

## Les Cahiers de droit



# De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet

François Frenette

Volume 39, Number 4, 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043512ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043512ar>

[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

This paper deals with the object of a hypothecary right. By carefully examining this object, one may better realise, on the one hand, just how a hypothecary right is a real right and, on the other, how the content of this real right of warranty may be more easily defined. By examining the object of a hypothecary right, one also may observe the extent to which a hypothec — from start to finish — is under the influence of its object

### Cite this article

Frenette, F. (1998). De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet. *Les Cahiers de droit*, 39(4), 803–822. <https://doi.org/10.7202/043512ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1998

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

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

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

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

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

# De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet

---

François FRENETTE\*

*Le présent article est consacré à l'objet du droit d'hypothèque. Si l'on porte un regard attentif sur cet objet, il est possible, d'une part, de mieux saisir en quoi le droit d'hypothèque constitue un droit réel et, d'autre part, de définir plus facilement le contenu de ce droit réel de garantie. Le regard posé sur l'objet du droit d'hypothèque permet également de constater à quel point l'hypothèque est, de sa naissance à son extinction, sous l'empire de son objet.*

---

*This paper deals with the object of a hypothecary right. By carefully examining this object, one may better realise, on the one hand, just how a hypothecary right is a real right and, other the other, how the content of this real right of warranty may be more easily defined. By examining the object of a hypothecary right, one also may observe the extent to which a hypothec — from start to finish — is under the influence of its object.*

---

|                                                                                  | Pages |
|----------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. La sûreté hypothécaire est un droit réel dans le droit d'autrui .....         | 805   |
| 1.1 L'hypothèque a toujours pour objet un droit .....                            | 805   |
| 1.1.1 Les droits réels peuvent avoir pour objet un droit .....                   | 806   |
| 1.1.2 L'hypothèque ne peut avoir pour objet qu'un droit .....                    | 808   |
| 1.2 L'hypothèque procure au créancier la valeur du droit donné en garantie ..... | 809   |

---

\* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

|       |                                                                                                                      |     |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.2.1 | Les droits réels principaux comprennent les <i>utilités que la chose elle-même</i> est susceptible de procurer ..... | 809 |
| 1.2.2 | L'hypothèque comprend l' <i>utilité principale que le droit</i> dans la chose procüre .....                          | 810 |
| 2.    | <b>La sûreté vit au rythme des changements dans le droit et dans l'objet du droit hypothéqué</b> .....               | 812 |
| 2.1   | L'évolution possible du droit hypothéqué et son impact sur la sûreté hypothécaire .....                              | 813 |
| 2.1.1 | La formation du droit hypothéqué .....                                                                               | 813 |
| 2.1.2 | La permutation du droit hypothéqué .....                                                                             | 815 |
| 2.1.3 | L'aliénation du droit hypothéqué .....                                                                               | 817 |
| 2.1.4 | L'extinction du droit hypothéqué .....                                                                               | 818 |
| 2.2   | La transformation possible de l'objet du droit hypothéqué et son impact sur la sûreté hypothécaire .....             | 819 |
| 2.2.1 | L'augmentation et la diminution de l'objet du droit hypothéqué .....                                                 | 819 |
| 2.2.2 | La détérioration et la dégradation de l'objet du droit hypothéqué .....                                              | 820 |
| 2.2.3 | Le changement de nature de l'objet du droit hypothéqué .....                                                         | 821 |
| 2.2.4 | La disparition de l'objet du droit hypothéqué .....                                                                  | 822 |
|       | <b>Conclusion</b> .....                                                                                              | 822 |

En droit positif québécois, le discours sur la sûreté hypothécaire est presque exclusivement centré sur la mécanique appliquée, voire la « plomberie ». Certaines questions de fond sont carrément laissées pour compte ou, ce qui n'est guère mieux, traitées superficiellement au motif, généralement inavoué, qu'elles sont théoriques et, partant, inutilement encombrantes dans un monde où la pratique trône forcément en reine puisqu'il est question de gros sous dont il faut assurer efficacement la protection. C'est oublier hélas ! que la solution à plus d'un problème grave d'ordre pratique en matière d'hypothèque passe inéluctablement par la réponse d'abord donnée à ces questions de fond, dont notamment celles ayant trait à la nature de l'hypothèque et à son objet.

La première partie de notre exposé cherche à déterminer en quoi exactement l'hypothèque est un droit réel et à quoi correspond précisément le contenu de ce droit. Pour ce faire, il faut d'abord identifier clairement l'objet du droit d'hypothèque. Prenant en compte la nature particulière de cet objet, la deuxième partie de notre exposé tente d'apprécier avec rigueur les conséquences découlant de changements dans le droit et dans l'objet du droit hypothéqué. Ces changements sont susceptibles de survenir entre le moment de la signature de l'acte portant affectation hypothécaire et celui où le créancier choisit d'exercer l'un des quatre recours d'exécution prévus à la définition même de son droit par le législateur.

Plus d'un jurisconsulte nous a précédé dans l'une ou l'autre des voies qu'il nous est apparu opportun d'explorer. Justes mais souvent inachevées, leurs idées ou observations sont autant de fils épars que nous avons songé à rassembler et à développer dans la perspective d'une sûreté qui s'est généralisée et dont le domaine s'étend désormais aux meubles, aux universalités ainsi qu'aux biens d'autrui et à venir.

## 1. La sûreté hypothécaire est un droit réel dans le droit d'autrui

Le point de départ de toute discussion se situe à l'article 2660 du *Code civil du Québec* qui définit l'hypothèque. D'entrée de jeu, l'hypothèque est rattachée à la catégorie des droits réels. Le siège de cette réalité ne nous est toutefois pas révélé par la définition, du moins pas clairement. Or, c'est en examinant d'abord la question de l'objet du droit d'hypothèque, pensons-nous, qu'il sera possible de faire un peu de lumière sur la qualification de l'hypothèque comme droit réel.

### 1.1 L'hypothèque a toujours pour objet un droit

Sous l'empire de l'ancien Code, les dispositions en matière d'hypothèque étaient *essentiellement*<sup>1</sup> rédigées en fonction d'une sûreté consentie par le *propriétaire d'un immeuble*, et plus particulièrement d'un immeuble par nature. Participant à cette mystique séculaire de l'anéantissement total de la propriété dans son objet corporel, qui se traduit par une élision bien connue dans le langage des biens, le législateur de 1866 s'était donc tout naturellement exprimé en faisant abstraction du droit. Le bien hypothéqué *paraissait dès lors être* l'immeuble par nature lui-même<sup>2</sup>.

La distinction entre le droit de propriété et son objet et la dématérialisation possible de cet objet sont aujourd'hui choses connues et reconnues<sup>3</sup>, même par le législateur<sup>4</sup>. Cela ne se traduit cependant pas avec toute la rigueur souhaitée dans tous et chacun des articles du *Code civil du Québec*.

1. Nous précisons *essentiellement*, mais non « exclusivement » puisque le droit d'hypothéquer était expressément reconnu à l'emphytéote (570 C.c.B.C.).

2. Lire les articles 2016 à 2081 C.c.B.C., notamment les articles 2016-2017, 2021, 2042, 2054 et 2081 (1), ainsi que les articles 376 et 2374-2382 C.c.B.C.

3. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 2, Paris, Sirey, 1961, p. 10 ; H. MAZEAUD *et al.*, *Leçons de droit civil*, 4<sup>e</sup> éd., t. II par Michel de Juglart, Paris, Éditions Montchrestien, 1969, p. 6, 17-22 ; C. ATIAS, *Droit civil — Les biens*, Paris, Librairies techniques, 1980, pp. 60 et suiv. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V par René Dekkers, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1953, pp. 545-546 ; A. WEILL, *Droit civil — Les biens*, t. II, Paris, Dalloz, 1970, pp. 25-29.

4. Voir en particulier : R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interest and Other Heresies », (1994) 39 *McGill L. J.* 761.

Comme la *perspective* de l'ancien Code est demeurée inchangée dans le nouveau en matière de sûreté, le discours relaps est plutôt fréquent et l'objet véritable de l'hypothèque reste ainsi voilé. Il importe donc encore et toujours de bien l'identifier.

### 1.1.1 Les droits réels peuvent avoir pour objet un droit

Si le législateur a autrefois qualifié et qualifie encore l'hypothèque de droit réel, c'est qu'il a retenu et fait sienne la classification des biens patrimoniaux en droits réels et droits personnels<sup>5</sup>. Cette classification, aussi fondamentale que traditionnelle, a été à la fois critiquée et contestée par des auteurs de renom<sup>6</sup>. Imparfaite, elle demeure toutefois essentielle en l'absence de toute autre théorie expliquant mieux sur le plan juridique comment les choses, corporelles ou incorporelles, sont mises au service des personnes. C'est ce qu'a compris le législateur lors de la recodification, et il faut prendre acte de sa position à cet égard. *Toute discussion sur le bien-fondé de cette position et toute remise en question de la distinction classique elle-même doivent donc être poursuivies en d'autres lieux et en d'autres temps*<sup>7</sup>.

Le droit réel est celui qu'une personne a sur une chose (*jus in re*). Le droit personnel est celui qu'une personne a à l'encontre d'une autre personne relativement à une prestation de faire ou de ne pas faire (*jus ad personam*). *La spécificité du droit réel tient tout entière dans l'existence de ce rapport bipartite entre une personne et une chose, dans le fait qu'il n'y a rien ni personne entre le sujet et l'objet du droit*. Qu'il y ait une ou plusieurs personnes à l'un des pôles de la relation et que la chose soit corporelle ou incorporelle, mobilière ou immobilière, à l'autre pôle n'influent aucunement sur la qualification du rapport juridique. L'essentiel est et demeure la structure du lien de droit, et ce, par delà même la nature et le nombre des utilités que le lien de droit permet à son titulaire de tirer

5. Voir les articles 899, 904, 911-912, 921, 928, 930, 932, 947, 1009, 1433, 1453-1455 et 2660 C.c.Q. et surtout les articles sur la publicité des droits (art. 2934-3070 C.c.Q., établissant *inter alia* un registre foncier principalement pour les droits réels immobiliers et un registre des droits personnels et réels mobiliers); aussi, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, t. I, p. 882.

6. Pour un résumé de la situation, voir notamment et à titre d'exemple: A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, refondu par Léon Julliot de la Morandière, t. II, Paris, Dalloz, 1959, pp. 12-17; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 3, pp. 12-14; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, Paris, PUF, 1969, pp. 47-48; F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », (1982) 81 *Rev. trim. dr. civ.* 705, 710.

7. Sur la distinction entre droit réel et droit personnel et, surtout, la spécificité du droit réel, voir C. ATIAS, *op. cit.*, note 3, pp. 60-61, 65-66; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 6, pp. 39-44; G. CORNU, *Droit civil*, t. I, Paris, Éditions Montchrestien, 1980, pp. 28-30; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 165-189.

directement de la chose avec laquelle il est en contact immédiat. *Cette dernière question a en effet simplement trait au contenu du droit et non pas à sa définition comme droit réel*<sup>8</sup>.

Enfin, il faut éviter de croire, comme certains l'ont fait<sup>9</sup>, que la réalité du droit d'hypothèque découle directement du droit de suite et/ou du droit de préférence prévus à la définition de la sûreté. Il s'agit là tout simplement de traits consécutifs à la nature du droit réel. *Ils ne sont pas constitutifs d'état*. Ainsi, et comme l'indiquent les articles 2674 et 2700 C.c.Q., le droit de suite n'existe pas lorsqu'il y a eu aliénation dans le cours des activités de l'entreprise. Par ailleurs, le créancier prioritaire jouit d'un droit de préférence sans être pour autant titulaire d'un droit réel.

Se référant aux droits réels sans les définir, le législateur a également évité de les énumérer. La lecture combinée des articles 911, 912, 947, 1009 et 1119 C.c.Q. permet cependant de comprendre qu'il s'agit au premier chef du droit de propriété et, à tout le moins, des modalités et démembrements *nommés* de la propriété, soit la copropriété sous ses deux variantes<sup>10</sup>, la propriété superficière (art. 1011 et 1110-1118 C.c.Q.), l'usage (art. 1172-1176 C.c.Q.), l'usufruit (art. 1120-1171 C.c.Q.), l'emphytéose (art. 1115-1211 C.c.Q.) et la servitude (art. 1177-1194 C.c.Q.). L'hypothèque mentionnée à l'article 2660 C.c.Q. complète cette liste qui n'est pas forcément close, comme le laisse entendre le texte des articles 911(1)-912 C.c.Q.<sup>11</sup> et, surtout, de l'article 1119 C.c.Q.<sup>12</sup>.

- 
8. « Il ne faut pas confondre l'objet d'un droit avec son contenu. Le contenu d'un droit est ce qui le délimite dans son mode et dans son étendue : il inclut telle prérogative ou tel faisceau de prérogatives. L'objet du droit est ce sur quoi porte le droit ainsi délimité » : J. DABIN, *op. cit.*, note 7, pp. 168-169.
  9. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. IX, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, pp. 83-84 ; Y. CARON et S. BINETTE, « Des hypothèques (Document 1) », dans S. BINETTE (dir.), *Des hypothèques*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1991, p. 1, à la page 46 ; P. CIOTOLA, « La réforme des sûretés sous le Code civil du Québec », dans *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy, PUL, 1993, pp. 350-351 ; L. PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 84.
  10. Les deux variantes sont la copropriété par indivision (art. 1012-1037 C.c.Q.) et la copropriété divisée d'un immeuble (art. 1038-1109 C.c.Q.).
  11. « d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel ».
  12. « sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels ». Il était reconnu depuis un certain temps d'ailleurs que les démembrements de la propriété n'étaient pas limités aux démembrements nommés en loi : W. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs and Co. (Eastern), 1932, p. 498 ; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, t. III, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 101 ; F. FRENETTE, « De l'emphytéose au louage ordinaire par la voie mal éclairée du doute », (1977) 18 *C. de D.* 557, 564 ; M. CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3, 28-29.

L'objet de certains des droits réels précédemment mentionnés sera toujours, particularité de l'institution oblige dans chaque cas, un immeuble corporel. C'est le cas de la propriété superficière (art. 1011 et 1110 C.c.Q.), de la copropriété divisée d'un immeuble (art. 1038 C.c.Q.), de l'emphytéose (art. 1195 C.c.Q.) et de la servitude (art. 1177 C.c.Q.). L'usufruit et, par voie de conséquence (art. 1176 C.c.Q.), l'usage peuvent porter sur des créances (art. 1131-1134 C.c.Q.), c'est-à-dire des droits personnels. L'article 1784 C.c.Q. permet d'arriver à la même conclusion pour le droit de propriété et, par voie de conséquence encore une fois, pour la propriété par indivision. Quant à l'hypothèque, il suffit de lire les articles 2710-2713 et 2743-2747 C.c.Q. pour reconnaître qu'elle peut porter sur un droit. Le libellé de l'article 2666 C.c.Q. semble toutefois interdire toute conclusion selon laquelle l'objet de l'hypothèque est toujours un droit<sup>13</sup>. Et pourtant...

### 1.1.2 L'hypothèque ne peut avoir pour objet qu'un droit

Comme l'observait justement le doyen A. Weill, « par elles-mêmes, les choses n'ont pas de valeur ; elles ne procurent d'utilité que par l'effet des droits dont elles sont susceptibles ; ce sont ces droits qui ont une valeur et qui, par là même, sont des biens<sup>14</sup> ». N'étant pas par définition, et il n'y a pas la moindre querelle à ce sujet en doctrine, un droit réel de jouissance au même titre que la propriété, ses modalités et ses démembrements nommés, l'hypothèque n'a d'autre possibilité et alternative que de porter précisément non pas sur la matérialité des choses mais plutôt sur les droits les coiffant, sur les biens qui ont une valeur. C'est ce qui intéresse au premier chef le créancier d'ailleurs, et ce, jusqu'à concurrence de la valeur du droit qu'il aura escompté à celui qui le greève. Ainsi, et à l'instar du professeur Pratte<sup>15</sup>, que M<sup>e</sup> Éloi Poulin<sup>16</sup> avait précédé dans cette voie il y a quelques années déjà, il faut reconnaître que seuls les biens incorporels peuvent être et sont effectivement hypothéqués<sup>17</sup>. Cela comprend, bien entendu, le droit de propriété dont l'ellipse est attribuable à l'influence persistante de vieux schèmes de pensée sur la technique de rédaction des lois, influence atteignant son paroxysme à l'article 2666 C.c.Q. où la propriété devient bien

13. Art. 2666 C.c.Q. : « L'hypothèque greève soit un ou plusieurs biens particuliers, *corporels* ou incorporels ».

14. A. WEILL, *op. cit.*, note 3, p. 3.

15. D. PRATTE, *Droit des sûretés*, Faculté de droit, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, 1993, p. 8, n<sup>os</sup> 103-104.

16. É. POULIN, *L'hypothèque de la chose d'autrui*, thèse, Université Laval, Faculté de droit, 1983, pp. 34-66. Cet auteur avait lui-même été précédé au Québec par Louis BAUDOUIN, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 932.

17. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 9, pp. 112-113.

corporel, mais disparaissant complètement à l'article 2670 C.c.Q. où le droit hypothéqué est enfin présenté comme l'objet véritable de la sûreté hypothécaire. À la propriété même lorsqu'elle est nue, et ses modalités, s'ajoutent le droit d'usage, s'il y a eu établissement à titre cessible (art. 1176, 1177 et 2681 C.c.Q.), le droit d'usufruit (art. 1135 C.c.Q.) et le droit d'emphytéose (art. 1199-1200 (1) C.c.Q.). Comme le droit de servitude est constitué au profit d'un immeuble corporel et est indissolublement lié à la propriété de cet immeuble, il peut être hypothéqué à titre accessoire de la propriété du fonds dominant, mais jamais par lui-même à titre principal. Les articles 2743 C.c.Q. et suivants disposent de façon spécifique des cas des créances et la généralité des articles 2660 et 2666 C.c.Q., avec la précision donnée concernant le mot « corporel », englobe le cas de tous les autres droits quelconques, tels que les droits d'auteur, les droits intellectuels, les brevets d'invention, dans la mesure où les textes de loi les régissant ne contiennent aucune restriction directe ou indirecte à cet égard.

## **1.2 L'hypothèque procure au créancier la valeur du droit donné en garantie**

L'existence d'un rapport bipartite entre le créancier hypothécaire et le droit hypothéqué, avons-nous démontré, fonde et détermine la qualification de l'hypothèque comme droit réel. Il faut maintenant découvrir le contenu de ce droit, isoler l'utilité qu'il procure effectivement à son titulaire. Or, la question, souvent confondue avec la « réalité » même du droit, est l'objet d'un âpre débat qui a pour fond de scène le droit de propriété lui-même et sa bonne intelligence. Comme dans toute affaire en apparence complexe où la solution au problème finit, en bout de ligne, par être simple, il importe de garder un esprit ouvert pour trouver la bonne voie.

### **1.2.1 Les droits réels principaux comprennent les *utilités que la chose elle-même est susceptible de procurer***

La propriété est universellement considérée comme le droit réel par excellence, comme celui qui donne vocation, actuellement et éventuellement, à toutes les utilités que la chose est susceptible de procurer. C'est à partir de la propriété, et plus particulièrement mais non exclusivement du faisceau traditionnel de ses prérogatives, que les autres droits réels ont été conçus et élaborés.

Le prototype des droits réels, la propriété, et tous ses dérivés font l'objet d'une classification en droits réels principaux, dits également du « premier degré », et droits réels accessoires, pareillement dits du « second

degré » ou « de garantie »<sup>18</sup>. Parmi les droits réels principaux figurent le droit de propriété (avec ses modalités), bien entendu, et ses démembrements nommés : l'usage, l'usufruit, l'emphytéose et la servitude. L'hypothèque, pour sa part, occupe, en droit civil québécois, tout le champ des droits réels accessoires. La distinction entre les deux catégories de droits provient de ce que l'hypothèque existe pour sûreté de dette et, dès lors, « n'est qu'un accessoire » (art. 2661 C.c.Q.) de « l'obligation dont elle garantit l'exécution » (art. 2661 C.c.Q.). Il n'en est point de même pour les droits réels principaux qui « ont leur utilité en eux-mêmes<sup>19</sup> » et dont l'existence ainsi que l'exercice ne dépendent pas d'un autre droit.

Les droits réels principaux ont la particularité de donner à tout le moins accès à l'usage et à la jouissance du bien. « Ils traduisent la nécessité où est l'homme, pour vivre, de se servir des choses et de les consommer<sup>20</sup> ». Tel n'est pas le cas en principe pour l'hypothèque. Le fait est indéniable et constituerait, au dire de plusieurs<sup>21</sup>, un facteur dirimant par rapport à toute reconnaissance de l'hypothèque comme démembrement de la propriété. Certains vont plus loin et affirment que l'hypothèque « ne confère, contrairement aux droits réels normaux, ni l'*usus*, ni le *fructus*, ni l'*abusus*, ni même aucun de ces trois éléments pris isolément<sup>22</sup> ».

### 1.2.2 L'hypothèque comprend l'utilité principale que le droit dans la chose procure

À partir de l'instant où la propriété est définie comme un droit général et plénier rassemblant et procurant tous les avantages actuels et éventuels qui peuvent être tirés d'un bien, bref comme le droit réel contenant tous les autres en germe, il devient impossible de refuser la qualification de démembrement à tout droit réel quelconque accordant un avantage particulier à son titulaire. Ce constat peut déplaire, mais il est inéluctable. Le sens donné à « démembrement » peut être contesté aussi bien que le terme lui-même<sup>23</sup>, mais tout changement de contenu ou d'étiquette n'autorise pas pour autant la création *ex abrupto* et *ex nihilo* de droits réels. Le *sui generis* est et restera en effet toujours un faux-fuyant, car les distinctions d'*espèce* sont les seules logiquement possibles en l'occurrence.

18. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 6, p. 40. Voir aussi : G. CORNU, *op. cit.*, note 7, pp. 28-29 et 348-349 ; C. ATIAS, *op. cit.*, note 3, pp. 67-69 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, note 3, t. VI, p. 719.

19. A. WEILL, *op. cit.*, note 3, p. 10.

20. *Ibid.*

21. Voir la doctrine citée par É. POULIN, « L'hypothèque de la chose d'autrui », (1989) 30 C. de D. 283, 291, à sa note 22. Il est à noter cependant que L. PAYETTE, *op. cit.*, note 9, p. 129, finit par qualifier l'hypothèque de démembrement.

22. H. DE PAGE, *op. cit.*, note 3, t. VI, p. 719 ; D. PRATTE, *op. cit.*, note 15, p. 20.

23. H. DE PAGE, *op. cit.*, note 3, t. VI, pp. 162-165 ; J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », (1962) 60 *Rev. trim. dr. civ.* 20, 30.

Revoyons tout cela. Il est vrai que l'hypothèque ne permet pas au créancier de se servir de la chose elle-même et, partant, qu'elle ne s'apparente pas à l'un des démembrements nommés de la propriété. Il est également vrai que la propriété est susceptible de décompositions, de cisaillements autres que ceux réglementés sous le couvert d'une appellation consacrée. L'article 1119 C.c.Q. précise bien que « l'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont *des* démembrements du droit de propriété » et non pas *les* démembrements du droit de propriété. Le législateur nous donne même un exemple de la chose en indiquant, à l'article 1110 C.c.Q., que le droit d'accession, attaché à la qualité de propriétaire au même titre que les trois attributs classiques du domaine, peut être cédé, détaché du faisceau des prérogatives de la propriété. *Il suit donc que le droit réel d'hypothèque doit être rangé parmi les démembrements de la propriété parce qu'il est issu du modèle type de tous les droits réels, parce qu'il en émane. Le droit réel d'hypothèque n'aura toutefois pas le même contenu que les démembrements nommés de la propriété.*

Admettre que le contenu du droit réel d'hypothèque diffère de celui des démembrements nommés de la propriété signifie-t-il que ce droit donne accès à des services ou utilités méconnus, exorbitants des attributs traditionnels ? Certains l'ont cru<sup>24</sup>. Nous ne pensons pas, quant à nous, qu'il soit nécessaire d'aller à pareille extrémité. En effet, si l'usager en certains cas, l'usufruitier et l'emphytéote ont la faculté d'hypothéquer, c'est que les attributs traditionnels de la propriété comprennent une dimension capable d'expliquer le contenu du droit réel d'hypothèque. Pour bien percevoir cette dimension, il faut cependant modifier l'angle d'approche en revenant sur un point bien établi précédemment.

Ainsi qu'il a été démontré, l'hypothèque porte sur un droit et uniquement sur un droit. Cet objet du droit réel d'hypothèque impose sa loi et empêche de considérer les attributs traditionnels de la propriété de la même façon que lorsqu'ils s'exercent sur la matérialité de la chose. Qui plus est, et comme nous l'avons déjà indiqué, *c'est le droit grevé d'hypothèque et non l'objet de tel droit grevé qui a une valeur patrimoniale*. C'est précisément cette valeur ou, pour être plus exact et conforme aux habitudes de pratique<sup>25</sup>, une partie de cette valeur qui est non pas simplement mise en réserve au profit du créancier hypothécaire, comme l'ont prétendu

24. C. MOULY, « Hypothèques, définition, caractère, effets », dans *Jurisclasseur notarial, Répertoire doctrinal*, t. II, Paris, Éditions techniques, 1981, Hypothèque, art. 2114-2117, p. 7.

25. Sauf lorsqu'il est question de capital de risque, les institutions de crédit n'accordent jamais au constituant d'hypothèque la pleine contre-valeur en argent du droit grevé, mais un pourcentage variable, de 75 p. 100 en moyenne.

plusieurs<sup>26</sup> mais bel et bien transférée *de suite* audit créancier moyennant espèces sonnantes et trébuchantes. Le débiteur hypothécaire ne dispose pas de son droit, il ne cède qu'une partie de sa valeur pour toucher une fraction du capital qu'il représente. À la suite de l'hypothèque, la valeur du droit réel principal ou la valeur de la créance grevée n'appartient plus à son titulaire. Il l'a temporairement épuisée pour partie et ne peut l'accorder à personne d'autre ni l'obtenir de personne d'autre pour un temps. Elle est entre les mains du titulaire de droit hypothécaire jusqu'au jour du remboursement de la considération du transport de valeur ou, si tel remboursement n'a pas lieu, d'une manière définitive après l'exercice d'un des quatre recours annoncés à l'article 2660 C.c.Q. et conçus pour opérer la concrétisation de cette valeur. Avant l'une ou l'autre éventualité, le titulaire du droit d'hypothèque peut disposer de cette valeur ou l'escompter.

En conclusion, le contenu du droit réel d'hypothèque, c'est la faculté de pouvoir tirer profit de la valeur de son objet, lequel est un droit réel ou personnel accordant lui-même à son titulaire, c'est-à-dire le débiteur, la faculté de jouir et/ou de disposer d'un bien, ou encore d'exiger l'exécution d'une prestation de faire ou de ne pas faire. *L'élément valeur s'attache donc au contenu et non à l'objet du droit d'hypothèque.* Qui plus est, cette valeur patrimoniale (les expressions « pécuniaire », « monétaire », « financière » et « économique » étant toutes aussi acceptables aux fins de discussion) n'est pas une dimension manquante à la propriété ou à ses composantes habituelles, articulées sous forme de démembrements nommés, puisque le propriétaire, l'usager, l'usufruitier ou l'emphytéote qui dispose à titre onéreux de son droit puise à même la valeur de son droit et le transforme du coup en capital.

## 2. La sûreté vit au rythme des changements dans le droit et dans l'objet du droit hypothéqué

Tout droit réel doit, par définition et en raison même de sa structure donc, avoir un objet qui existe d'ores et déjà et qui est déterminé<sup>27</sup>. Ces exigences, il est facile de le deviner, peuvent mettre à mal un régime hypothécaire reconnaissant la possibilité d'une sûreté portant sur des biens futurs ou des universalités de biens. En réalité, les difficultés probables sont beaucoup plus importantes en nombre que ne peut le laisser croire un premier examen de la situation. Tout en faisant abstraction des aléas affé-

26. À titre d'exemple, C. ATIAS, *op. cit.*, note 3, p. 69; G. CORNU, *op. cit.*, note 7, p. 349; J. DESLAURIERS, *Les sûretés réelles, notes de cours*, Sainte-Foy, PUL, 1997-1998, pp. 124-125. Pour C. MOULY, *op. cit.*, note 24, p. 18, cette valeur économique constitue l'objet du droit d'hypothèque.

27. H. DE PAGE, *op. cit.*, note 3, t. V, p. 729; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 6, p. 43; J. DABIN, *op. cit.*, note 7, p. 177; C. ATIAS, *op. cit.*, note 3, p. 65.

rents à l'obligation dont l'hypothèque garantit l'exécution, il faut en effet prendre en considération que l'objet du droit d'hypothèque doit, dans la majorité des cas, porter lui-même sur un bien présent et déterminé, lequel n'est pas, pour sa part, à l'abri de modifications susceptibles d'avoir des conséquences. Il faut également tenir compte, par delà la portée normale et rigoureuse de certaines règles, du désir du législateur de procurer un ou plusieurs des effets liés à la publication de la sûreté hypothécaire en l'absence des conditions d'existence de la sûreté elle-même. Il agit alors pour des raisons de commodité et fait appel à la fiction pour atteindre ses fins.

## **2.1 L'évolution possible du droit hypothéqué et son impact sur la sûreté hypothécaire**

Certaines étapes du cheminement de l'objet du droit d'hypothèque sont plus critiques que d'autres, mais chaque étape allant de la formation à l'extinction du droit hypothéqué pose problème.

### **2.1.1 La formation du droit hypothéqué**

Le cas du droit de propriété englobe, aux fins de développement, celui de tous les démembrements de la propriété susceptible d'hypothèque. Il est peu probable cependant que le titulaire éventuel d'un démembrement de la propriété l'hypothèque avant que son droit entre dans son patrimoine. Il n'existe aucune pratique en ce sens. Ce qui sera dit pour le droit de propriété vaudra également pour les droits de créances, car la nature du droit importe peu en l'espèce.

Lorsqu'une personne hypothèque la propriété d'un bien ne lui appartenant pas ou la propriété d'un bien n'ayant pas encore pris corps, *l'hypothèque n'existe tout simplement pas faute d'objet*. Le droit réel d'hypothèque manque d'objet au premier degré pour le bien d'autrui et d'objet au second degré pour le bien à venir. L'hypothèque naîtra effectivement et portera sur le droit grevé quand et uniquement quand, comme l'indique si bien l'article 2670 C.c.Q., le constituant deviendra titulaire de ce droit. Avant cet instant, la valeur que le constituant était censé transmettre par voie d'affectation hypothécaire n'était pas encore dans son patrimoine. Elle se trouvait dans le patrimoine de quelqu'un d'autre ou n'était pas encore créée.

Il est à noter, et nous devons insister sur ce point, que ce ne sont pas simplement les effets de l'hypothèque qui sont retardés ou repoussés dans le temps, c'est son existence même, y compris entre les parties<sup>28</sup>. Lorsque

---

28. *Contra* : L. PAYETTE, *op. cit.*, note 9, p. 98. Cet auteur ne paraît pas faire de différence entre l'existence légale du droit d'hypothèque suivant les exigences prévues en loi et le fait qu'une personne a signé un document d'affectation hypothécaire.

le constituant est titulaire du droit qu'il entend grever d'hypothèque, l'affectation hypothécaire et la naissance du droit réel d'hypothèque ont lieu en même temps lors de la signature de l'acte. Les parties sont liées et le droit réel acquis par le créancier hypothécaire reste à être publié pour devenir opposable aux tiers et prendre rang. Les articles 2663 et 2941 (1) C.c.Q. précisent ce dernier point, alors que les articles 1453 (1) et 2941 (2) C.c.Q. font de même pour le premier point. Par ailleurs, quand le constituant d'hypothèque n'est pas encore titulaire du droit qu'il cherche à grever, l'affectation hypothécaire et l'établissement véritable du droit réel d'hypothèque ont forcément lieu à des moments différents. Les parties n'en sont pas moins liées dès la signature de l'acte suivant les dispositions générales du Code en matière d'obligations (art. 1433 et suiv. C.c.Q.). L'article 2941 (2) C.c.Q., parlant des effets que les droits produisent entre les parties sans égard au fait de leur publication, ne peut cependant et en aucune façon être invoqué, vu la réserve terminale du « sauf disposition expresse de la loi » dans le même paragraphe, pour soutenir en l'espèce que l'hypothèque a de plus été créée et a effet entre les parties. C'est la loi qui fixe les conditions de l'hypothèque, dit l'article 2664 C.c.Q., et la condition requise pour que l'hypothèque existe et greve le droit du constituant, c'est, d'ajouter l'article 2670 C.c.Q., la titularité acquise de ce droit par ledit constituant. Une fois la titularité du droit acquise, l'hypothèque naît et peut profiter des bienfaits attachés à sa publication. Si la publication a déjà eu lieu, tels bienfaits sont suspendus jusqu'à la date de l'inscription du titre du constituant en matière de droits réels immobiliers (art. 2948 C.c.Q.) ou ils valent, à titre exceptionnel et parce que le titre d'acquisition des droits réels mobiliers et des droits personnels ne fait pas l'objet d'une inscription, depuis la date de publication de l'hypothèque visant le meuble d'autrui ou le meuble à venir (art. 2954 C.c.Q.). Dans ce dernier cas, il y aurait, nonobstant les termes de l'article 2954 C.c.Q., subordination à l'hypothèque acquise du propriétaire véritable et publiée avant transfert de son titre, mais après celle qui émane du propriétaire éventuel<sup>29</sup>.

L'article 2670 C.c.Q. embrasse dans son application le ou les biens particuliers aussi bien que celui ou ceux considérés dans le contexte d'une universalité. Le droit doit d'abord entrer dans le patrimoine du constituant pour que l'hypothèque puisse voir le jour. Vient ensuite et ensuite seulement la question afférente à l'opposabilité et au rang de l'hypothèque. Les règles des articles 2948 et 2954 C.c.Q. ci-dessus considérés exercent alors leur empire en ajoutant, pour ce qui a trait aux universalités de biens immobiliers, l'obligation supplémentaire de l'avis descriptif et informatif ou

29. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 9, p. 199; M. BOUDREAU, *Les sûretés*, « Collection pédagogique », Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1997, p. 66.

le sommaire prévu aux articles 2949 (2) et 2949 (3) C.c.Q. et, pour ce qui a trait aux universalités de biens meubles, l'absence d'une règle correspondante à celle du premier alinéa de l'article 2949 (1) C.c.Q. puisqu'il n'y a pas pluralité d'inscriptions au fur et à mesure des acquisitions de droits. *Ces règles afférentes à la publicité ne donnent donc jamais effet à l'hypothèque du bien d'autrui ou du bien à venir.*

### 2.1.2 La permutation du droit hypothéqué

Il peut arriver que le droit hypothéqué passe d'un état à un autre sans pour autant s'éteindre ni changer de main pour le tout ou pour partie. Ainsi en est-il notamment lorsque la nue-propriété ayant fait l'objet d'une affectation hypothécaire retrouve sa plénitude. L'hypothèque ne profite pas d'un tel remembrement, dit l'article 2669 C.c.Q. La règle de la spécialité de l'hypothèque s'y oppose<sup>30</sup>. S'il en était autrement, le créancier hypothécaire bénéficierait de l'équivalent d'une hypothèque supplémentaire. Les conséquences attachées à l'exercice d'un recours hypothécaire comme la prise en paiement ou la vente, c'est-à-dire la résurgence d'un démembrement de la propriété aux contours définis, ont incité certains auteurs à recommander une dérogation conventionnelle à l'article 2669 C.c.Q. sous forme soit d'une stipulation prévoyant une extension de l'hypothèque lors du remembrement, soit d'une affectation hypothécaire portant *ab initio* sur la pleine propriété entraînant, bien entendu, hypothèque du bien d'autrui pour partie<sup>31</sup>. À notre avis, ce serait faire la part un peu trop belle au créancier, sauf si la contre-valeur accordée au débiteur pour l'hypothèque de la nue-propriété prenait en considération un remembrement imminent.

Le propriétaire d'un immeuble ayant consenti hypothèque peut choisir par la suite d'assujettir son immeuble aux dispositions de la copropriété divise d'un immeuble prévue aux articles 1038 et suivants du Code civil. La publication de la déclaration de copropriété entraînera le morcellement de l'hypothèque en autant d'unités qu'il y a de fractions établies dans la déclaration de copropriété, et ce, proportionnellement à la valeur relative de chacune des fractions<sup>32</sup>. Cette dérogation exceptionnelle au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque peut être fort préjudiciable au créancier. Il doit donc y consentir (art. 1059 C.c.Q.). Il le fait habituellement par voie d'intervention à la déclaration de copropriété en acceptant purement et simplement la règle de base de l'article 1051 C.c.Q. ou, si cette règle ne lui convient pas parfaitement, en prévoyant un découpage de son hypothèque

30. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 5, t. II, p. 1672.

31. M. BOUDREAULT, *op. cit.*, note 29, p. 48.

32. Art. 1051 C.c.Q., dérogeant à la règle de l'indivisibilité prévue à l'article 2662 C.c.Q.

suivant d'autres paramètres<sup>33</sup>. Toute déclaration de copropriété divise d'un immeuble publiée sans le consentement du créancier hypothécaire est inopposable à ce dernier et, partant, sans effet sur ses droits. Ce qui vient d'être exposé s'applique de la même façon dans le cas d'une déclaration de coemphytéose (art. 1196 C.c.Q.).

L'hypothèque portant sur un droit qui fait subséquemment l'objet d'une cotitularité n'est nullement touchée par cette modification dont la survenance suppose cession(s) de droits. Le créancier ayant publié profitera de son droit de suite. La situation n'est pas aussi simple quand, par un partage ou tout autre acte équivalent, les droits du copropriétaire ayant consenti hypothèque cessent de faire l'objet d'une titularité commune. L'hypothèque subsistera lorsque le constituant ou son ayant cause conserve des droits sur une partie quelconque du bien antérieurement détenu en indivision. Si cette partie est inférieure en importance à la quote-part de l'ancien indivisaire, il y aura cependant réduction de l'assiette de l'hypothèque et, par voie de conséquence, diminution de sûreté. Lorsque le constituant ou son ayant cause ne conserve aucun droit dans le bien autrefois tenu en indivision, l'hypothèque cessera toutefois de grever les droits d'origine et sera, par l'entremise d'une forme de substitution réelle, reportée avec le même rang sur ce qui a tenu lieu de désintéressement pour le constituant (art. 2679 C.c.Q.). Le créancier est à l'abri de telle déconvenue si une convention d'indivision reportant le partage liait les copropriétaires, mais il demeure encore là exposé à une réduction d'assiette de son hypothèque advenant un partage prématuré<sup>34</sup>.

Qu'advient-il enfin de l'hypothèque grevant la propriété superficière au moment où cette modalité de la propriété prend fin autrement que par perte totale de son objet ? Comme c'est la modalité de propriété qui prend alors fin par une des causes autorisées en loi et non la propriété elle-même, cette propriété qui a toujours un objet perdure en la main du tréfoncier qui devient propriétaire tout court. Il suit que l'hypothèque accordée par l'ancien propriétaire perdure également, survit indemne au changement de propriétaire. C'est ce que prévoit l'article 1114 (1) C.c.Q. et qui aurait dû être répété à l'article 1114 (3) C.c.Q. parce que le terme dont il s'agit s'applique à la modalité, comme l'indique bien l'article 1113 C.c.Q., et non au droit lui-même, perpétuel par essence. Si la fin de la modalité survenait du fait de l'avènement d'une condition résolutoire, il faudrait appliquer l'article 2682 C.c.Q. cependant. C'est par ailleurs l'article 1209 C.c.Q. qui, en raison de sa

33. Art. 1051 *in fine* C.c.Q. : « ou suivant toute autre proportion ».

34. Art. 1021 C.c.Q. Sur toute cette question, voir : L. LAFLAMME, « Le droit de la copropriété : récents développements en matière de copropriété par indivision », (1996) 1 C.P. du N. 151, 152-157.

spécificité, gouvernerait le sort de l'hypothèque au terme de la modalité superficielle représentée par les réalisations de l'emphytéote<sup>35</sup>.

### 2.1.3 L'aliénation du droit hypothéqué

Considérant la définition donnée de l'hypothèque à l'article 2660 C.c.Q., le texte de l'article 2751 C.c.Q. ainsi que les effets liés à la publicité des droits suivant l'article 2941 C.c.Q., l'aliénation du droit grevé d'hypothèque ne devrait jamais porter atteinte à la vie ou à la valeur de la sûreté hypothécaire. En réalité, il en est ainsi en matière immobilière seulement où, nonobstant la rédaction trop lâche de l'article 2674 C.c.Q., le droit de suite impose une loi sans partage<sup>36</sup>. En matière mobilière, la règle du droit de suite est plus ou moins mise entre parenthèses cependant. Elle subsiste uniquement pour et à l'égard de la propriété de bien aliénée hors du cours normal et ordinaire des activités de l'entreprise du constituant. Encore faut-il, si l'hypothèque a été inscrite uniquement sous le nom de ce dernier, que le créancier publie sous le nom du nouveau propriétaire un avis de conservation de son hypothèque dans un délai de quinze jours suivant le moment où il est informé, par écrit, de l'aliénation de la propriété desdits biens et de l'identité de l'acquéreur. Il suit donc pour les meubles, comme le confirment l'article 2674 C.c.Q. et l'interprétation *a contrario* de l'article 2700 (1) C.c.Q., que l'aliénation de la propriété de biens, individualisés ou compris dans une universalité, faite dans le cours ordinaire et normal des activités de l'entreprise entraîne la perte du droit d'hypothèque sur tels biens. Sécurité des transactions commerciales oblige, le nouveau propriétaire les acquiert libres d'hypothèque. L'ancienne hypothèque est malgré tout maintenue vivace par son report sur la propriété des biens de même nature venant remplacer ceux qui ont été aliénés ou, faute de remplacement, sur le produit de l'aliénation si ce produit est identifiable, c'est-à-dire susceptible d'être suivi à la trace. L'inscription d'un avis d'identification s'impose dans le cas de remplacement de la propriété du bien individualisé. Le domaine d'application des articles 2674 et 2700 C.c.Q. ne s'étend pas, doit-il être absolument noté, aux hypothèques mobilières avec dépossession.

L'expropriation pour cause d'utilité publique, la vente en justice en exécution d'un jugement rendu sur action personnelle et la vente sous contrôle de justice emportent évidemment aliénation du droit hypothéqué. Le droit d'hypothèque n'a pas la capacité de survivre à l'une ou l'autre de ces aliénations. Le créancier profitera alors de son droit de préférence et

35. F. FRENETTE, « La propriété superficielle », *R.D.R.S.* — Doctrine — Biens — Document 5, 18, 21-23.

36. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 9, pp. 137-138 ; M. BOUDREAULT, *op. cit.*, note 29, p. 117.

sera colloqué selon son rang sur l'indemnité d'expropriation<sup>37</sup> ou le produit de la vente<sup>38</sup> selon le cas. Le même sort est réservé à l'hypothèque du créancier poursuivant et à celles qui lui sont supérieures en rang quand il y a vente par le créancier aux termes de l'article 2790 C.c.Q. L'hypothèque ou les hypothèques de rang inférieur à celle du créancier poursuivant survivent toutefois dans ce cas.

Soulignons, enfin, que l'aliénation du droit hypothéqué faite à la personne du créancier hypothécaire lui-même, comme s'il était n'importe quel tiers acquéreur, entraînera, par voie de confusion, la disparition de l'hypothèque. La créance subsiste néanmoins jusqu'à son acquittement, sauf dans le cas de l'hypothèse envisagée par l'article 1695 C.c.Q., et l'hypothèque la garantissant auparavant peut renaître si, d'ici là, le créancier vient à être « évincé pour quelque cause indépendante de lui » (art. 1686 (2) C.c.Q.).

#### 2.1.4 L'extinction du droit hypothéqué

L'extinction du droit hypothéqué par suite de la perte totale de son objet retiendra notre attention plus tard. Celle découlant par ailleurs de la résolution du droit hypothéqué, déjà abordé, est réglée par le texte de l'article 2682 C.c.Q. qui fait état de la précarité du droit d'hypothèque dès sa constitution.

Hormis la perte totale de son objet, le droit de propriété ne peut s'éteindre. Il peut seulement subir certaines modifications, dont celles ayant pour nom « modalités de la propriété » qui ont été considérées au point 2.1.2 sur la permutation du droit hypothéqué. Quant aux modifications de la propriété sous forme de démembrement, il faut maintenant évaluer l'impact de leur extinction sur le droit d'hypothèque les affectant.

La règle de base est simple et catégorique : l'extinction du démembrement de la propriété susceptible d'hypothèque entraîne *ipso facto* l'extinction du droit d'hypothèque. Comme l'hypothèque est un droit réel, il ne peut en être autrement : pas d'objet, pas de droit. Malgré cela, le législateur a choisi de tempérer le principe dans les cas où l'extinction de l'usufruit (art. 1162 (3) C.c.Q.) et de l'emphytéose (art. 1209 C.c.Q.) résulte de la réunion en la même personne des qualités d'usufruitier ou d'emphytéote et de nu-propriétaire et celui, en matière d'emphytéose, où l'extinction du démembrement découle d'une résiliation amiable. Il faut comprendre qu'il s'agit en l'espèce d'une réunion de qualités qui survient hors du cadre habituel des causes mettant normalement fin à tels démembrements ; autrement l'except-

37. *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., c. E-24, art. 53.15 et 55.2.

38. Art. 2793 C.c.Q. ; art. 611.1 et 696 C.p.c.

tion deviendrait la règle parce que ladite réunion des qualités est un phénomène inéluctable en la matière.

L'hypothèque portant sur une ou des créances s'éteint également au fur et à mesure que les créances sont acquittées avant l'exécution de l'obligation garantie. Le capital de la créance acquittée remplace en quelque sorte l'hypothèque. Le créancier a le droit de le percevoir et l'autorisation de percevoir accordée au constituant ne permet en aucune manière de prétendre que l'hypothèque subsiste alors et est reportée sur le capital perçu. Les articles 2743 à 2747 C.c.Q. fixent les paramètres de la liberté d'action du créancier en l'espèce.

## **2.2 La transformation possible de l'objet du droit hypothéqué et son impact sur la sûreté hypothécaire**

Les droits susceptibles d'hypothèque ont eux-mêmes une assiette, une assise exposée, comme presque toutes choses de la vie, à des variations aux plans de la forme, de la valeur, de la nature, voire de l'existence. En ce qui a trait aux créances, il est sans doute exagéré de parler de transformation de l'objet, mais l'expression paraît moins fautive dans les cas où la créance est incorporée dans le titre la constatant.

### **2.2.1 L'augmentation et la diminution de l'objet du droit hypothéqué**

Considérons d'abord l'hypothèse de la diminution de l'objet du droit hypothéqué, plus facile à liquider que son contraire. La diminution résulte habituellement d'une perte partielle accidentelle. Cette perte ne met pas en cause l'existence du droit, qui poursuit sa vie sur un objet d'étendue réduite. L'hypothèque survit donc elle aussi, mais l'incident peut donner ouverture à perception d'indemnité d'assurance par le créancier pour compenser la diminution de sûreté qu'il subit (art. 2497 C.c.Q.). Le créancier bénéficiera, par ailleurs et comme nous le verrons, de certains recours lorsque la perte partielle est imputable au constituant ou à son ayant droit.

La diminution de l'objet du droit hypothéqué qui résulterait de sa division, de son morcellement, s'analyse en fait en une aliénation partielle de droit(s). Elle est sans conséquence sur le droit réel d'hypothèque, qui est indivisible (art. 2662 C.c.Q.) et qui accorde droit de suite (art. 2660 et 2751 C.c.Q.) au créancier ayant publié (art. 2663 C.c.Q.).

L'augmentation de l'objet du droit hypothéqué est envisagée par l'article 2671 C.c.Q. Le texte de la disposition sanctionne une extension de l'hypothèque à la propriété de ce qu'acquiert par accession le titulaire du droit hypothéqué. D'une part, cela ne peut se produire que lorsque le droit de propriété a été hypothéqué ou lorsque le droit d'accession et le droit de

jouissance auquel il a été adjoint ont été hypothéqués, et ce, parce que le droit d'accession est non seulement un attribut de la propriété<sup>39</sup>, mais un attribut détachable d'icelui (art. 1110 C.c.Q.). D'autre part, cela ne peut se produire que lorsque l'un des constituants ci-dessus nommés a acquis le bien accessoire d'un tiers, et ce, parce que le droit d'accession, attribut de la propriété, est également un mode d'acquisition de la propriété *d'autrui*<sup>40</sup>. Résultat ! et pour prendre le cas normal du droit de propriété et le cas du droit d'emphytéose accordant le droit d'accession à son titulaire<sup>41</sup>, l'hypothèque grevant tels droits ne s'étendra pas aux constructions, aux ouvrages à caractère permanent ou aux plantations que le propriétaire ou l'emphytéote réalisera lui-même. Le propriétaire et l'emphytéote n'acquièrent pas tels biens par accession en effet, mais plutôt parce qu'ils ont acheté les matériaux ou les plants et qu'ils les ont assemblés ou plantés ou encore fait assembler ou planter à leur profit. Pour étendre le domaine d'application de l'article 2671 C.c.Q. aux réalisations du propriétaire et de l'emphytéote, il faut absolument une disposition à l'acte constitutif prévoyant la chose et hypothéquant un bien à venir. Sans cette disposition à l'acte constitutif et hormis l'exception de l'article 2671 C.c.Q., la règle de la spécialité l'emporte et l'hypothèque doit être restreinte à l'objet du droit hypothéqué dans l'état où il se trouvait lors de l'affectation hypothécaire. Nous reconnaissons que le texte de l'article 2671 C.c.Q. a une portée beaucoup plus restreinte que l'article 2017 (2) du *Code civil du Bas Canada*. Ce qui est écrit ne peut cependant être nié, surtout quand il a pour source le législateur ayant lui-même explicitement subordonné l'extension du droit d'hypothèque au déclenchement de la mécanique de l'accession.

Le législateur traite d'un cas bénin d'augmentation de l'objet du droit hypothéqué à l'article 2673 C.c.Q. En l'espèce, l'augmentation résultant d'un mélange ou d'une union produit un nouveau bien auquel l'hypothèque s'étendra. La date de publication des hypothèques portant sur les différentes parties constituantes déterminera le rang, le cas échéant.

### 2.2.2 La détérioration et la dégradation de l'objet du droit hypothéqué

Toute détérioration ou dégradation de l'objet du droit hypothéqué ne provenant pas d'un usage normal du bien ou d'un cas de nécessité, entraîne naturellement une diminution de la valeur de ce bien et, partant, une diminution de sûreté pour le créancier hypothécaire. Tout en conservant

39. A. WEILL, *op. cit.*, note 3, p. 36; H. DE PAGE, *op. cit.*, note 3, t. VI, pp. 39-40; C. ATIAS, *op. cit.*, note 3, p. 88; G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privée », t. 93, Paris, LGDJ, 1969, p. 273.

40. Art. 916 C.c.Q. Voir aussi : H. DE PAGE, *op. cit.*, note 3, t. VI, pp. 39-40.

41. Art. 1200 (1) et 1040 C.c.Q. suivant l'interprétation qu'ils permettent.

son hypothèque et les recours y étant liés, ce dernier pourra également exercer un recours en dommages et intérêts contre le constituant ou son ayant cause pour éponger sa perte, et ce, sans attendre la date d'exigibilité de l'obligation garantie (art. 2734 C.c.Q.). Contre son débiteur fautif, le créancier hypothécaire pourra choisir la perte du bénéfice du terme (art. 1514 (1) C.c.Q.).

### 2.2.3 Le changement de nature de l'objet du droit hypothéqué

Le changement de nature de l'objet du droit hypothéqué est censé être fatal pour l'hypothèque. Telle est la règle de principe énoncée à l'article 2795 C.c.Q. Comme toute bonne règle de principe, elle connaît un certain nombre de tempéraments.

La première exception à la règle prévoyant l'extinction de l'hypothèque lors d'un changement de nature de l'objet du droit hypothéqué, se trouve à l'article 2672 C.c.Q. Dans ce cas, le législateur fait tout simplement abstraction du changement de nature de l'objet, un bien meuble corporel devenu immeuble corporel au sens de l'article 903 C.c.Q. Lecture faite *a contrario* de l'article, cela signifie que l'hypothèque afférente, depuis sa constitution, à des immeubles au sens de l'article 903 C.c.Q. s'éteindra s'ils deviennent subséquemment des meubles corporels.

La deuxième exception à la règle de l'article 2795 C.c.Q. concerne l'hypothèque de droits réels portant sur des biens meubles corporels qui deviennent ensuite parties intégrantes d'un immeuble corporel au sens des articles 900 et 901 C.c.Q. L'hypothèque peut alors subsister, en changeant elle-même de nature et à condition de procéder à son inscription au registre foncier, nous dit l'article 2796 C.c.Q. Le rang de cette hypothèque sera déterminé par la date de son inscription audit registre, ce qui signifie qu'elle sera subordonnée aux hypothèques déjà publiées, s'il en est, précisent les articles 2796 et 2951 C.c.Q.

La troisième exception à l'issue fatale qu'entraîne un changement de nature de l'objet du droit hypothéqué, est autorisée dans le cadre de la réorganisation d'une société ou d'une opération de restructuration du capital d'une société. L'hypothèque cesse d'exister sur les titres appartenant au constituant, mais elle est néanmoins reportée, comme l'indique l'article 2677 C.c.Q., sur ceux émis en remplacement.

Reste le cas des meubles par anticipation visé par l'article 2698 C.c.Q., où il est davantage question d'hypothèque d'un bien futur que de changement de nature de l'objet du droit hypothéqué. En l'occurrence, des immeubles au sens de l'article 900 C.c.Q. sont, fictivement et de façon anticipée, considérés comme des meubles corporels par le propriétaire constituant de

l'hypothèque et par le créancier. Il n'y aura alors effectivement droit réel d'hypothèque que lorsque la mobilisation se produira et le rang sera déterminé en fonction de la date d'inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers, comme à l'article 2954 C.c.Q. pour l'hypothèque portant sur un bien à venir. Nous renvoyons aux précisions antérieurement faites sur ce chapitre.

#### 2.2.4 La disparition de l'objet du droit hypothéqué

La perte *totale* de l'objet du droit hypothéqué éteint ce droit et, du coup, l'hypothèque elle-même. Comment, encore une fois, peut-il en être autrement ? Malgré cela, le législateur a choisi d'assimiler la perte totale de l'objet du droit hypothéqué à l'aliénation de ce droit dans le cas d'une hypothèque portant sur des universalités de biens. Un report de l'hypothèque sur les biens acquis en remplacement dans un délai raisonnable est alors prévu par l'article 2675 C.c.Q. L'article 2795 C.c.Q. relativement à la perte du bien grevé doit être ainsi limité dans son application à la perte totale de biens meubles corporels ne faisant point partie d'une universalité ainsi qu'à la perte totale de constructions, de plantations ou d'ouvrages à caractère permanent au sens de l'article 900 C.c.Q. quand le droit hypothéqué portant sur ces biens ne s'étend pas au sol leur servant d'appui. Le sol lui-même, le fonds de terre, n'est pas, quant à lui, susceptible de perte totale. Mentionnons, enfin, que l'article 2497 C.c.Q. accorde au créancier hypothécaire un droit aux indemnités d'assurance lors d'un sinistre, et ce, dans le respect préalable de certaines règles. Il est toutefois difficile dans ce cas de parler de report d'hypothèque au sens strict du terme. Les textes ne le permettent point.

#### Conclusion

En matière de droits réels, l'objet joue un rôle de premier plan. La chose est encore plus vraie en ce qui a trait à l'hypothèque où l'objet est toujours un droit, droit lui-même soumis aux aléas de son propre objet ou de ceux de son sujet passif. L'objet du droit réel d'hypothèque se distingue par ailleurs de son contenu, c'est-à-dire de l'utilité ou du service que le droit réel d'hypothèque permet de tirer directement du droit hypothéqué dès son affectation. Sur ce point la confusion était grande. Nous espérons l'avoir quelque peu dissipée.