre de la nullité relative ou annulabilité, l'acte demeure valable en principe et susceptible de produire des effets tant que l'annulation n'est pas prononcée¹⁹⁰. Par ailleurs l'acte est susceptible d'être confirmé lorsque la cause de nullité disparaît¹⁹¹. En matière d'hypothèque, le droit réel de garantie verrait jour, si la nullité de l'acte n'a pas été demandée en justice, quand le bien affecté se retrouve dans le patrimoine du constituant. Plusieurs auteurs québécois ont soutenu que l'acte d'hypothèque est validé lorsque le constituant devient propriétaire de l'immeuble¹⁹². Nous croyons devoir approuver cette tendance parce qu'elle tient mieux compte des effets de la différence entre le droit québécois et le droit français sur ce point¹⁹³. Cette opinion semble d'ailleurs approuvée par la Cour supérieure dans un jugement récent¹⁹⁴. Ajoutons en outre que la

189. La nullité étant fondée sur l'impossibilité de l'objet du contrat, le délai de prescription serait de trente ans (art. 2242 C.C.B.C.). Si on prenait pour acquis que la nullité se fonde sur l'erreur, le délai serait plutôt de dix ans (Art. 2258 C.C.B.C.). En réalité, face au véritable propriétaire, il y a toujours inopposabilité, peu importe le délai écoulé depuis la constitution; une hypothèque ne s'obtient pas par prescription. Qui donc pourrait souffrir de l'écoulement de la prescription du recours? Ce n'est certes pas le créancier qui aurait en général intérêt à se pourvoir en nullité; il n'est pas impensable cependant, face à l'inexistence de la sûreté, que le créancier veuille faire constater le défaut du constituant et exercer les droits que lui confère l'acte d'obligation, notamment pour remboursement du capital, des intérêts et même paiement de dommages, réclamation contre une caution et exécution d'autres garanties. S'il peut y avoir prescription dans un tel cas, c'est plutôt celle qui se rattache aux obligations du débiteur. De fait, il n'est pas facile de concevoir comment pourrait jouer en pratique la prescription du recours en nullité.

190. M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 86.

191. *Id.*, p. 88.

192. W. de MARLER, *supra*, note 122, p. 394; P.B. MIGNAULT, *supra*, note 17, p. 17; H. GERVAIS, *supra*, note 144, p. 103; J. LEMAY et A. ROY, *supra*, note 147, p. 168; voir aussi: L. BAUDOUIN, *supra*, note 22, p. 936.

193. La prohibition de l'hypothèque des biens à venir, cause de la nullité absolue en France, n'existe pas au Québec.

194. *Richard (in re): La Prévoyance, Cie d'Assurance c. St-Georges*, J.E. 84-403, C.S., Montréal, 500-11-002068-832, le 20-02-1984, p. 3: « Si ce n'était que de ce qui précède, (affectation hypothécaire avant obtention du titre) il faudrait rappeler que notre droit reconnaît la validité de l'hypothèque de la chose d'autrui, si le constituant acquiert subséquemment l'immeuble hypothéqué ».

clause d'affectation devient incontestable si le constituant est devenu propriétaire de l'immeuble hypothéqué avant que l'acte n'ait été attaqué en justice. Il convient ici de rappeler le principe applicable à la vente de la chose d'autrui, principe selon lequel la vente est valide si le vendeur devient propriétaire de la chose avant la signification de l'action en nullité intentée par l'acquéreur¹⁹⁵. Dans le cas de l'hypothèque, s'il advient que le créancier choisit de faire constater le vice en justice et de réclamer en conséquence le paiement complet de sa créance, il est logique de croire que le constituant n'est plus à temps pour faire disparaître le défaut par l'acquisition du droit grevé¹⁹⁶.

D'autres auteurs¹⁹⁷, par interprétation de l'article 2043 du *Code civil*, suggèrent plutôt que l'acquisition ultérieure régularise l'acte hypothécaire seulement lorsque le constituant était en possession de l'immeuble au moment de l'affectation. Selon eux, l'article 2043 permettrait, en vertu d'un élément de possession juridique, de valider l'acte d'hypothèque consenti par une personne qui ne possède pas l'immeuble physiquement, mais qui est en voie d'en devenir propriétaire¹⁹⁸. Au sujet de l'article 2043, deux significations sont possibles. Selon la première, la validation par acquisition ultérieure, proscrite en principe, se produirait par exception lorsque le constituant était en possession de l'immeuble lors de l'affectation. Selon la seconde explication, la régularisation de l'acte par acquisition subséquente serait permise en principe et donnerait naissance à la sûreté, à l'instant où le constituant devient propriétaire; en vertu de l'article 2043 et par exception à la règle générale, la sûreté pourrait exister avant l'arrivée du titre de propriété aux

195. M. POURCELET, *La vente*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 1980, p. 62; T. ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, Québec, P.U.L. 1978, p. 52.

196. En matière de vente de la chose d'autrui, il est admis que l'acquisition ultérieure par le vendeur ne valide la vente que si elle a lieu avant que l'acheteur n'ait intenté l'action en nullité. *Id.*

197. Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 69, 70 et 71.

198. *Id.*, p. 70. Notons que les termes de l'article 2043, « dont il est en possession comme propriétaire » sauraient difficilement être applicables à la personne qui est en voie de devenir propriétaire d'un immeuble; dans le cas ordinaire du promettant-acquéreur, même possesseur, il n'y aurait pas possession comme propriétaire, puisque le domaine supérieur du propriétaire est toujours reconnu. Toute difficulté disparaît dans le cas du promettant-acquéreur qui est en possession, si l'effet de l'article 1478 n'a pas été paralysé par une clause de l'offre d'achat. Pour les autres hypothèses concernant une personne en voie de devenir propriétaire, la constitution d'hypothèque sera validée aussitôt que la cause de nullité disparaît, c'est-à-dire, aussitôt que le constituant est devenu propriétaire. Le droit réel existe alors, à compter de cet instant mais non avant. Ajoutons que les termes « comme propriétaire » de l'article 2043 doivent avoir une certaine importance aux yeux du Législateur; ils ne figureraient pas au Rapport des codificateurs (*Sixième rapport des codificateurs*, Québec, Georges E. Desbarats, 1865, p. 174, art. 75), mais ils se retrouvent quand même dans le texte final.

main du constituant, quand ce dernier est en possession de l'immeuble lors de l'affectation. Cette dérogation résulterait possiblement de l'apparence due à la possession ou peut-être de l'effet rétroactif que certains auteurs reconnaissent à la prescription judiciairement confirmée¹⁹⁹. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de dégager une interprétation claire pour cet aspect de l'article 2043. On y retrouve cependant une indication récente selon laquelle la validation par l'acquisition postérieure n'est pas limitée au seul cas d'un constituant possesseur à l'époque de l'affectation²⁰⁰. En fait, la portée de l'article 2043 est très restreinte, mais il importe tout de même d'en circonscrire les limites, pour éviter de confiner à cette seule disposition toute possibilité de consolidation par acquisition ultérieure.

Selon les codificateurs²⁰¹, l'article 2043 avait en vue les occupants de terres sous billet de location et autres personnes en possession d'un immeuble. L'hypothèque aurait effet à compter de la date de son enregistrement si le débiteur²⁰², en possession à titre de propriétaire, y obtient subséquemment un titre parfait, sauf les droits des tiers. La situation juridique sur ce point, avant la codification, peut être révélatrice. Le régime hypothécaire, tel que porté au *Code civil* de 1866, s'inspire de l'ancien droit français et des modifications qu'y ont apportées les « statuts locaux »²⁰³. Il s'agit, notamment, des ordonnances et lois instaurant le système d'enregistrement des droits réels²⁰⁴. Avant le 31 décembre 1841, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance sur l'enregistrement, l'hypothèque générale des biens présents et à venir était permise²⁰⁵. Il était par ailleurs permis d'hypothéquer un bien spécifique, à condition d'en devenir propriétaire. La convention d'hypothèque pouvait être conclue avant que le constituant ne soit devenu propriétaire, mais dans ce cas la garantie ne voyait jour en faveur du créancier qu'à compter de l'acquisition²⁰⁶. Telle était la situation, immédiatement avant la mise en place du système d'enregistrement par l'ordonnance de 1841²⁰⁷. Les principes

199. W. de M. MARLER, *supra*, note 122, p. 175; J.W. DURNFORD, « Prescription as a Mode of Acquisition of Immoveable Property », (1964-65) 67 *R. du N.* 559, p. 570; P. MARTINEAU, *La prescription*, Montréal, P.U.M. 1977, p. 104-105. Un auteur soulève cependant des doutes sur ce point : F. FRENETTE, « Prescription acquisitive et rétroactivité », (1986) 88 *R. du N.* 367.

200. Richard (*in re*): *La Prévoyance, Cie d'Assurances c. St-Georges*, *supra*, note 194.

201. *Sixième rapport des codificateurs*, Québec, Georges E. Desbarats, 1865, p. 59.

202. Selon MM. CARON et BINETTE, en raison de ce terme utilisé à 2043, le constituant non débiteur ne pourrait pas se prévaloir de cette disposition (*supra*, note 17, p. 69).

203. *Sixième rapport des codificateurs*, *supra*, note 201, p. 52-53.

204. *Supra*, notes 180 et 181.

205. POTHIER, *Œuvres*, t. IX, Éd. Bugnet, Paris, éd. Bugnet, 1861, p. 425.

206. POTHIER, *supra*, note 205, p. 438.

207. *Supra*, note 180. Pour une sévère critique de cette ordonnance, voir L.H. LAFONTAINE, *Analyse de l'ordonnance du conseil spécial sur les bureaux d'enregistrement*, Montréal, Louis Perreault, 1942, p. 3 à 6.

fondamentaux de cette ordonnance en matière hypothécaire, sont la spécialité de l'affectation et la spécialité de la créance garantie²⁰⁸. L'ordonnance relative à l'enregistrement n'instaure cependant pas un régime hypothécaire complet, de telle sorte que l'ancien droit reste en vigueur, sauf pour ce qui en a été modifié expressément²⁰⁹. C'est probablement ce qui permettait à un auteur de l'époque d'avancer l'opinion suivante : lorsqu'un débiteur hypothèque un immeuble ne lui appartenant pas, mais qui devient sa propriété ultérieurement, l'hypothèque serait valide à compter de sa date, sauf les droits des tiers²¹⁰. Il semble donc que le principe de la validation de l'acte hypothécaire, par l'acquisition ultérieure du constituant, faisait partie de notre droit avant l'ordonnance de 1841 sur l'enregistrement. Ce texte législatif aurait pu écarter le principe en question, comme le suggéraient alors les termes de l'article 2129 du *Code civil* français interdisant l'hypothèque des biens à venir. L'ordonnance est elle-même largement inspirée du code français, surtout pour ce qui concerne les privilèges et hypothèques²¹¹. Si le législateur de l'époque avait voulu empêcher toute consolidation de l'acte hypothécaire par acquisition ultérieure, il est logique de penser qu'il l'aurait fait expressément, possiblement par une prohibition expresse comme celle de l'article 2129 du *Code civil* français. En l'absence de tel interdit, il convient de suggérer que le droit antérieur sur cette question n'a pas été substantiellement modifié. Par ailleurs, lors de la codification de 1866, le législateur s'est encore largement inspiré du code français, en matière de privilèges et hypothèques. Une fois de plus, il n'a pas adopté une position identique au droit français sur la question de l'hypothèque des biens à venir, et il n'a pas proscrit toute possibilité de consolidation par acquisition ultérieure. En l'absence de prohibition formelle de l'acte d'hypothèque des biens à venir, ou de quelque texte pouvant modifier substantiellement l'ancien droit au sujet de la consolidation par acquisition ultérieure, il y a lieu de suggérer la conclusion suivante : le contrat hypothécaire consenti avant que le constituant ne soit propriétaire de l'immeuble affecté est validé lorsque le constituant en devient propriétaire par la suite²¹².

208. Article 28 de l'ordonnance sur l'enregistrement, *supra*, note 180 ; voir aussi : J. BONNER, *An Essay on the Registry Laws of Lower Canada*, Québec, John Lowell, 1852, p. 89.

209. L.H. LAFONTAINE, *supra*, note 207, p. 5.

210. J. BONNER, *supra*, note 208, p. 89.

211. L.H. LAFONTAINE, *supra*, note 207, p. 6 ; J. BONNER, *supra*, note 208, p. 17.

212. L'objection la plus sérieuse à cette conclusion proviendrait du principe de la spécialité de l'immeuble affecté, retenu aussi bien en 1841 qu'en 1866 ; certains auteurs ont déduit de ce principe, l'impossibilité d'affecter les biens futurs. (Voir J. BONNER, *supra*, note 208, p. 20 ; J. SIROIS, « De la spécialisation de l'hypothèque », (1912-13) 15 *R. du N.* 212). Il ne semble pas que le principe de la spécialité pose des exigences au sujet du droit que le constituant doit détenir pour constituer une hypothèque ; ce principe n'équivaut pas à prohibition de l'hypothèque des biens futurs. Voir *supra*, note 52.

Quant à l'article 2043, son effet ne serait pas de réduire les possibilités de consolidation par acquisition ultérieure au seul cas où le constituant était en possession de l'immeuble lors de l'affectation. Cette possession comme propriétaire permettrait plutôt à la consolidation de se produire avec effet rétroactif, alors qu'en l'absence de possession la validation de l'acte donnerait lieu à un droit réel de garantie en même temps que le constituant devient propriétaire. Que la naissance de la sûreté remonte au jour de l'affectation, cela se conçoit facilement, pourvu que le droit réel principal soit tenu pour avoir été dans le patrimoine du constituant avant l'affectation. L'article 2038 prévoit d'ailleurs cette hypothèse, notamment lorsque le titre de propriété est suspendu par une condition qui finit par se réaliser. Dans le cas de la prescription, s'il s'avérait exact que le jugement confirmatif reconnaît le droit de propriété du possesseur depuis le début de la possession, l'hypothèque constituée par le possesseur serait évidemment valable depuis son enregistrement. Il en serait de même si le titre de propriété du possesseur était obtenu sans effet rétroactif; c'est là que l'article 2043 va plus loin que l'article 2038. Par exemple, si un possesseur à titre de propriétaire obtient son titre sans rétroactivité, notamment par une cession émanant du véritable propriétaire, le droit réel principal dans ce cas, est acquis au constituant à compter de la date de l'acte de cession, possiblement bien avant que le délai de prescription ne soit écoulé. Malgré cela, en vertu de l'article 2043, l'hypothèque constituée par le possesseur existerait à compter de son enregistrement, dans la mesure cependant où il s'agit bien d'un possesseur comme propriétaire. On se doit de constater qu'il est très rare que l'article 2043 donnera lieu à une hypothèque remontant à une époque antérieure au jour où le constituant est effectivement propriétaire. Vraisemblablement à cause de l'apparence résultant de la possession²¹³, le droit réel d'hypothèque existerait avant que le constituant n'ait acquis son droit de propriété. Ce résultat exceptionnel semble bien permis par l'article 2043. Cette disposition cependant comporte une réserve expresse au sujet du droit des tiers²¹⁴.

213. Il n'est pas interdit de voir, dans cette importance relative que le texte semble accorder à la possession, (de son côté, Mignault ne voit pas un élément significatif dans la possession mentionnée à l'article 2043; *supra*, note 17, p. 117) des séquelles de l'ancien droit. La possession était alors nécessaire pour transférer la propriété, le consentement seul ne suffisait pas. Même sous l'ordonnance de 1841, priorité était accordée « à l'acquéreur dont le titre n'était pas enregistré mais qui avait la possession publique, sur celui dont le titre était enregistré mais qui n'avait pas la possession ». (S. PAGNUELO, « Vente des immeubles », (1896) 2 *R.L. n.s.* 19, p. 21-22; aussi, U. JORON, « Enregistrement des droits réels », (1941-42) 44 *R. du N.* 262, p. 263. Notons également que les termes de l'article 2088 du *Code civil* seraient vraisemblablement inspirés de l'article 7 de l'ordonnance sur l'enregistrement.

214. Il peut arriver que le propriétaire indiqué au registre foncier ait accordé une hypothèque dont l'enregistrement, voire la constitution soient postérieurs à la publication de l'hypothèque établie par le possesseur. Même s'il advenait alors que le titre du possesseur soit judiciairement

Sur la base du caractère relatif de la nullité et de l'interprétation suggérée ci-dessus pour l'article 2043, nous croyons justifié d'avancer la conclusion suivante, concernant la disparition du recours en nullité : le contrat hypothécaire sur la chose d'autrui est consolidé lorsque le constituant devient propriétaire de l'immeuble affecté. Le droit réel de garantie voit jour à ce même instant, de sorte que la cause de nullité est alors disparue. Si le constituant était en possession comme propriétaire de l'immeuble lors de l'affectation et s'il en devient subséquemment propriétaire, le droit réel de garantie existera et prendra effet entre les parties à compter de l'enregistrement de l'acte d'hypothèque, même si l'acquisition par le constituant a eu lieu sans rétroactivité. Il importe cependant de souligner la portée très restreinte de cette exception, car elle se produit seulement dans le cas d'une hypothèque constituée par un possesseur comme propriétaire. Il ne faut pas omettre cette dernière exigence, puisque le législateur avait pris soin de compléter le texte proposé par les codificateurs en ajoutant cette condition²¹⁵. *Il semble donc qu'il faille éviter d'appliquer l'article 2043 pour appuyer la validité des hypothèques consenties par un simple promettant-acquéreur avant l'acquisition.* En général, ce

confirmé ou autrement obtenu, l'hypothèque consentie par le propriétaire mentionné aux registres aurait priorité sur celle que le possesseur avait accordée. (C'est ainsi que le tribunal a récemment appliqué la réserve du droit des tiers stipulé à l'art. 2043. Voir *Richard (in re): La Prévoyance, Cie d'Assurances, c. St-Georges, supra*, note 194). Ce résultat se produirait alors même que le possesseur serait tenu pour avoir été propriétaire depuis le début de la possession et que le propriétaire indiqué par l'enregistrement serait nécessairement considéré comme ayant cessé d'être propriétaire au même instant. Cette situation, se traduisant par le maintien d'une hypothèque établie par un constituant qui, par ailleurs, est légalement tenu pour avoir cessé d'être propriétaire avant la constitution de la sûreté, peut paraître bizarre. Cette solution semble cependant devoir être retenue si on accepte l'effet rétroactif que certains auteurs accordent à un jugement confirmatif de la propriété selon la prescription. Il s'avère donc que l'article 2043 est susceptible de donner lieu à hypothèque sur la chose d'autrui dans deux cas : celui du constituant possesseur dont le titre est confirmé sans rétroactivité, et celui de l'hypothèque stipulée par le propriétaire indiqué au registre foncier alors même qu'un possesseur se verrait subséquemment octroyer par prescription, un titre de propriété remontant au début de sa possession. Un droit réel de garantie tenu pour avoir existé avant la propriété du constituant, voilà qui dépasse l'entendement juridique usuel. Il est possible cependant, que les codificateurs aient visé ce résultat en adoptant l'article 2043, notamment pour l'occupant de terres sous billet de location ou les autres personnes en possession d'un immeuble à titre de propriétaire. Le résultat visé était certes différent de celui de *Pacaud c. Pelletier*, (1864) XC R.J.R.Q. 245, où il a été statué que l'hypothèque constituée par un occupant sous billet de location, avant l'émission des lettres patentes, n'était pas valide, même si le possesseur avait fait des améliorations et que les lettres patentes avaient été émises subséquemment. Voir cependant, *Blais c. Bélanger*, [1871] 3 R.L. 454, où l'hypothèque a été reconnue valable. Sur le droit des colons d'hypothéquer les lots qu'ils détenaient, voir J. BOUFFARD, *Traité du domaine*, P.U.L., Québec, 1977, p. 23 à 26 ; voir aussi *Infra*, texte afférent aux notes 218 à 222.

215. *Supra*, note 198.

dernier n'est pas en possession de l'immeuble avant la signature du titre d'acquisition, et même quand il le serait, il ne posséderait alors pas comme propriétaire, puisqu'il reconnaît le domaine supérieur du vendeur, ce qui est manifeste lorsque survient la conclusion du contrat translatif de propriété. Par ailleurs, la confirmation de l'acte hypothécaire par le véritable propriétaire ne saurait valider l'acte constitutif initialement consenti par un tiers. Une telle confirmation peut cependant valoir comme nouvelle affectation si les conditions de forme sont respectées.

La perfection ultérieure du titre du constituant par les lettres patentes émises au détenteur du billet de location a longtemps posé certaines interrogations au sujet de la consolidation de l'acte hypothécaire consenti avant l'obtention du titre définitif. Il importe de rappeler que les immeubles de la Couronne, comme biens hors commerce, ne peuvent être hypothéqués²¹⁶. Par ailleurs, il est également impossible d'hypothéquer les biens insaisissables ou incessibles²¹⁷. Les actes visant à constituer des hypothèques sur de tels biens, non seulement ne donnent lieu à aucun droit réel de garantie mais en outre, ils sont, comme contrats, frappés de nullité absolue.

Pour qu'il soit possible d'hypothéquer un bien public, l'immeuble visé doit sortir du domaine de la Couronne et être placé dans le commerce au préalable. Des lois ont été adoptées depuis longtemps pour permettre l'aliénation des terres publiques²¹⁸ notamment en matière de concession pour fins d'agriculture et de colonisation. Les droits résultant de billets de location ou autres permis d'occupation sont déterminés d'après la loi en vigueur à l'époque de la concession²¹⁹, sous réserve cependant de dispositions de validation adoptées ultérieurement²²⁰.

Avant le 18 décembre 1987, des dispositions restrictives limitaient l'effet de l'article 2043 du Code civil. Ces limitations au pouvoir d'hypothéquer dérogeaient à l'article 2043, mais certaines lui étaient postérieures et devaient

216. *Richard Lasalle Construction Limitée c. Concepts Ltd et La Compagnie Canadienne de l'Exposition Universelle de 1967*, [1973] C.A. 944; R. DUSSAULT et N. CHOUINARD, « Le domaine public canadien et québécois », (1971) 12 C. de D. 5, p. 8.

217. W. de MARLER, *supra*, note 122, p. 386.

218. Pour une revue de l'évolution de la législation à ce sujet, voir P.-A. GAGNÉ, « Le billet de location ou la concession des terres de colonisation », (1975) 2 C.P. du N. 343, p. 343 à 347.

219. P.A. GAGNÉ, *supra*, note 218, p. 350.

220. *Loi sur les terres publiques agricoles*, L.Q., 1982, c. 13, en vigueur le premier juillet 1984 (C.O.Q. II, 4 juillet 1984, vol. 116, n° 28, p. 2422), maintenant connue sous le titre « *Loi sur les terres agricoles du domaine public* », par suite de modifications en vigueur le 18 décembre 1987, résultant de la *Loi modifiant la Loi sur les terres publiques agricoles et d'autres dispositions législatives*, L.Q., 1987, c. 84. Les dispositions de validation se trouvent aux articles 30.2 et 12.1 de la *Loi sur les terres agricoles du domaine public*.

donc avoir préséance²²¹. Pour ce qui est du régime actuel, il se trouve dans la *Loi sur les terres publiques agricoles*, devenue à compter du 18 décembre 1987, la *Loi sur les terres agricoles du domaine public*²²². Ainsi l'article 30.1, ajouté à la même occasion, prévoit que :

Le concessionnaire d'une terre ou ses ayants droit peuvent consentir tout droit relatif à cette terre.

Toutefois, ces droits sont inopérants tant que des lettres patentes n'ont pas pris effet à l'égard de cette terre conformément aux dispositions de la section IV.

Le deuxième alinéa n'affecte pas le transfert de propriété.

Par ailleurs, l'article 30.2 valide les actes d'hypothèque conclus sous l'ancien régime par le détenteur de lettres patentes ou ses auteurs, en stipulant que ces actes « ne peuvent être invalidés pour le seul motif qu'ils ont été posés malgré les restrictions ou les interdictions prévues par la présente loi avant le 18 décembre 1987 ou par toute autre loi concernant la colonisation ». De même, l'article 12.1 de la *Loi sur les terres agricoles du domaine public* fait disparaître le vice affectant les hypothèques sur une terre non concédée, en prévoyant qu'elles ne peuvent être annulées au seul motif que l'hypothèque portait sur une terre non concédée lors de l'affectation, pourvu cependant que l'immeuble ait, selon la loi, quitté le domaine public au profit du constituant de l'hypothèque ou de ses ayants droit. Ces dispositions régulatrices ont une large portée car elles rendent généralement inutile l'examen des actes hypothécaires d'après les restrictions résultant des lois antérieures. L'hypothèque conclue conformément aux dispositions du Code civil se trouve validée dans deux hypothèses : pour l'hypothèque sur une terre non concédée, l'article 12.1 la déclare valide dès qu'un titre est accordé au constituant ou à ses ayants droit selon l'article 9 de la *Loi sur les terres agricoles du domaine public*. Pour l'hypothèque stipulée par « la personne identifiée aux lettres patentes » ou par ses auteurs, l'article 30.2 de cette loi prévoit la validation dès lors que des lettres patentes sont émises, soit en vertu de la *Loi sur les terres agricoles du domaine public*, soit en vertu des lois en vigueur avant le 18 décembre 1987.

4. La validité exceptionnelle de l'hypothèque du bien d'autrui

Si étonnant que cela puisse paraître, l'acte hypothécaire portant sur le bien d'autrui est valide dans certains cas. Il permet alors l'exercice d'une sûreté réelle sur le bien d'un tiers. La validité de l'acte et l'exercice de la sûreté procèdent alors, tantôt de règles spécifiques du régime hypothécaire, tantôt

221. Elle daterait de 1868 ; voir 31, Victoria, c. 20 ; voir aussi : J. BOUFFARD, *Traité du domaine*, P.U.L. Québec 1977, p. 21-22.

222. Voir *supra*, note 220.

de dispositions générales du droit des obligations et contrats. Pour des motifs relevant de l'équité et de la protection des tiers de bonne foi, la règle de droit déroge aux principes de base du régime hypothécaire, jusqu'au point de maintenir et rendre exécutoire sur un bien une hypothèque n'ayant pas été constituée par le propriétaire.

4.1. Le cas de l'indivision

La propriété indivise peut être affectée d'une hypothèque²²³. En principe, une telle hypothèque reste valable pourvu que lors du partage, le constituant demeure propriétaire de certains droits dans l'immeuble visé²²⁴. C'est ainsi que la stipulation d'hypothèque sur une quote-part indivise sera valable pour la fraction affectée si le constituant obtient, lors du partage, une partie indivise équivalente ou la totalité de l'immeuble. Par ailleurs, si le constituant a hypothéqué l'immeuble sans restriction, l'hypothèque portera sur tout droit de propriété attribué au constituant lors du partage²²⁵. C'est donc dire que la garantie réelle disparaît si le constituant n'obtient aucun droit dans l'immeuble lors du partage. Ce résultat provient directement de l'effet déclaratif du partage²²⁶ et se produit seulement lorsque l'effet déclaratif existe²²⁷. Jusqu'ici, la solution est tout à fait conforme aux principes ordinaires²²⁸, selon lesquels l'hypothèque disparaît si le bien affecté ne tombe pas dans le lot du constituant au moment du partage. Toutefois, dans les cas de licitation, lorsque le prix de vente est totalement ou partiellement payable au

223. Art. 2021 C.C.B.C.

224. Art. 2021 C.C.B.C.; aussi: Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 91; *Sigouin c. Éthier Beauchamps*, [1978] C.A. 387; *Owens c. Chopin*, (1910) 39 C.S. 213; *Brunet c. Bruneau et vir*, (1898) 4 R. de J. 484; *Monette c. Molleur*, (1874) 6 R.L. 561.

225. Y. CARON et S. BINETTE, *supra*, note 17, p. 97; M. DESCHAMPS, « Vers une approche renouvelée de l'indivision », (1984) 29 *McGill L.J.* 215, p. 230 et 246.

226. Art. 746 C.C.B.C.

227. Dans les cas de vente ou adjudication de l'immeuble à un tiers, il n'y a pas d'effet déclaratif, de sorte que l'hypothèque reste valide (*Banque St-Jean c. Nolin*, (1917) 51 C.S. 138); il en est de même dans le cas d'une vente d'un immeuble particulier, par un indivisaire à un co-indivisaire (*Varin c. Guérin*, [1893] 3 C.S. 30). Voir aussi: U. JORON, « Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur propriété indivise », (1933) 35 *R. du N.* 299, p. 307. Dans le cas d'acquisition conjointe, l'hypothèque sur une fraction indivise ne risquerait pas de se voir anéantie par l'effet déclaratif, puisque l'acquisition d'un immeuble en copropriété n'est pas susceptible d'effet déclaratif à la fin de l'indivision (*Cartier c. Boudreault*, (1912) 41 C.S. 127; U. JORON, *supra*, note 227, p. 306. L'effet déclaratif existe pour le partage des successions légales ou testamentaires (art. 746 C.C.B.C.), des communautés de biens (art. 1363 C.C.B.C.) et des sociétés (Art. 1898 C.C.B.C.). Voir aussi: M. DESCHAMPS, *supra*, note 225, p. 246-247-248.

228. Art. 2021 et 2038 C.C.B.C.

constituant, le droit de préférence du créancier est maintenu sur cette partie du prix de vente qui revient au constituant ²²⁹.

Cette solution est théoriquement acceptable lorsque l'adjudication a lieu au profit d'un tiers, puisque l'effet déclaratif n'existe pas dans un tel cas ²³⁰. L'adjudication à un co-partageant implique cependant que ce dernier est tenu pour avoir été propriétaire depuis le début de l'indivision. De son côté, le constituant est présumé n'avoir jamais été propriétaire. D'après la solution élaborée par les tribunaux, l'hypothèque émanant d'un indivisaire serait alors partiellement efficace dans la mesure où elle permet au créancier d'exercer sa préférence sur le prix de vente ou la partie de ce prix attribué au constituant. Cette préférence se fonde alors sur une hypothèque visant un bien qui n'appartient pas au constituant, car ce dernier est tenu pour n'avoir jamais été propriétaire du bien affecté. Dans les rapports entre le créancier et le constituant, ce résultat ne pose pas de problèmes. Il soulève cependant des doutes lorsque des tiers sont impliqués, notamment des créanciers chirographaires du constituant qui auraient intérêt à écarter une cause de préférence non régulièrement établie ²³¹.

Les tribunaux expliquent cette position en considérant l'effet déclaratif comme une fiction légale visant à assurer le co-partageant attributaire, qu'il recevra l'immeuble libre de toutes charges et hypothèques qui auraient été consenties par d'autres indivisaires pendant l'indivision. Cette fiction serait donc établie en faveur de l'attributaire seulement et ne permettrait pas au constituant de toucher sa part du prix de vente sans égard aux droits du

229. *Quintal c. Banque Jacques-Cartier*, (1900) 10 B.R. 525 ; *Perras c. Banque Provinciale du Canada*, (1956) B.R. 731 ; U. JORON, *supra*, note 227, p. 304 ; J.E. ROY, « Des hypothèques sur propriété indivise », (1902-03) 5 *R. du N.* 308, p. 311 ; A. LAVALLÉE, « Propos aux notaires, Validité de l'hypothèque sur une portion indivise », (1966-67) 69 *R. du N.* 535.

230. *Supra*, note 227.

231. En France, une solution contraire a été adoptée, l'effet déclaratif y produisant ses conséquences de façon rigoureuse ; le créancier n'a pas de préférence sur le prix de vente attribué au constituant. Voir P. RAYNAUD et A. PIEDELIÈVRE, *supra*, note 22, p. 6 ; par ailleurs, PLANIOL et RIPERT, *supra*, note 22, p. 458-459, résumant comme suit la position de la jurisprudence française sur ce point : « [...] l'effet déclaratif du partage est absolu et existe, non seulement dans les rapports de chaque cohéritier avec les autres cohéritiers et leurs ayants cause, mais même dans les rapports du cohéritier qui a constitué l'hypothèque avec son propre créancier. Au surplus, l'hypothèque est inexistante, comme constituée a *non domino*, dès l'instant que l'immeuble est adjugé à un co-propriétaire autre que le constituant ; or, l'hypothèque est une dans sa nature, elle n'engendre pas deux droits distincts, un droit de préférence et un droit de suite ; le second n'est que le prolongement du premier ; ces droits sont inséparables, ils se conservent et périssent en même temps ; pour qu'il en soit autrement, il faut qu'un texte formel édicte la survivance du droit de préférence au droit de suite, et ce texte fait défaut ici ».

créancier²³². On assimile les effets de la licitation à ceux d'une vente en justice. Le droit de suite disparaît lors de la vente en justice, mais la préférence s'exerce sur le produit de la vente que la justice est chargée de distribuer.

Il est bien vrai que la licitation a le même effet que la vente en justice, particulièrement en ce qui concerne la purge des droits réels antérieurs²³³, mais la vente en justice ne donne lieu à préférence qu'en faveur des créanciers détenant une sûreté régulièrement constituée. Ce n'est pas le cas de l'hypothèque consentie par un indivisaire qui ne reçoit pas l'immeuble affecté dans son lot lors du partage. La décision du tribunal dans l'affaire *Quintal et Bruneau c. Banque Jacques-Cartier* fait compromis sur les principes et procède de motifs d'équité. La cour vise clairement à protéger des co-partageants qui ont vendu leur part de l'immeuble en stipulant hypothèque pour la garantie du prix de vente²³⁴, de telle sorte qu'ils ne soient pas spoliés par un créancier ordinaire. Il est permis de se demander si on n'aurait pas obtenu le même résultat en reconnaissant aux héritiers une préférence sur le prix d'adjudication, plutôt en vertu du privilège de bailleur de fonds ou de co-partageant²³⁵, que selon une hypothèque qui n'a jamais existé. Toujours est-il que le même procédé a été suivi dans la cause de *Perras c. Banque Provinciale du Canada*²³⁶, où on a reconnu comme efficace une hypothèque constituée pendant l'indivision, par l'épouse comme après le décès de son mari. Il ne s'imposait pas dans ce cas, de protéger spécialement le tiers créancier, car il avait accepté de consentir un prêt sur garantie d'hypothèque affectant un droit de propriété indivis. L'équité exigeait-elle encore de reconnaître une préférence à la Banque, au détriment des créanciers ordinaires, alors que le prêteur connaissait ou devait connaître la précarité des droits offerts en garantie ? D'après les articles 2021 et 2038 du *Code civil*, l'hypothèque constituée en faveur de la Banque aurait dû subir le même sort que le titre sur lequel le constituant fondait son droit²³⁷.

232. *Quintal et Bruneau c. Banque Jacques-Cartier*, (1900) 10 B.R. 525; *Perras c. Banque Provinciale du Canada*, [1956] B.R. 731.

233. Art. 811 et 696 C.P.C.

234. «[...] but that the law in creating such legal fiction never intended to favor the spoliation of hereditary rights by making the copartitioners who had sold their shares to another copartitioner and has secured the payment of the price by a hypothec or by the vendor's privilege, only rank rateably with the ordinary or chirographic creditors when placed in the hands of justice for distribution». (Affaire *Quintal*, *supra*, note 232, p. 553).

235. Art. 2014 C.C.B.C.; l'indivision a pris fin par licitation et adjudication à un copartageant, ce dernier étant lui-même cessionnaire de la part d'un héritier (Affaire *Quintal*, *supra*, note 232, p. 552); ces opérations équivaldraient normalement à partage selon l'article 747 C.C.B.C.

236. *Supra*, note 232.

237. Voir l'opinion de M. DESCHAMPS, *supra*, note 225, p. 248-249. Il est intéressant de comparer la solution dans les affaires *Perras* et *Quintal*, avec celle retenue dans l'affaire *Rousseau*, [1974] C.S. 61; dans ce cas, le défaut n'est pas apparent, mais on annule l'affectation hypothécaire, à cause de la nature précaire du décret en vertu de la loi.

Cela paraît d'autant plus raisonnable que le créancier contractant avec l'épouse commune en biens, aurait normalement dû s'inquiéter ou s'enquérir de l'absence de l'administrateur de la communauté et demander clarification des titres de propriété avant de conclure l'acte²³⁸.

Compte tenu cependant de ces deux jugements de la Cour d'appel, il ne saurait être question de mettre en doute l'existence d'un droit de préférence en faveur du créancier à certaines conditions. Cette préférence existe si l'immeuble est adjugé à un co-partageant sur licitation et si le constituant reçoit une partie du prix de la licitation. Si l'immeuble est adjugé à un tiers sur licitation, il n'y a pas effet déclaratif et l'hypothèque donnera valablement lieu à préférence sur la partie du prix attribuée au constituant²³⁹. La tendance des tribunaux démontrée dans les deux jugements en question est nettement révélatrice de leur souci de protéger le tiers créancier hypothécaire, alors même que les règles de fonds suggéreraient plutôt la disparition de l'hypothèque.

4.2. Le cas du possesseur

Dans le cadre de l'analyse des exceptions à la règle de la nullité de l'acte d'hypothèque affectant le bien d'autrui, il convient de rappeler brièvement la situation de l'hypothèque établie par un possesseur. Selon l'interprétation suggérée antérieurement pour l'article 2043, l'hypothèque constituée par le possesseur aura son effet à compter de la date de son enregistrement, même si le titre ultérieur de ce constituant était privé d'effet rétroactif²⁴⁰. La réserve du droit des tiers contribue cependant à réduire très substantiellement la portée de cette exception. Il n'en demeure pas moins que le possesseur, en vertu de l'article 2043, peut constituer une hypothèque qui verrait jour, comme droit réel, avant même qu'il ne soit devenu propriétaire de l'immeuble affecté.

Par ailleurs, en vertu de la réserve du droit des tiers stipulée dans le même article 2043, l'hypothèque constituée par le propriétaire avant que le possesseur n'ait obtenu son titre parfait, continue d'exister, malgré le titre subséquemment reconnu au possesseur²⁴¹. Le maintien de l'hypothèque établie par le propriétaire

238. La situation d'indivision peut cependant n'être pas toujours apparente notamment dans le cas des successions et de la dissolution de la communauté de biens par le décès de l'épouse. La protection du créancier de bonne foi, qui contracte pour valeur après avoir pris les précautions nécessaires, passe par la théorie des droits apparents (*Infra*, texte afférent aux notes 265 à 286).

239. *Supra*, note 227.

240. *Supra*, texte afférent aux notes 212 à 214.

241. *Supra*, note 214.

dans un tel cas peut donner lieu à une hypothèque efficace, par exception, sur le bien d'autrui, particulièrement dans l'hypothèse où il deviendrait avéré que le titre du possesseur en vertu de la prescription lui reconnaît un droit remontant au début de la possession.

4.3. Le cas de la simulation

Si le constituant doit, pour accorder une hypothèque, être propriétaire de l'immeuble affecté, il n'est pas indispensable que la qualité de propriétaire existe à l'égard de tous. Il suffit « que le constituant en soit investi à l'égard du créancier, bénéficiaire de l'hypothèque »²⁴². L'hypothèque sur le bien d'autrui peut se produire dans le cadre de l'application des règles de la simulation. L'hypothèque consentie par un constituant qui détient son droit en vertu d'un acte simulé est cependant valable, malgré l'acte réel attribuant la propriété à une autre personne²⁴³. Les tiers mentionnés en l'article 1212 du *Code civil*, parmi lesquels les créanciers hypothécaires doivent être rangés²⁴⁴, ne peuvent se voir opposer l'acte réel²⁴⁵, de telle sorte que l'hypothèque sera maintenue même si la simulation de l'acte apparent finit par être judiciairement déclarée²⁴⁶. Il faut cependant distinguer la simulation des cas d'annulation du titre pour fraude aux créanciers ou autres causes de nullité. Ces cas d'annulation ou de nullité sont régis par des dispositions particulières²⁴⁷. De son côté, l'effet de la simulation face aux tiers est mentionné à l'article 1212 du *Code civil*. Ce texte, correctement interprété, signifie que la contre-lettre ou contrat réel n'est pas opposable aux tiers. Ceux-ci peuvent « traiter l'acte apparent comme la véritable convention intervenue entre les parties »²⁴⁸. Il semble

242. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DELOYNES, *supra*, note 18, p. 408.

243. Art. 1212 C.C.B.C. ; J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 48, p. 165 ; A. LAROCHE, « Chronique de droit des obligations : Opposabilité des contrats aux tiers, simulation », (1973) 4 *R.G.D.* 201, p. 221.

244. M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 156.

245. Art. 1212, C.C.B.C.

246. Art. 1212 C.C.B.C. ; aussi : J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 48, p. 164 ; M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 154 ; J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 174 ; *Little c. Reaycraft*, (1918) 24 R.L. 8, conf. 23 R.L. 110 ; dans cette cause, le titre de propriété du constituant repose sur un acte de vente sous seing privé, dont la simulation est déclarée en justice. Une fois la simulation déclarée, l'acte réel, donation, devient nul pour vice de forme (24 R.L. p. 20 ; 23 R.L. 126). Dans cette cause, il y a une certaine confusion entre les conséquences, face à l'hypothèque, de l'annulation de l'acte réel pour vice de forme, et les conséquences de la simulation. Si la simulation s'applique, dit-on, l'acte apparent, vente sous seing privé continue d'avoir effet face au créancier hypothécaire. Cependant, on se croit obligé d'ajouter un argument concernant l'inopposabilité du jugement de nullité au créancier hypothécaire, suivant ainsi la tendance de *Ouellet c. Rochette*, (1883) 9 Q.L.R. 289.

247. *Infra*, p. 96 à 98.

248. J.L. BAUDOUIN, *supra*, note 48, p. 164.

toutefois que le créancier hypothécaire de mauvaise foi pourrait se voir opposer l'acte réel²⁴⁹.

Il est possible, par ailleurs, que des créanciers aient intérêt à se prévaloir de l'acte réel. Par exemple, si l'acte apparent est une vente, tandis que la contre-lettre révèle qu'il y a eu simple location, les créanciers du vendeur qui voudraient, notamment, enregistrer une hypothèque judiciaire, pourront invoquer la contre-lettre, pourvu qu'ils puissent établir la simulation de l'acte apparent²⁵⁰. Si des conflits surviennent entre les créanciers qui invoquent l'acte apparent et ceux qui invoquent la contre-lettre, il semble que l'hypothèque des premiers sera préférée à celle des seconds²⁵¹. Les règles de la simulation couvrent également le cas du prête-nom²⁵². L'hypothèque consentie par un prête-nom est valable, quoique dans les rapports entre le prête-nom et son commettant, cette opération puisse s'analyser comme l'hypothèque du bien d'autrui. Cette solution est à retenir, alors même que le prête-nom aurait agi sans l'autorisation du propriétaire ou malgré la volonté de celui-ci²⁵³.

Au terme de cette brève analyse de la simulation, par rapport au principe de la nullité du contrat hypothécaire affectant le bien d'autrui, il appert que les droits du créancier priment ceux du véritable propriétaire en vertu d'une faveur spéciale résultant du fait suivant : le créancier était en droit de considérer le constituant comme le véritable propriétaire de l'immeuble affecté, à cause de l'apparence découlant de la simulation. Il est permis d'ouvrir ici une parenthèse : en vertu de l'apparence démontrée par ailleurs quant aux droits réels dans le cadre de la publicité foncière, une hypothèque constituée par un propriétaire qui a vendu son immeuble sera maintenue si elle est enregistrée avant l'acte de vente ; et cela même si la vente a pour effet de transférer la propriété par le simple consentement. Dans le cas de la simulation et de l'application des règles de publicité des droits, l'effet de

249. A. NADEAU et L. DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec*, t. IX, Wilson & Lafleur, Montréal, 1965, p. 309 ; P.P. TURGEON, « Contre-lettre et simulation », (1953-54) 56 *R. du N.* 178, p. 180.

250. J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, p. 165 ; A. NADEAU et L. DUCHARME, *supra*, note 249, p. 310 ; M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 156 ; J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 174. Il semblerait d'ailleurs que la simulation puisse être déclarée même si les conditions de l'action paulienne ne sont pas réunies. (A. NADEAU et L. DUCHARME, *supra*, note 249, p. 311).

251. J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, p. 165 ; J. PINEAU, *supra*, note 48, p. 174 ; P.P. TURGEON, *supra*, note 249, p. 190.

252. J.L. BAUDOIN, *supra*, note 48, p. 163.

253. *Payette c. Baird*, (1940) 78 C.S. 371. Dans cette cause, l'acheteur agit en réalité comme mandataire du véritable propriétaire et achète en utilisant les fonds de celui-ci ; il fait cependant établir le titre à son nom et consent une hypothèque par la suite. L'hypothèque est déclarée valable. Ce cas s'apparente nettement à celui du prête-nom qui agit au détriment des droits du véritable propriétaire.

l'apparence est expressément reconnu par le législateur. Il existe cependant d'autres circonstances où le créancier pourra exercer son hypothèque à l'encontre des droits du véritable propriétaire.

4.4. Le cas de l'inopposabilité

Selon l'ancienne jurisprudence française, le propriétaire représentait valablement le créancier hypothécaire dans les poursuites visant son droit de propriété, de telle sorte que les jugements rescisoires étaient opposables au créancier hypothécaire, même s'il n'avait pas été mis en cause²⁵⁴. Suite à une sévère critique de Marcadé, la jurisprudence et la doctrine en sont venues à tempérer ce principe : le jugement rescisoire rendu contre le débiteur hypothécaire emporte toujours, en principe, l'annulation de l'acte d'hypothèque, mais on reconnaît au créancier le droit d'être appelé en cause, à défaut de quoi, le jugement lui sera inopposable. Même de bonne foi, le créancier risque encore de perdre son hypothèque, puisque son intervention judiciaire n'aura pas nécessairement pour effet d'entraîner le rejet de la demande en nullité. Le créancier hypothécaire reste donc à la merci de l'annulation du titre du constituant²⁵⁵.

Au Québec, la cour de révision²⁵⁶ a d'abord été appelée à se prononcer sur le sort d'une hypothèque constituée par un propriétaire dont le titre avait été annulé pour vice de consentement. La cour semble nettement considérer que la nullité du titre est fatale pour l'hypothèque lorsqu'elle résulte d'une instance à laquelle le créancier a été appelé²⁵⁷. En l'espèce, le créancier n'avait pas été mis en cause, de sorte que le jugement rescisoire ne lui est pas opposable²⁵⁸. On retrouve dans certains arrêts judiciaires subséquents²⁵⁹, des

254. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8^e éd., T.V., Paris, Delamotte & Fils et Cie, 1889, p. 202 à 208.

255. L. GUILLOUARD, *supra*, note 45, p. 431 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariae, t. III, 4^e éd., Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, 1869, n^o 268, note 21 ; AUBRY et RAU, *supra*, note 42, p. 305, note 21 ; V. MARCADÉ, *supra*, note 254, p. 202 à 208 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. XI, 3^e éd., Paris, Delamotte & Fils, 1876, p. 46 ; F. LAURENT, *supra*, note 80, p. 448.

256. *Ouellet c. Rochette*, (1883) 9 Q.L.R. 289.

257. *Id.*, p. 291.

258. *Id.*, p. 294 à 303 ; la cour examine l'état controversé de la doctrine et de la jurisprudence en France, puis décide de maintenir l'hypothèque, même si le créancier a eu connaissance de la poursuite.

259. Dans *Barsalou c. The Royal Institution for the Advancement of Learning*, (1896) 5 B.R. 383, p. 398-400, l'hypothèque en faveur du tiers créancier de bonne foi est maintenue, même si elle a été constituée après l'introduction des procédures en nullité ; cette conclusion est nettement reliée au fait que la présomption de la chose jugée n'était pas applicable au créancier. Dans *Little c. Reaycraft*, (1918) 24 R.L. 8, le créancier n'a pas été mis en cause,

traces de cet argument basé sur l'autorité de la chose jugée. Il semble acquis que le jugement prononçant la nullité du titre du constituant ne serait pas opposable au créancier hypothécaire, si celui-ci n'a pas été mis en cause. Toutefois, dans certains cas, l'hypothèque reste valable même si le créancier a été mis en cause dans la poursuite en nullité²⁶⁰, particulièrement dans le cadre du recours paulien.

La nature particulière de l'action paulienne implique que l'hypothèque consentie en faveur d'un tiers de bonne foi subsistera malgré le succès de l'action devant les tribunaux. Les jugements les plus significatifs²⁶¹ concernant l'effet de l'action paulienne par rapport à l'hypothèque ne semblent pourtant pas s'appuyer principalement sur ce point. La cour d'appel mentionne plutôt les éléments suivants : la bonne foi du créancier, le fait qu'il a obtenu son hypothèque pour valeur, que le constituant était en possession de l'immeuble et propriétaire en vertu d'un titre « bon à sa face, dûment enregistré, qui était annulable, mais non pas radicalement nul pour aucune cause apparente [...] »²⁶². Toutes ces circonstances étaient certes pertinentes, mais la solution du conflit entre les droits du titulaire de l'action paulienne et ceux du créancier hypothécaire de l'acquéreur, repose avant tout sur la portée spécifique du recours paulien. L'action paulienne est personnelle au créancier poursuivant et ne produit de conséquences qu'en sa faveur, tandis que la nullité qui sanctionne un vice dans la formation du contrat a pour effet d'anéantir la convention et de remettre les parties en état²⁶³. En raison de sa nature

de telle sorte que le jugement en nullité ne lui est pas opposable ; il s'agit d'une nullité déclarée par poursuite d'une partie contre l'autre, en rapport avec un acte comportant donation déguisée, non faite en forme notariée. La cour d'appel finit cependant par confirmer le jugement de la cour supérieure, principalement fondé sur la simulation. Dans *Méthé c. Gervais*, (1925) 38 B.R. 28, p. 37, le fait que le créancier n'a pas été mis en cause est invoqué pour écarter le jugement de nullité à son égard ; l'hypothèque finit cependant par être maintenue, surtout au motif que la nullité du titre a été demandée et obtenue par le constituant lui-même. Dans *Payette c. Baird et Cunningham*, (1940) 78 C.S. 371, le juge déclare que le jugement en nullité n'a pas l'autorité de la chose jugée contre le créancier hypothécaire non mis en cause (p. 373) ; même s'il y avait chose jugée, l'hypothèque serait encore valable (p. 374).

260. *Payette c. Baird et Cunningham*, *id.*, p. 374 ; *Normandin c. Normandin et les Religieuses Carmélites d'Hochelaga*, (1883) 3 D.C.A. 330 ; l'hypothèque est maintenue, même si le créancier a été mis en cause.

261. *Normandin c. Normandin et les Religieuses Carmélites d'Hochelaga*, *id.*, confirmant le jugement de la cour de révision, (1882) 5 L.N. 250 ; *Barsalou c. The Royal Institution for the Advancement of Learning*, *supra*, note 259.

262. *Normandin c. Normandin et les Religieuses Carmélites d'Hochelaga*, *supra*, note 260, p. 332.

263. Concernant la distinction entre l'action paulienne et l'action en nullité pour vice dans le processus contractuel, voir l'affaire *Ouellet c. Rochette*, (1883) 9 Q.L.R. 289, p. 294 ; le juge explique la décision dans l'affaire *Normandin*, en considérant la nature particulière de

particulière, l'action paulienne n'est donc pas susceptible de faire disparaître l'hypothèque consentie par l'acquéreur en faveur d'un créancier de bonne foi²⁶⁴.

4.5. Le cas de la propriété apparente

Les tribunaux ont eu l'occasion de maintenir l'hypothèque du créancier de bonne foi dans des cas de nullités contractuelles assorties de l'effet rétroactif et donnant lieu à la remise des parties en état. Une indication de cette tendance se manifeste nettement dans *Lighthall c. Craig*²⁶⁵. Il s'agit d'un cas de nullité pour dol entre les parties. Le tribunal déclare que le vendeur ne pourra reprendre l'immeuble qu'en payant la somme due au créancier hypothécaire. C'est avec une certaine hésitation que la Cour maintient l'hypothèque malgré la nullité du titre. En effet, le vendeur fait face à l'obligation de payer le tiers créancier, parce qu'il avait lui-même contribué à inciter ce tiers à prêter en toute confiance²⁶⁶. On trouve cependant une démonstration plus probante dans *Méthé c. Gervais*²⁶⁷, où la Cour d'appel maintient l'hypothèque, malgré la nullité du titre du constituant, obtenue par fausses représentations sur demande de la partie lésée. Pour justifier la survie de l'hypothèque, la Cour s'appuie sur les éléments suivants : la bonne foi du tiers créancier, l'obtention de son hypothèque pour valeur, en contractant avec la personne paraissant propriétaire, tant par l'effet de sa possession que par un titre apparemment régulier et dûment enregistré²⁶⁸. Ce jugement est

l'action paulienne; aussi : *Lefebvre c. Goyette* [1892] 2 C.S. 203, p. 214-215; *Denis-Cossette c. Germain, R.D.*, Procédures non contentieuses, Document 26, p. 16, où le juge de la Cour suprême note la distinction entre l'action paulienne et les autres causes de nullité. (La cause est aussi rapportée à [1982] 1 R.C.S. 751.)

264. A. LAVALLÉE, « Questions de droit civil », (1923-24) 26 *R. du N.* 203, p. 208 : la bonne foi cesserait d'exister si le créancier a connu l'insolvabilité du débiteur ou si celle-ci était notoire. Elle disparaîtrait également lorsque le titre d'acquisition, à sa face même, serait vicié.
265. (1884) 1 M.L.R. 275.
266. La considération stipulée au contrat était différente de la considération réellement versée ; le tribunal semble invoquer l'article 1053 pour justifier sa décision (p. 277-278, jugement de la cour de révision, confirmé par la cour d'appel). De son côté, le juge Ramsay de la Cour du banc de la Reine, fait appel à la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative (p. 278-279).
267. (1925) 38 B.R. 28.
268. *Id.* p. 33-34. Il faut cependant noter que l'enregistrement n'a pas pour effet d'améliorer les droits du propriétaire constituant ; la publicité des droits réels, au Québec, n'est pas « constitutive de droit, mais simplement déclarative » (les termes sont de F. DERRIDA, « Apparence », *Répertoire de droit civil*, t. I, Encyclopédie Juridique Dalloz, Paris, 1970, p. 4) ; en conséquence, elle ne pourrait secourir le créancier hypothécaire que dans la mesure où elle permet à une apparence de droit (résultant d'un contrat annulable) de s'imposer à

clairement indicatif de la tendance à reconnaître certaines conséquences juridiques à des éléments qui serviront de base à la théorie des droits apparents. Cependant, un motif important de la décision se situe, par ailleurs, au niveau de circonstances particulières : la nullité du titre a été obtenue par celui-là même qui a constitué l'hypothèque. Il n'aurait pas dû obtenir cette nullité sans offrir de faire disparaître l'hypothèque au préalable²⁶⁹. Lorsque le tiers créancier tient son droit de celui qui a provoqué la nullité, l'hypothèque devrait subsister, contrairement à la règle générale de l'article 2038 du Code civil²⁷⁰.

Jusqu'ici, la jurisprudence révèle bien le souci constant des tribunaux d'assurer la protection du tiers de bonne foi, notamment le créancier ayant obtenu son hypothèque contre valeur, d'un propriétaire dont le titre enregistré est apparemment incontestable²⁷¹. Cependant, la théorie des droits apparents n'a pas encore été appliquée, de façon déterminante, pour justifier les décisions judiciaires en faveur du tiers de bonne foi. Comme on l'a vu, les tribunaux ont pu éviter la controverse, en recourant à des circonstances particulières pour justifier la survie de l'hypothèque à la nullité du titre. Toutefois ils ont également référé aux éléments qui plus tard, seront à la base de la théorie des droits apparents.

En appliquant cette théorie de façon expresse, au cas d'hypothèque consentie par un héritier apparent, les tribunaux réaffirmeront leur préoccupation ferme relativement à la sauvegarde des droits du tiers de bonne foi, au cas de nullité du titre de propriété²⁷². La théorie de la propriété apparente visait d'abord à la protection du tiers de bonne foi, victime de l'erreur commune, seulement dans les cas où il avait contracté avec un héritier

tous. On verra que le créancier hypothécaire pourra conserver son hypothèque, malgré la nullité du titre, à cause des droits provenant de l'apparence et de l'erreur commune à laquelle elle donne lieu.

269. *Méthé c. Gervais*, (1925) 38 B.R. 28, p. 34 et 37.

270. *Id.*, p. 37. Par ailleurs, le juge Allard (p. 35) cite Solon, et il en déduit que la justice d'où procède le principe de l'article 2038 impliquerait elle-même qu'on restreigne ce principe, notamment dans « certaines circonstances où les besoins de la sûreté générale (objet principal des lois) font une nécessité de sacrifier l'intérêt particulier ».

271. *Lighthall c. Craig*, (1884) 1 M.L.R. 275; *Méthé c. Gervais*, *supra*, note 259. Le même souci s'affirme dans les causes où la protection du tiers n'aurait dû causer aucun doute, dans les cas de l'action paulienne : il s'agit des arrêts *Normandin* et *Barsalou*, (*supra*, note 307). Dans ces causes même si on pouvait s'appuyer sur l'article 1038 pour assurer la protection du tiers créancier, on accorde une grande importance à l'apparence découlant de l'enregistrement, de même qu'à la bonne foi du créancier.

272. *Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal c. Viau*, (1976) C.S. 901.

apparent²⁷³. Au Québec, malgré certaines contradictions au départ²⁷⁴, la doctrine et la jurisprudence indiquent que la théorie des droits apparents est applicable aux actes posés par l'héritier apparent²⁷⁵. La démonstration la plus évidente se trouve dans la cause de *Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal c. Viau*²⁷⁶ : l'hypothèque consentie par le légataire, en faveur d'un tiers de bonne foi est valable, malgré l'annulation judiciaire du testament établissant le titre du constituant. L'hypothèque est considérée comme opposable au véritable propriétaire, même si elle a été consentie après l'institution des procédures en nullité du testament²⁷⁷. Le juge constate la

273. E. LEROUX, « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », (1974) 72 *Rev. trim. dr. civ.* 509, p. 518; l'auteur démontre que cette théorie a évolué, et qu'elle n'est plus limitée au cas de la simulation (reconnu par la loi) et à celui de l'héritier apparent.

274. P.B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. I, Montréal, Théoret, 1896, p. 314; H. GERVAIS, *supra*, note 144, p. 81; U. JORON, « De l'interprétation des articles 105 et 106 C.C. », (1933) 35 *R. du N.* 249, p. 253, p. 260.

275. Références concernant le cas de l'héritier apparent : A. LAVALLÉE, « Aliénations par un héritier apparent », (1928-29) 31 *R. du N.* 250 et 267, p. 268; G. BRIÈRE, *Les successions ab intestat*, Montréal, Thémis, 1979, p. 117; *Morin c. Mercier*, (1899) 16 C.S. 35; *Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal c. Viau*, *supra*, note 272. Cette cause, portée en appel, a cependant fait l'objet d'un règlement hors de cour, avant que la Cour d'Appel n'ait à se prononcer; voir le commentaire de M^e J. AUGER, « Les sûretés réelles et personnelles à travers la jurisprudence récente », (1982) 1 *C.P. du N.* 123, p. 140.

Références concernant la protection du tiers de bonne foi advenant la nullité du titre : W. de M. MARLER, *supra*, note 122, p. 394; C. DEMERS, *supra*, note 134, p. 233; G. TRUDEL, *supra*, note 150, p. 225; M. TANCELIN, *supra*, note 48, p. 90; D. JACOBY, « Le transfert contractuel de la propriété dans une perspective de réforme », (1970) *R.J.T.* 65, p. 97. Concernant la protection du tiers au cas d'annulation de quittances qui paraissent valables : *Unity Bank of Canada Ltd c. Royal Trust Co. (Ontario)*, [1979] C.A. 149; *Carpentier c. Déry*, (1877) 5 Q. L.R. 311; *Latulippe c. Grenier*, (1898) 13 C.S. 157.

Concernant la protection du tiers acquéreur de bonne foi en cas d'annulation du titre : *Lafleur c. Donegani*, (1895) 11 R.J.R.Q. 70; *Lamarche c. Bourbeau*, (1921) 27 R. de J. 481; *Rose c. Pinsonneault*, (1927) 65 C.S. 287.

276. [1976] C.S. 901.

Il n'y a pas obligation pour le créancier, de s'assurer au greffe de la cour, que le titre du constituant n'a fait l'objet d'aucune contestation (p. 906). Comparer avec l'opinion du tribunal dans *Rousseau c. Les Placements de l'Argentenaye Inc.*, [1974] C.S. 61; dans ce dernier cas, le tribunal considère que le décret lui-même, comme titre, est assorti d'une condition résolutoire légale qui disparaît, lorsque le délai de contestation, de rigueur, est écoulé. Sur la base de ce jugement, il s'imposerait de se méfier de l'article 2110 du *Code civil*; il y aurait une période de 6 mois (ou 3 ans) pendant laquelle l'enregistrement d'un testament pourrait rétroagir à la date du décès, et conserver les droits du légataire en vertu de ce testament. La prudence commanderait, soit de s'assurer hors de tout doute qu'il n'y a aucun autre testament, soit de laisser expirer les délais, avant d'accepter une constitution d'hypothèque, suite au décès du propriétaire. Au moindre doute, le créancier devrait être informé de la situation, avant que l'acte hypothécaire ne soit signé. Voir à ce sujet : R. VAILLANCOURT, « Examen des titres immobiliers », (1976) 1 *C.P. du N.* 97, p. 103.

277. *Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal c. Viau*, *supra*, note 272.

bonne foi du créancier hypothécaire, condition essentielle à l'application de la théorie des droits apparents. Il note par ailleurs que le titre enregistré, soit un testament judiciairement vérifié, présente les apparences d'un titre parfait, donnant lieu à une erreur réelle, voire invincible de la part du créancier²⁷⁸.

L'erreur doit en effet obéir à certains critères pour être créatrice de droit, selon la maxime « *Error communis facit jus* ». Le droit du constituant doit provenir d'un titre régulier à sa face même et dûment enregistré. La situation apparente doit donner lieu à une erreur commune, soit une erreur découlant d'une apparence de propriété qui s'impose aux tiers, dans des circonstances ordinaires. Dans l'arrêt *Viau*, en l'espèce, le plus prudent des examinateurs de titres aurait pu découvrir la contestation judiciaire dont le testament faisait l'objet, mais le tribunal n'impose pas un devoir de vérification autre que l'examen ordinaire au bureau d'enregistrement. Il semble que la notion d'erreur commune ait eu tendance à s'élargir. Autrefois limitée selon les critères objectifs de l'invincibilité et de l'invisibilité, même pour les plus prudents²⁷⁹, l'erreur commune n'aurait plus besoin d'être invincible. La victime d'erreur qui a agi avec une prudence ordinaire serait fondée à invoquer le droit que la règle juridique fait naître de l'apparence. Le tiers est alors dans un état de « croyance légitime [...], ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier la réalité de la situation apparente »²⁸⁰. L'attitude du tribunal dans l'affaire *Viau* semble plutôt se rapprocher de la notion de simple erreur légitime. En effet, en présence de circonstances apparemment régulières, il n'impose pas l'obligation de s'assurer au greffe du tribunal, que le titre ne fait l'objet d'aucune contestation. De plus, il ne serait pas nécessaire que l'erreur commune provienne d'un acte émanant de l'autorité publique²⁸¹. Il faudrait cependant éviter d'élargir indûment la notion d'erreur commune, puisque celle-ci, en vertu de l'effet qu'elle est susceptible de se voir attribuer par les tribunaux, peut dépouiller un véritable propriétaire dont la bonne foi serait tout aussi évidente que celle du tiers créancier²⁸².

Dans le même souci de maintenir un certain équilibre entre les droits de ces personnes, on a suggéré que le tiers ne devrait pas avoir préséance sur le

278. *Id.*

279. H. MAZEAUD, « La maxime *Error communis facit jus* », (1924) 24 *Rev. trim. dr. civ.* 929, p. 936.

280. F. DERRIDA, *supra*, note 268, p. 7.

281. *Id.*, p. 8; E. LEROUX, *supra*, note 273, p. 529; H. MAZEAUD, *supra*, note 279, p. 939; *contra*: H. DEPAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 57; l'opinion de ce dernier auteur semble approuvée par Y. DESJARDINS, « Certains problèmes particuliers en matière d'examen de titres », (1983) 1 *C.P. du N.*, 113, p. 132-133.

282. Sur les conditions d'appréciation de l'erreur commune, voir E. LEROUX, *supra*, note 273, p. 530 à 535; F. DERRIDA, *supra*, note 268, p. 7.

véritable propriétaire, quand ce tiers aurait obtenu un droit sur une universalité de biens, par exemple en vertu d'une cession de droits successifs²⁸³, ou lorsqu'il aurait obtenu un droit réel à titre gratuit²⁸⁴. La première réserve n'est pas encore applicable en matière hypothécaire, mais la seconde peut s'avérer pertinente, par exemple dans le cas d'une hypothèque consentie pour la garantie d'un prêt personnel antérieurement accordé sans sûreté particulière.

La théorie de la propriété apparente et la maxime « *Error communis facit jus* » cèdent alors le pas au droit du véritable propriétaire et à la règle « *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ». Il en sera de même lorsque le tiers se sera rendu coupable de négligence ou de faute, par exemple, en omettant de prendre des précautions raisonnables. La faute du tiers serait alors exclusive de sa bonne foi²⁸⁵. Ces réserves démontrent que la théorie de la propriété apparente, comme dérogation aux règles ordinaires, tenant à des motifs d'intérêt public et visant à assurer la sécurité des transactions, sera contenue dans des limites plutôt strictes.

Il ne faudrait cependant pas restreindre l'application de la théorie des droits apparents, aux seuls cas où des actes ont été posés par un héritier apparent, ni aux seuls cas où l'apparence est expressément reconnue comme créatrice de droit, en vertu de la loi. Cette théorie permettrait au tiers créancier hypothécaire de bonne foi, victime de l'erreur commune, de conserver son hypothèque²⁸⁶.

Notre conclusion précédente quant à l'application de la théorie des droits apparents est-elle compatible avec la position de la Cour suprême dans la cause de *Denis-Cossette c. Germain*²⁸⁷? Une vérification s'impose à ce sujet, puisqu'on pourrait interpréter ce jugement en suggérant que la théorie des droits apparents s'applique seulement dans les cas spécifiquement prévus par la loi²⁸⁸. Il découlerait de cette interprétation que la théorie des droits

283. F. DERRIDA, *supra*, note 268, p. 10.

284. J. DONNEDIEU DE VABRES, « Les actes de l'héritier apparent », (1940-41) 39 *Rev. trim. dr. civ.* 385, p. 400; voir aussi: F. DERRIDA, *supra*, note 268, p. 10; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, 2^e éd. par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de P. Voisin, Paris, Rousseau & Cie, 1938, n^o 360, p. 386.

285. F. DERRIDA, *supra*, note 268, p. 9; *Lighthall c. Craig*, (1884) 1 M.L.R. 275; *Denis-Cossette c. Germain*, Cour suprême du Canada, 31 mai 1982, rapportée dans R.D., Procédures non contentieuses, document 26, p. 17, où la Cour tient rigueur à l'intimé de n'avoir pas effectué les vérifications nécessaires.

286. Voir références mentionnées *supra* note 275; E. LEROUX, *supra*, note 273, démontre l'élargissement du cadre de la théorie de la propriété apparente; restreinte à l'origine, au cas de l'héritier apparent, elle a été élargie et appliquée dans nombre d'autres instances.

287. *Supra*, note 285.

288. Y. DESJARDINS, *supra*, note 281, p. 32-33.

apparents ne serait d'aucun secours pour le tiers créancier de bonne foi détenant hypothèque d'un propriétaire dont le titre a été annulé.

Il faut reconnaître au départ que la Cour considère la théorie des droits apparents avec un certain scepticisme²⁸⁹. Cependant, le juge cite, au sujet de la protection des tiers de bonne foi, un grand nombre d'arrêtés où la rigueur de la règle « *Resoluto jure dantis...* » a été atténuée, notamment au cas de fraude autre que paulienne, d'erreur, de nullité des actes de l'héritier apparent et d'enregistrement de fausses quittances²⁹⁰. Au sujet de ces arrêtés, il prend soin de mentionner qu'il « réfère à tous ces jugements et arrêtés sans exprimer d'opinion sur leur bien-fondé, en général ou en particulier »²⁹¹. Par ailleurs il est clair dans le jugement que la *ratio decidendi* tient au fait que le vice générateur de la nullité était un vice apparent²⁹². Comme motif additionnel, le juge ajoute que les intimés, en ne requérant pas l'examen des titres, s'exposaient à des risques dont ils doivent porter les conséquences²⁹³. La cour signale en outre que les conséquences néfastes de la nullité ne devraient pas être supportées par des gens qui étaient incapables à l'époque où le contrat a eu lieu²⁹⁴.

Il s'avère donc que le tiers, malgré sa bonne foi²⁹⁵, subit les conséquences de la nullité. La Cour n'avait pas à se prononcer formellement sur la question des droits apparents, pour en arriver à cette conclusion ; elle s'est d'ailleurs expressément refusée de livrer une opinion sur les jugements susceptibles de comporter des appuis à la théorie de l'apparence. En l'espèce, la Cour a considéré que les faits de la cause condamnaient à l'avance le tiers acquéreur, en situant le litige complètement en dehors du cadre possible d'application pour la théorie des droits apparents. On comprendra alors facilement que le tribunal n'ait pas appliqué cette théorie, puisqu'elle était étrangère aux circonstances du litige, et inutile pour en établir la solution. Nous croyons devoir suggérer que ce jugement de la Cour suprême ne constitue nullement un rejet de la théorie des droits apparents, ni une limitation de celle-ci aux seuls cas prévus par la loi de façon expresse. Si le tribunal avait eu une telle intention, de modifier une tendance jurisprudentielle constante en faveur de

289. *Denis-Cossette c. Germain, supra*, note 285, p. 13 : « Lorsque le législateur veut faire exception au principe pour protéger les tiers, il le fait expressément comme à l'article 870 du *Code civil*, relatif à l'héritier apparent, à l'article 1038, relatif à l'action paulienne ou à l'article 2098, relatif à la priorité d'enregistrement ».

290. *Id.*, p. 16.

291. *Id.*

292. *Id.*, p. 17.

293. *Id.*

294. *Id.*, p. 17-18.

295. *Id.*, p. 15. Il aurait pu être considéré que la négligence du tiers exclut sa bonne foi.

la protection des tiers de bonne foi, il ne se serait pas expressément retenu de commenter les autorités sur lesquelles les tiers peuvent s'appuyer. De plus, on peut présumer que le tribunal aurait ainsi statué, dans une espèce où le problème de l'apparence est vraiment pertinent. Tel n'est pas le cas dans l'arrêt *Germain*, puisque le défaut du titre était ostensible, ce qui exclut par le fait même, toute possibilité d'application de l'exception des droits apparents.

Les commentaires de la Cour, permettent cependant de restreindre l'application de la théorie des droits apparents²⁹⁶. Lorsque les droits des incapables sont en jeu, ils auront priorité sur ceux du tiers. Avant de contracter, ce dernier devrait s'assurer du respect des formalités relatives à l'aliénation des biens de l'incapable²⁹⁷. La protection des tiers de bonne foi n'en reste pas moins une préoccupation prioritaire des tribunaux, notamment par le moyen de la doctrine de l'apparence.

Conclusion

La solution au problème de l'hypothèque de la chose d'autrui repose sur deux aspects de la sûreté hypothécaire. L'hypothèque, droit réel de garantie ne peut se former sur le bien d'autrui. En général, le droit réel de garantie sur le bien d'autrui n'existe pas. Aucune préférence ne lui étant accordée en justice, l'hypothèque de la chose d'autrui se trouve ainsi neutralisée fort simplement, sans qu'il ne soit besoin de brandir la nullité absolue résultant de la supposée incapacité d'aliéner qui frapperait le constituant non propriétaire. Un droit qui n'existe pas ne peut être exercé en justice.

Ce constat n'épuise cependant pas la question de l'hypothèque du bien d'autrui. En effet, l'analyse de l'affectation hypothécaire comme contrat révèle que l'acte peut être conclu même si la sûreté réelle ne se forme pas à l'instant de la signature de l'acte authentique. Il n'en découle pas nécessairement que l'affectation hypothécaire de la chose d'autrui soit un contrat valable purement et simplement. Au contraire, vu le défaut frappant ce type de contrat, défaut principalement relié à l'impossibilité juridique de son objet,

296. *Id.*, p. 17-18, « Les intimés Germain ne nous ont donc indiqué aucune raison, aucun précédent et aucun auteur qui nous justifieraient d'écarter les principes généraux au seul motif qu'ils seraient des tiers acquéreurs de bonne foi. On peut même douter que l'on puisse jamais le faire pour ce motif à l'encontre de mineurs. La loi prend des précautions innombrables pour les protéger. Il serait trop facile de les priver de cette protection s'il suffisait pour le tuteur de trouver des tiers acquéreurs de bonne foi ». « [...] ils doivent, à mon avis, en porter les conséquences et non pas les faire porter par les appelants qui étaient, eux, des incapables à l'époque, et qui se trouvaient impuissants à se défendre ».

297. Il semble que la même prudence serait de mise lorsqu'une aliénation requiert des formalités spéciales, par exemple, la vente pour taxes, la vente en justice et la vente par un syndic de faillite. Une attention spéciale devrait être portée à l'observance des formalités prescrites.

l'affectation hypothécaire du bien d'autrui est susceptible de nullité. Le caractère simplement relatif de cette nullité prend alors une importance toute spéciale puisqu'il explique la disparition du défaut et la consolidation de l'acte hypothécaire lorsque le bien affecté parvient aux mains du constituant. Quant au véritable propriétaire, les prérogatives de son droit le mettent à l'abri ; l'affectation de son bien par un tiers lui est simplement inopposable de fait. Ce n'est que de façon très exceptionnelle que pour la protection du tiers créancier de bonne foi, des droits hypothécaires peuvent être valablement exercés alors même qu'ils n'émanent pas du propriétaire du bien visé.

Pour terminer, il est intéressant de constater que l'avant-projet de loi traitant des sûretés et de la publicité des droits dans le cadre de la refonte du *Code Civil*, prévoit d'une part, en son article 2829, que « L'hypothèque sur le bien d'autrui ou sur un bien futur ne porte sur ces biens qu'à compter du moment où le constituant devient le titulaire du droit hypothéqué ». D'autre part, dans la section de l'hypothèque conventionnelle, le projet ne fait nulle mention de la sanction du contrat hypothécaire visant le bien d'autrui.