

L'équité judiciaire, de l'ombre à la lumière : archéologie d'une exception singulière aux règles de la publicité immobilière

Anne-Françoise Debruche

Volume 55, Number 4, November 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1000786ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1000786ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)

1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Debruche, A.-F. (2010). L'équité judiciaire, de l'ombre à la lumière : archéologie d'une exception singulière aux règles de la publicité immobilière. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 55(4), 819–867.
<https://doi.org/10.7202/1000786ar>

Article abstract

Québec (P.G.) c. Développements de demain removes the notion of tacit concession of superficies from article 2938 C.C.Q., even though the article unequivocally requires that the constitution of all real immovable rights be published. And yet superficies is undeniably a real immovable right since article 1009 C.C.Q. qualifies it as a modality of ownership. How then can this peculiar exception to the publication of immovable rights be explained?

The author reveals the friable nature of the Court of Appeal's motives and, in searching for its true motives, undertakes its legal archaeology. She goes as far back as *Delorme c. Cusson*, an 1897 Supreme Court of Canada decision that prompted Quebec jurisprudence normalizing certain immovable encroachments by "observing" the creation or the implicit transfer of principal real immovable rights, such as superficies. It is in the context of this questionable transsystemic mimicry based on judicial equity that tacitly granted superficies are freed from the fundamental rules of publication of immovable rights. *Delorme c. Cusson* is thus the original sin committed against strict Quebec law in the name of the serpent of temptation, "equity", in the transsystemic garden of the Supreme Court of Canada—the fruits of which have since been reaped by Quebec judges.

L'ÉQUITÉ JUDICIAIRE, DE L'OMBRE À LA LUMIÈRE : ARCHÉOLOGIE D'UNE EXCEPTION SINGULIÈRE AUX RÈGLES DE LA PUBLICITÉ IMMOBILIÈRE

*Anne-Françoise Debruche**

Québec (P.G.) c. Développements de demain soustrait la concession tacite de la propriété superficière à l'article 2938 C.c.Q., qui exige en termes pourtant non équivoques que la constitution de tout droit réel immobilier soit soumise à la publicité. Or, la propriété superficière est indéniablement un droit réel immobilier puisque l'article 1009 C.c.Q. la qualifie de modalité du droit de propriété. Comment expliquer alors cette singulière exception à la publicité immobilière ?

L'auteure dévoile le caractère friable de la motivation proposée par la Cour d'appel et procède à son archéologie juridique. Elle remonte jusqu'à *Delorme c. Cusson*, une décision de la Cour suprême du Canada de 1897 qui est à l'origine d'une jurisprudence québécoise qui régularise certains empiètements immobiliers en constatant la création ou le transfert implicite de droits réels immobiliers principaux, tel le droit de superficie. C'est dans le contexte de ce mimétisme transsystémique contestable basé sur l'équité judiciaire que la propriété superficière concédée de manière tacite est affranchie des règles fondamentales de la publicité immobilière. *Delorme c. Cusson* est ainsi le péché originel commis contre le droit strict québécois au nom du serpent tentateur « équité » dans le jardin transsystémique de la Cour suprême du Canada, dont les juges québécois ont depuis recueilli les fruits.

Québec (P.G.) c. Développements de demain removes the notion of tacit concession of superficies from article 2938 C.C.Q., even though the article unequivocally requires that the constitution of all real immovable rights be published. And yet superficies is undeniably a real immovable right since article 1009 C.C.Q. qualifies it as a modality of ownership. How then can this peculiar exception to the publication of immovable rights be explained?

The author reveals the friable nature of the Court of Appeal's motives and, in searching for its true motives, undertakes its legal archaeology. She goes as far back as *Delorme c. Cusson*, an 1897 Supreme Court of Canada decision that prompted Quebec jurisprudence normalizing certain immovable encroachments by "observing" the creation or the implicit transfer of principal real immovable rights, such as superficies. It is in the context of this questionable transsystemic mimicry based on judicial equity that tacitly granted superficies are freed from the fundamental rules of publication of immovable rights. *Delorme c. Cusson* is thus the original sin committed against strict Quebec law in the name of the serpent of temptation, "equity", in the transsystemic garden of the Supreme Court of Canada—the fruits of which have since been reaped by Quebec judges.

* Professeure agrégée, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, section de droit civil. L'auteure souhaite remercier la professeure Madeleine Cantin Cumyn de l'Université McGill pour son intérêt stimulant et, tout particulièrement, l'honorable Jean-Louis Baudouin pour lui avoir suggéré l'idée de cet article. Elle remercie également Stéphanie Bélanger et Évelyne Akoto, assistantes de recherche. La rédaction de cet article a été soutenue par une subvention de la Fondation du Barreau de l'Ontario.

Introduction	821
Prologue : l'ombre jetée par la propriété superficière concédée de manière tacite sur le droit strict de la publicité immobilière	824
I. Le « péché originel » dans le jardin transsystémique de la Cour suprême du Canada	827
A. <i>La tentation de l'équité dans Delorme c. Cusson</i>	828
1. Un problème classique d'empiètement immobilier	828
2. Une solution juridique apparemment orthodoxe	829
B. <i>Une mue du droit civil par imitation de l'estoppel by acquiescence</i>	831
1. Un outil réceptif aux préoccupations d'équité dans le système voisin	831
2. Un mimétisme transsystémique inavoué	839
II. La récolte des « fruits défendus » par les juges québécois	843
A. <i>L'accueil de la « réforme » Delorme c. Cusson par la jurisprudence</i>	843
1. Le succès d'un mécanisme informel visant à la création ou au transfert d'un droit réel	843
a. <i>Typologie des droits réels concernés</i>	845
i. <i>Transfert d'un droit de propriété</i>	845
ii. <i>Concession d'un droit de servitude</i>	849
iii. <i>Concession d'un droit de superficie (propriété superficière)</i>	853
b. <i>Quelques « sermons » judiciaires visant à rétablir l'orthodoxie</i>	855
2. Les heurts avec la publicité immobilière, et la solution superficière	858
a. <i>L'exception de la connaissance</i>	860
b. <i>La singularité de l'institution superficière</i>	862
B. <i>La « contre-réforme » législative</i>	863
Conclusion : ombre et lumières sur le droit strict de la publicité immobilière	865

Introduction

La publicité immobilière repose, en droit civil québécois, sur un article-clé du *Code civil du Québec* qui paraît à la première lecture aussi clair qu'exhaustif à l'égard des droits réels immobiliers concernés. En effet, aux termes de l'article 2938 C.c.Q., « [s]ont soumises à la publicité, l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier ». Un étudiant abordant le droit civil après avoir étudié la *common law*, confiant de pouvoir trouver dans le *Code civil du Québec* l'expression exacte du droit applicable, un soulagement après avoir passé des années à reconstituer péniblement bien des règles à partir de précédents contradictoires, y lirait sans doute la règle selon laquelle tout acte créant ou transférant un droit réel immobilier doit être publié pour être opposable aux tiers¹. Les défenseurs de la « langue courante » (*plain language*), un mouvement prépondérant surtout dans les pays anglophones qui préconise l'emploi du langage le plus simple et le plus direct possible, y compris en droit, approuveraient une telle lecture². Après tout, ce texte est suffisamment clair. Côté droit civil, l'exégète soucieux de la doctrine du sens clair, qui postule qu'un texte n'a pas à être interprété lorsque son sens est clair, mais qu'il doit simplement être appliqué tel quel, ne pourrait qu'acquiescer à son tour³. Il ferait en cela écho aux partisans du *Code Napoléon* qui, préalablement à la rédaction de celui-ci, formulaient

¹ C'est ce qui ressort de l'expérience personnelle de l'auteure, qui enseigne depuis plusieurs années le droit civil à des étudiants diplômés en *common law*. Aux questions « à quoi pensez-vous que le droit civil ressemblera ? » et « en quoi se distinguera-t-il de la *common law* ? » posées en début d'année, la réponse la plus fréquente est invariablement que la spécificité du droit civil sera d'être explicité en règles claires contenues dans le C.c.Q. Les mêmes questions, posées en fin de session, appellent évidemment des réponses plus nuancées, voire désabusées.

² Ce mouvement intéresse toutes les disciplines, du droit à la politique, en passant par le monde des affaires. Il est à l'honneur notamment aux États-Unis (Plain Language: Improving Communications from the Federal Government to the Public, en ligne : plainlanguage.gov <<http://www.plainlanguage.gov>>), en Australie, en Angleterre et au Canada. Pour l'aspect juridique, voir par exemple les actes du colloque tenu à Boulogne-sur-Mer en 2005 sur le thème « Transparence et opacité du discours juridique ». Voir Anne Wagner et Sophie Cacciaguidi Fahy, dir., *Obscurity and Clarity in the Law: Prospects and Challenges*, Aldershot (R.-U.), Ashgate, 2008.

³ On trouve l'expression de cette doctrine (entre autres choses) dans le Discours préliminaire de Portalis : « Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions » (« Discours préliminaire » dans P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, Impr. de Ducessois, 1827 à la p. 474). Voir aussi Paul Delnoy, *Éléments de méthodologie juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006 aux pp. 85-95.

l'espoir que « quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout »⁴.

Pourtant, il est des droits réels qui échappent à l'application de l'article 2938 C.c.Q., en dépit de la clarté et de la généralité de la règle qu'il énonce. Les tenants de la clarté apparente seraient sans doute surpris d'apprendre qu'en 2003, la Cour d'appel du Québec a confirmé, dans l'arrêt *Québec (P.G.) c. Développements de demain*, qu'un droit de propriété superficière concédé tacitement n'avait pas à être publié pour être opposable aux tiers⁵. Ce principe a d'ailleurs été réitéré tout récemment par la même cour⁶. Or, la propriété superficière est indéniablement un droit réel immobilier puisque le *Code civil du Québec* la présente comme une modalité du droit de propriété⁷. À ce titre, conformément à l'article 2938 C.c.Q., elle ne devrait pas échapper à l'exigence générale d'inscription au registre. Comment expliquer cette exception singulière au droit strict de la publicité immobilière, aussi clair fût-il⁸? L'objet de la présente contribution est de résoudre cette énigme en procédant à l'archéologie juridique de cette décision étrange, par laquelle les cours québécoises ont exempté la propriété superficière concédée de façon tacite de l'exigence de publicité⁹. L'accent sera placé sur la décision de 2003 de la Cour d'appel plutôt que sur sa confirmation en 2009, car elle représente l'épicentre du séisme qui secoue le droit strict¹⁰. Nous

⁴ Fenet, *supra* note 3 à la p. 467.

⁵ *Québec (P.G.) c. Développements de demain*, [2003] J.Q. n° 4980 (C.A.) (QL) [*Développements de demain* (C.A.)], confirmant [2001] R.D.I. 436 (C.S.).

⁶ *Martin c. Club Francis Brûlé*, 2009 QCCA 1029, [2009] J.Q. n° 5208 (QL) [*Martin*].

⁷ Art. 1009 C.c.Q. Ceci nonobstant le fait que le droit d'usage du superficière sur le sol appartenant au tréfoncier soit parfois considéré comme un droit personnel. Voir François Frenette, *La propriété superficière*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 au n° 26 [Frenette, *La propriété superficière*].

⁸ Dans sa fonction subversive, l'équité judiciaire s'oppose au droit strict, c'est-à-dire au droit écrit (qu'il s'agisse des règles de droit objectif ou des droits subjectifs qui en découlent) qui s'impose en principe au juge chargé de trancher une affaire. Voir *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, 2^e éd., « Équité », par Christophe Albiges, au n° 3 [Rép. civ.]. Voir aussi Jean Carbonnier, *Droit civil : Introduction. Les Personnes*, t. 1, 10^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1974, n° 4 à la p. 27 (qui oppose équité et « rigidité du droit »). C'est en ce sens que nous emploierons l'expression « droit strict » au fil de la présente contribution.

⁹ Cette contribution représente l'adaptation d'une conférence : Anne-Françoise Debruche, « Le législateur, le magistrat et le juriconsulte : orageux ménage à trois ou "sainte" trinité québécoise ? », Colloque annuel de l'Association québécoise de droit comparé, consacré à « La circulation des modèles juridiques : thème classique, réalités contemporaines », Université McGill, 24 avril 2009 [non publié]. Elle s'appuie en particulier sur certaines conclusions et recherches présentées dans notre thèse de doctorat : Anne-Françoise Debruche, *Équité du juge et territoires du droit privé*, Bruxelles, Bruylant ; Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 [Debruche, *Équité*].

¹⁰ *Martin*, *supra* note 6.

exposerons tout d'abord en guise de prologue les contours apparents de cette décision. Ensuite, le caractère friable de sa motivation nous conduira à plonger dans le passé en quête de réponses plus satisfaisantes, sur les traces d'une décision ancienne de la Cour suprême du Canada, soit *Delorme c. Cusson*¹¹ (I). Nous verrons que la Cour y initie un mimétisme transsystémique contestable, en transposant l'*estoppel by acquiescence* de la *common law* dans les termes du droit des biens et des obligations québécois. Cette décision est à l'origine d'une jurisprudence qui permet aux juges québécois de constater la création ou le transfert implicite de certains droits réels immobiliers principaux, parmi lesquels le droit de superficie¹², dans le but de régulariser certains empiètements immobiliers (II). Tout comme *old sins have long shadows*, nous verrons que le mimétisme transsystémique contestable initié par la Cour dans l'arrêt *Delorme c. Cusson* en 1897, qui a transposé l'*estoppel by acquiescence* de la *common law* dans les termes du droit des biens et des obligations québécois, représente le contexte expliquant également *Développements de demain* (C.A.). Cette étrange décision de 2003 a affranchi la propriété superficière concédée de manière tacite des règles fondamentales de la publicité immobilière. L'équité judiciaire est au cœur de cette réforme qui ne dit pas son nom et dont on décèle surtout l'action de manière indirecte, comme le tracé d'une rivière souterraine révélé par ses effets apparents sur les cultures et productions du droit strict¹³.

L'image privilégiée pour conduire notre exposé et le rendre moins aride renvoie à ce « péché originel » commis contre le droit strict québécois au nom de l'équité, qui joue à cet égard le rôle du serpent tentateur dans le jardin transsystémique de la Cour suprême du Canada. Les juges québécois en recueilleront ensuite les fruits, mais qu'advient-il de l'équité lorsque la solution qu'elle commande passe de l'ombre à la lumière ? C'est ce qu'il s'agira de découvrir en conclusion.

¹¹ (1897), 28 R.C.S. 66 [*Delorme c. Cusson*].

¹² Telle est l'appellation plus ancienne de la propriété superficière que nous utiliserons ici en alternance avec la dénomination plus récente en raison de la dimension historique de la recherche. De plus, nous partageons les vues terminologiques des auteurs du *Dictionnaire de droit privé* (Paul.-A. Crépeau *et al.*, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991), édité sous les auspices du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (CRDPCQ) de l'Université McGill. Pour nous, les termes retenus dans le C.c.Q. ne sont pas nécessairement ceux du droit privé québécois dans son intégralité, jurisprudence comprise, et ne s'imposent d'office ni aux juges, ni aux auteurs. Au sujet des variations terminologiques associées à la superficie, qui perdurent, voir Sylvio Normand, « Du droit de superficie à la propriété superficière » (2008) 38 R.G.D. 233 au para. 26 [Normand, « Du droit de superficie »].

¹³ L'image est d'Alain Girardet. Voir Alain Girardet, « L'équité du juge : si on levait le voile ? » (1998) 9 *Justices* 1.

Prologue : l'ombre jetée par la propriété superficière concédée de manière tacite sur le droit strict de la publicité immobilière

Dans *Québec (P.G.) c. Développements de demain*¹⁴, les faits à l'origine de l'entorse curieuse au principe fondateur de l'enregistrement impliquaient un empiètement immobilier sur le terrain de la compagnie défenderesse. L'empiètement résultait de l'élargissement d'une rue à Saint-Jean-Chrysostome et était imputable tant aux pavés supplémentaires de la rue qu'aux lampadaires et au trottoir qui avaient été ajoutés lors des travaux. Ceux-ci avaient été effectués en étroite collaboration par le Ministère des transports du Québec et par l'ancienne Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN). Cette dernière était alors propriétaire du terrain jouxtant la rue. Lors de la privatisation de la CN, ce terrain fut cédé à une autre société (SICL), qui le vendit ensuite à la défenderesse, Développements de demain. Découvrant l'empiètement, celle-ci réclama une indemnité au Ministère, qui alléguait alors devant la Cour supérieure l'existence d'un droit de propriété superficière concédé tacitement par la CN lors des travaux d'élargissement. Ce droit réel aurait pour effet de régulariser l'empiètement puisqu'il permettrait à son titulaire (le Ministère ou superficière) de maintenir sur le fonds d'autrui (appartenant aujourd'hui à la demanderesse ou tréfoncière) des ouvrages dont la propriété appartient au superficière (les pavés, les lampadaires et le trottoir)¹⁵. Au nom de la Cour supérieure, le juge Vézina estima dans son jugement qu'un tel droit de propriété superficière avait en l'espèce bel et bien été concédé de manière tacite. Il découlait de l'étroite collaboration entre les parties à l'époque, le Ministère et la CN, dans la réalisation des travaux et son caractère tacite s'expliquait notamment par « [l']absence d'intérêt des ingénieurs pour les droits de propriété » et par un climat « d'accommodement mutuel » souhaitable entre organismes publics¹⁶. Ces accords et agissements tacites avaient conduit à la création d'une propriété superficière par renonciation au bénéfice de l'accession¹⁷. Toutefois, la défenderesse, ayant cause à titre particulier de la CN, alléguait également que ce droit réel de propriété superficière ne pouvait lui être opposé faute d'inscription au registre. Le juge Vézina reconnut

¹⁴ *Québec (P.G.) c. Développements de demain*, [2001] R.D.I. 436 (C.S.) [*Développements de demain* (C.S.)], conf. par [2003] J.Q. n° 4980 (C.A.) (QL).

¹⁵ Au sujet de la propriété superficière en général, voir notamment Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2007 aux n° 1537-48 ; Frenette, *La propriété superficière*, *supra* note 7 ; Anne-Françoise Debruche, « Propriété superficière » dans *JurisClasseur Québec, Biens et publicité des droits*, fasc. 13, Montréal, LexisNexis, 2009 [Debruche, « Propriété superficière »].

¹⁶ *Développements de demain* (C.S.), *supra* note 14 au para. 10.

¹⁷ Au sujet de ce mode de constitution de la propriété superficière ainsi que de la division de l'objet du droit de propriété et de la cession du droit d'accession, voir par ex. Lafond, *supra* note 15 aux n° 1561-95.

tout d'abord qu'un tel argument avait déjà été accueilli auparavant par les tribunaux québécois¹⁸. Il ajouta cependant qu'il était également possible de considérer, inversement, que le caractère tacite de la renonciation au bénéfice du droit de l'accession faisait échec *de facto* à toute publication. S'appuyant sur une décision plus ancienne, *Boily c. Tremblay*¹⁹, elle-même confirmée par une autre décision plus récente²⁰, le juge Vézina cita le juge Jacques à l'effet qu'il était ici en présence d'un « titre qui dépend de faits préexistants qui ont donné naissance au droit et qui doivent être déclarés tels par un tribunal, comme dans le cas de la prescription acquisitive »²¹. Il ne s'agissait donc pas d'un titre cédé expressément, qui devrait nécessairement être publié pour être opposable. Par suite, le Ministère pouvait faire valoir sa propriété superficière contre la victime de l'empîement, déclarée malgré elle tréfoncière et obligée de respecter le droit de jouissance du superficière sur une partie de son terrain²².

La motivation de ce curieux jugement laisse entrevoir certaines différences d'opinions entre juges québécois en matière d'inscription au registre, auxquelles la Cour d'appel mit un terme deux ans plus tard en confirmant la décision du juge Vézina à cet égard. Par un jugement très bref, cette cour avalisa simplement l'argumentation de la Cour supérieure rapprochant prescription acquisitive et renonciation tacite au bénéfice de l'accession. Elle approuva également la dérogation au droit strict de la publicité immobilière lorsque la propriété superficière est concédée de manière tacite²³.

Que penser de ces curieux jugements, qui peuvent être considérés comme un tout dans la mesure où la Cour d'appel se borne à confirmer et à éclaircir²⁴ les propos de la Cour supérieure ? La motivation proposée par

¹⁸ *Léveillé c. Caisse populaire Desjardins de Ste-Anne-des-Plaines*, [1994] R.D.I. 255, 44 R.P.R. (2^e) 145 (C.S.) [*Léveillé*]. Voir dans le même sens *Québec (P.G.) c. Péloquin* (1999), REJB 1999-14150 (C.S.) [*Péloquin*]. Toutefois, ces deux décisions considéraient la permission à l'origine de la propriété superficière comme étant certes non écrite, mais aussi expresse : c'est ce qui expliquerait l'application stricte des règles de la publicité foncière.

¹⁹ [1976] C.S. 1774 [*Boily*].

²⁰ *Blanchet c. Claude*, [1994] R.D.I. 697 aux pp. 701-702 (C.Q.) [*Blanchet*].

²¹ *Boily*, *supra* note 19, tel que cité dans *Développements de demain (C.S.)*, *supra* note 14 au para. 17.

²² Sur les obligations du tréfoncier, voir notamment *Syndicat des copropriétaires de St-Mathieu c. 3096-0876 Québec inc.*, [2004] R.D.I. 259 (C.A.) ; Lafond, *supra* note 15 aux n^o 1615-17.

²³ *Développements de demain (C.A.)*, *supra* note 5.

²⁴ La Cour d'appel est plus claire que la Cour supérieure à l'égard de la propriété superficière, la seconde avançant une distinction peu usuelle entre « propriété superficière » (entendue comme un droit réel de propriété superficière concédé expressément et, semble-t-il, seulement au moyen d'une division de l'objet du droit de

les deux cours n'est guère convaincante. En effet, sur le plan de la stricte méthode interprétative, cette double décision introduit une distinction là où le législateur n'en prévoit pas. L'article 2938 C.c.Q. visant indistinctement « l'acquisition, la constitution [...] d'un droit réel immobilier », nous voyons mal comment justifier logiquement l'exemption des constitutions tacites de tels droits réels²⁵. Par ailleurs, l'analogie avec la prescription acquisitive est critiquable en ce que celle-ci naît d'un fait juridique : elle découle d'une certaine possession pendant un temps déterminé auquel la loi donne effet. Or, le droit de superficie concerné par l'exemption est le produit d'un acte juridique visé par l'article 2938 C.c.Q. et non de « faits préexistants qui ont donné naissance au droit », qui devraient être déclarés tels par un tribunal²⁶. Cette analogie revient au fond à nier toute distinction entre faits et actes juridiques.

Pourtant, la doctrine a suggéré de meilleurs arguments en faveur de l'exception superficielle. Certains auteurs pragmatiques suggèrent que l'application à la lettre du principe de l'inscription au registre conduirait à nier l'existence des constitutions tacites de la propriété superficielle. Or, celles-ci ont toujours été considérées comme valables par la jurisprudence²⁷ et ne sont d'ailleurs pas proscrites par le *Code civil du Québec*²⁸. Pour d'autres, c'est l'impossibilité de cadastrer, faute d'acte juridique écrit, qui explique l'impossibilité matérielle subséquente de publier²⁹. Enfin, il a été avancé que c'est l'ensemble des renoncements au bénéfice de l'accession constitutives d'une propriété superficielle, qu'elles soient

propriété) et « droit de superficie » (synonyme pour le juge Vézina de propriété superficielle constituée par renonciation apparemment tacite au bénéfice de l'accession). Cette terminologie fluctuante témoigne, s'il le fallait encore, des variations terminologiques qui continuent d'affecter l'institution superficielle. Voir Normand, « Du droit de superficie », *supra* note 12 aux para. 7-8, 26-28.

- ²⁵ Voir Denys-Claude Lamontagne, *Biens et propriété*, 5^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 au n° 442, n. 36 ; Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000 aux pp. 190-92 [Normand, *Droit des biens*] ; François Frenette, « Biens » (2005) 107 R. du N. 97 à la p. 100 [Frenette, « Biens »].
- ²⁶ Ainsi que l'affirme le juge Jacques dans *Boily* (*supra* note 19), affirmation reprise par le juge Vézina dans *Développements de demain (C.S.)* (*supra* note 14 au para. 17). Pour François Frenette (« Biens », *supra* note 25), l'analogie est surtout critiquable en ce qu'aujourd'hui, le mécanisme de la prescription acquisitive nécessiterait un jugement pour être parachevé.
- ²⁷ Voir par ex. *Leboeuf c. Douville*, [1969] B.R. 472 [Leboeuf] ; *Piché c. Centre de viandes Campbell*, [1980] C.S. 537, 14 R.P.R. 206 ; *Belleville c. Beaulieu*, [2002] R.D.I. 288 (C.S.) [Belleville]. Pour la doctrine, voir notamment Lafond, *supra* note 15 aux n° 1588-95.
- ²⁸ *Ibid.* au n° 1595.
- ²⁹ Christine Gagnon, « Applications contemporaines de la propriété superficielle et questions pratiques incidentes » (2002) 1 C.P. du N. 25 aux pp. 41-42. Pour un résumé du problème que pose le cadastre au regard de la propriété superficielle ainsi que des controverses doctrinales à ce sujet, voir Debruche, « Propriété superficielle », *supra* note 15 au n° 8.

tacites ou expresses, qui doit être exempté d'inscription. Cette exception s'expliquerait à la fois parce que le droit de propriété superficiaire est dépourvu d'objet au moment de la renonciation (rien n'ayant encore été construit) et parce que le droit de superficie issu de la renonciation a un caractère personnel et non réel. À ce titre, bien évidemment, la dispense de publicité ne permettrait donc pas de rendre la propriété superficiaire créée de manière tacite opposable aux tiers³⁰.

En tout état de cause, la Cour supérieure et la Cour d'appel ne manquaient pas d'arguments plus convaincants pour justifier la dérogation apportée à l'article 2938 C.c.Q. en matière de propriété superficiaire concédée de manière tacite. Elles n'en ont pourtant guère fait usage. Comment comprendre une telle désinvolture, alors que l'exception au principe-clé de la publicité immobilière ne va vraiment pas de soi à la lecture du *Code civil du Québec*? La Cour d'appel elle-même, placée récemment devant son propre raisonnement fondé sur l'analogie avec la prescription acquisitive, paraît admettre que ce dernier est étrange et discutable, mais n'en démord pas pour autant³¹.

Il nous semble que l'explication de cette double décision énigmatique, comme de sa résistance contemporaine aux critiques doctrinales, réside dans l'institution superficiaire elle-même et dans la manière dont celle-ci est utilisée depuis plus d'un siècle pour résoudre en équité certaines affaires d'empiètement immobilier. Cette jurisprudence a pris naissance dans une décision de la Cour suprême du Canada de 1897, l'affaire *Delorme c. Cusson*. Il est temps à présent de nous lancer dans l'opération d'archéologie juridique annoncée, en étudiant comment cette ancienne affaire a résulté en un mimétisme transsystémique qui a beaucoup séduit les juges québécois.

I. Le « péché originel » dans le jardin transsystémique de la Cour suprême du Canada

Après avoir dépeint la manière dont la Cour suprême de 1897 a succombé à la tentation de l'équité dans *Delorme c. Cusson* (A), nous

³⁰ Frenette, *La propriété superficiaire*, supra note 7 au n° 52; François Frenette, « Bilan décennal de la réforme du droit des biens » (2003) 105 R. du N. 309 aux pp. 349-52. C'est l'une des raisons pour lesquelles cet auteur a critiqué vertement la décision de la Cour d'appel dans *Développements de demain (C.A.)* (supra note 5). Voir Frenette, « Biens », supra note 25.

³¹ L'affaire *Martin* (supra note 6) est très révélatrice à cet égard. La Cour d'appel du Québec réitère sa position et la base de celle-ci (l'analogie avec la prescription) s'étend sur les objections doctrinales sans y répondre. Puis, la cour rend sa décision sur une autre base, soit celle de l'acquisition d'un droit de propriété superficiaire par prescription.

découvrirons que la pomme litigieuse était une institution de *common law*, l'*estoppel by acquiescence* (B).

A. La tentation de l'équité dans *Delorme c. Cusson*

À la base de l'affaire *Delorme c. Cusson*, il y a un problème très ordinaire d'empiètement immobilier (1), que la Cour suprême du Canada résoudra en équité de façon apparemment orthodoxe (2).

1. Un problème classique d'empiètement immobilier

Monsieur Delorme et Monsieur Cusson étaient voisins. Désireux de construire de nouveaux logements pour remplacer une ancienne construction, Monsieur Delorme s'inquiéta de l'emplacement exact de la ligne de division de leurs fonds respectifs. Interrogé, notamment au motif qu'il était propriétaire des lieux depuis plus longtemps, Monsieur Cusson indiqua à Monsieur Delorme et à son architecte l'emplacement de la « vieille ligne » à respecter aux fins de la nouvelle construction. Il déclina la proposition de l'architecte de signer un document relatif à l'emplacement de la ligne de division, en alléguant que cette formalité était inutile « vu que la ligne était là ». Monsieur Delorme se fia donc à la ligne séparatrice indiquée par son voisin pour ériger sa construction. Alors que les travaux étaient pratiquement terminés, Monsieur Cusson découvrit que l'ancienne ligne de division ne correspondait pas à celle qu'indiquaient les titres fonciers. Cette erreur provoquait un empiètement de vingt à quarante centimètres tout le long du nouvel immeuble. Il le fit remarquer à son voisin, puis réclama la suppression de cet empiètement devant la Cour supérieure³². Celle-ci rejeta son action selon le motif que Monsieur Delorme était de bonne foi, que l'empiètement était insignifiant et que « *de minimis non curat lex* »³³. La Cour d'appel (alors Cour du Banc de la Reine), par contre, lui donna raison au nom de la protection inconditionnelle due à son droit de propriété lésé par l'empiètement. Sir Alexandre Lacoste, juge en chef, affirma dans ses motifs : « [j]e ne connais aucun texte de loi ni aucun auteur qui déclarent qu'une personne qui anticipe en construisant sur le terrain voisin, même de bonne foi, puisse réclamer la propriété de ce terrain »³⁴. Même contre indemnité, ceci reviendrait à une « véritable expropriation pour cause d'intérêt privé » et irait « contre tout principe du droit de propriété »³⁵. La Cour d'appel

³² *Cusson v. Delorme* (1896), 10 C.S. 329.

³³ *Ibid.* à la p.332. Il est intéressant de contraster cette décision avec C.A. Paris, 8 novembre 1967, D. 1968.Somm.45, où la Cour d'appel de Paris ordonne la suppression d'un empiètement de 0,7 cm.

³⁴ *Cusson c. Delorme* (1897), 6 B.R. 202 à la p. 213 (C.A.).

³⁵ *Ibid.* à la p. 214.

ordonna donc la démolition de l'empiétement. Monsieur Delorme porta alors l'affaire devant la Cour suprême du Canada.

2. Une solution juridique apparemment orthodoxe

Le juge Girouard, dont le jugement allait être celui de la Cour suprême du Canada, estima d'emblée que l'équité est « évidemment en faveur de l'appelant »³⁶, Monsieur Delorme. À l'évidence, la Cour d'appel avait également eu raison de mettre en exergue le respect dû au droit de propriété de la victime de l'empiétement. Celui-ci impose au juge d'ordonner la démolition de l'emprise, faute de contrevenir à la logique du droit des biens et des actions réelles³⁷. Un an auparavant, Mignault écrivait déjà que :

Notre droit ainsi que notre jurisprudence reconnaissent au propriétaire le droit d'exiger la démolition de constructions qui empiètent sur son terrain, sans égard à la bonne foi du constructeur. Ce dernier, du reste, n'est pas sans faute, il aurait dû faire borner avant de commencer sa construction, et sa bonne foi, en construisant sans adopter cette mesure de précaution élémentaire, est du moins suspecte³⁸.

En 1876, la Cour du banc de la Reine avait d'ailleurs ordonné sans états d'âme la suppression d'un empiétement minime sans même vérifier la bonne ou la mauvaise foi du défendeur, au motif que « *the encroachment was proved beyond doubt* »³⁹.

Dès lors, comment concilier ici droit strict de la propriété et équité du cas d'espèce ? C'est par une motivation ouvertement inspirée du droit français, donc *a priori* conforme aux canons de la tradition civiliste, que le juge Girouard va résoudre ce dilemme. En effet, en droit français comme en droit québécois, le droit reconnu à tout propriétaire de réclamer la suppression d'un empiétement illicite sur son terrain est tempéré par l'exception suivante : ce droit à la démolition n'existe pas lorsque la victime de l'empiétement a autorisé celui-ci⁴⁰. Il s'agit d'un argument de bon

³⁶ *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 à la p. 74.

³⁷ Au sujet de la protection due aux droits réels principaux dans les systèmes de droit civil québécois, français et belge, en particulier dans le contexte de l'empiétement immobilier, voir Debruche, *Équité*, *supra* note 9 aux pp. 60-94.

³⁸ P.B. Mignault, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon, avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux*, Montréal, Whiteford & Théoret, 1896, t. 2 aux pp. 502-503. L'incidence de l'absence de bornage sur la bonne foi du constructeur a également été portée à l'attention de l'auteure par Madeleine Cantin Cumyn, professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill.

³⁹ *Levesque c. McCready* (1876), 21 L.C. Jur. à la p. 70.

⁴⁰ Le juge Girouard, dans l'arrêt *Delorme c. Cusson* (*supra* note 11), cite à cet effet Gaston Griollet et Charles Vergé (*Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil, supplément*, « Propriété », par Gaston Griollet et Charles Vergé, au n° 203), Jacques de

sens. Encourager activement la construction, puis revenir sur son acquiescement, reviendrait tout bonnement à tendre un piège au voisin⁴¹. Or, le consentement de Monsieur Cusson quant à l'emplacement de la ligne de division n'était « pas seulement tacite comme résultant de sa présence sur les lieux et de son défaut de protestation, lorsque les constructions ont été commencées et faites, mais il est formel et exprès à raison des dires et gestes des parties »⁴². Ainsi, conformément à ce qu'affirment la jurisprudence et la doctrine française, qui « sont unanimes à considérer que le fait que des constructions ont été faites, au su et vu du propriétaire du fonds et sans protestation de sa part, constitue une autorisation tacite »⁴³, la Cour suprême du Canada rejetta l'appel et refusa à Monsieur Cusson la démolition demandée.

Mais quel allait être le statut juridique de la portion d'immeuble qui empiète sur le terrain avoisinant ? En d'autres termes, comment traduire juridiquement l'autorisation accordée par Monsieur Cusson à l'empiètement ? Le juge Girouard explique que « [c]ette autorisation constitue ce que des auteurs appellent une renonciation au droit d'accession, d'autres un droit de servitude, d'usufruit ou de superficie du sol ; de l'aveu de tous, elle forme une convention qui doit être respectée et recevoir son exécution »⁴⁴. Puis, allant au-delà des possibilités qui viennent d'être évoquées, la Cour contraignit en définitive Monsieur Cusson à accepter la cession forcée de la portion de terrain concernée par l'empiètement.

En apparence, la motivation retenue par la Cour respecte la logique propre au droit civil des biens, dont l'application est ici adoucie par l'appel au droit des obligations⁴⁵. Le « ferment de l'équité » [notre traduction] est

Maleville (*Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'état*, t. 2, 2^e éd., Paris, Garnery, 1807 à la p. 34) et G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau (*Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 6, 3^e éd., Paris, Librairie de la Société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1905 au n^o 377), qui discutent de la question en rapport avec l'application du droit de l'accession. Des décisions citées, seuls les arrêts de cassation du 26 juillet 1841 (Cass. civ., 26 juillet 1841, R.S. 1841.I.836) et du 1^{er} avril 1890 (Cass. civ., 1 avril 1890, D. 1891.I.181) et de la Cour d'appel de Poitiers (C.A. Poitiers, 6 mai 1891, R.S. 1892.II.108) sont pertinents : le principe y est reconnu, l'autorisation ayant été alléguée, mais non démontrée juridiquement.

⁴¹ *Begin c. Prevost* (1926), 65 C.S. 539 à la p. 544 ; Cass. civ., 26 juillet 1841, *supra* note 40.

⁴² *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 à la p. 71.

⁴³ *Ibid.* à la p. 85.

⁴⁴ *Ibid.* En 1903, un arrêtiste français a fait écho à la Cour suprême du Canada en affirmant qu'en pareil cas intervient, « entre le propriétaire du terrain et le constructeur, un contrat *sui generis*, en vertu duquel le propriétaire du sol autorise le constructeur à jouir des constructions pendant un certain temps, autant qu'elles dureront. Il y a création au profit du constructeur d'une sorte de droit de superficie » : Cass. civ., 16 juin 1903, R.S. 1905.I.329 à la p. 30.

⁴⁵ La logique extracontractuelle avait été un moment prise en considération par le juge Girouard comme une alternative possible, mais elle a été abandonnée. Sous l'angle

certes perceptible sous ce discours orthodoxe⁴⁶. Pour paraphraser Nicolas Molfessis, si le jugement a certes inspiré de l'équité, entendue comme ce qui paraît le plus juste à la Cour dans ce cas d'espèce particulier, il « n'expir[e] que du droit »⁴⁷—et du droit civil québécois, qui plus est, non de la *common law*. Cette dernière est-elle véritablement absente de ce syllogisme civiliste ? L'équité judiciaire n'aurait-elle pas été, dans *Delorme c. Cusson*, aiguillonnée et guidée par un quelconque modèle de *common law* ? Pour reformuler l'image de Nicolas Molfessis, il nous paraît qu'en fait, la décision de la Cour suprême du Canada a inspiré de la *common law* pour mieux expirer du droit civil. L'instrument de ce mimétisme transsystémique semble être l'*estoppel by acquiescence*, sur lequel nous allons nous pencher maintenant.

B. Une mue du droit civil par imitation de l'estoppel by acquiescence

L'*estoppel by acquiescence*, aujourd'hui mieux connu sous les traits du *proprietary estoppel*, est une institution de *common law* infiniment réceptive au sentiment d'équité des magistrats, particulièrement dans les affaires d'empiétement immobilier (1). Nous montrerons qu'il a été « l'éminence grise »⁴⁸ de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Delorme c. Cusson*, alors que le juge Girouard cherchait à élaborer une solution équitable qui respecterait plus ou moins la lettre du droit civil des biens et des obligations (2).

1. Un outil réceptif aux préoccupations d'équité dans le système voisin

Qu'est-ce que l'*estoppel* ? Lord Denning en propose une description historique et imagée :

For the word « estoppel » only means stopped. [...] It was brought over by the Normans. They used the old French « estoupail ». That meant a bung or cork by which you stopped something from coming out. It was in common use in our courts when they carried on all their proceedings in Norman-French. [...]

extracontractuel, l'erreur de Monsieur Cusson au sujet de la localisation de la ligne séparatrice pouvait être qualifiée de faute et Monsieur Delorme aurait pu être indemnisé du dommage causé par cette erreur. Toutefois, comme ce dernier ne réclamait aucune indemnité pécuniaire, la piste extracontractuelle était en fait impraticable. *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 aux pp. 75-78.

⁴⁶ Vernon Valentine Palmer, « From Embrace to Banishment: A Study of Judicial Equity in France » (1999) 47 *Am. J. Comp. L.* 277 à la p. 300.

⁴⁷ L'image est empruntée à Nicolas Molfessis, [1998] *R.T.D. civ.* 210 à la p. 224.

⁴⁸ L'expression est à nouveau empruntée à Molfessis (*ibid.*).

*From that simple origin there has been built up over the centuries in our law a big house with many rooms. It is the house called Estoppel*⁴⁹.

Le mot lui-même se traduit malaisément. Les civilistes parlent de « fin [...] de non-recevoir »⁵⁰, tandis que les juristes de *common law* francophones préfèrent l'appellation de « préclusion »⁵¹. Ces traductions sont contestables en ce qu'elles semblent réduire l'*estoppel* à un simple mécanisme procédural, alors qu'il est susceptible, comme nous le verrons, d'entraîner des effets majeurs sur le plan du droit substantif, particulièrement en droit des biens⁵². C'est la raison pour laquelle nous préférons ne pas traduire le mot en français, comme le font du reste d'autres auteurs qui ont écrit sur la question⁵³.

Comme l'affirme Lord Denning, la « maison *estoppel* » est une, mais les pièces en sont multiples. En fait, il s'agit plutôt d'un duplex dont l'*estoppel* dit « *by representation* » représente la partie principale⁵⁴. Pour citer à nouveau Lord Denning, ce type d'*estoppel* est

*a principle of justice and of equity. It comes to this: when a man, by his words or conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so*⁵⁵.

⁴⁹ *McIlkenny v. Chief Constable*, [1980] 2 W.L.R. 689 à la p. 700, [1980] 2 All E.R. 227 (C.A.). Voir aussi John S. James, *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, vol. 2, 5^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1986 à la p. 880, s.v. « estoppel ». Le mot « étoupe » désigne, en français contemporain, le déchet grossier produit lors du teillage ou du peignage des fibres textiles végétales, comme le chanvre et le lin. Autrefois, l'estoupe était utilisée notamment pour colmater des brèches ou fissures diverses, par exemple sur les bateaux. Dans le même ordre d'idées, mais de manière imagée, « estopper » une partie en *law French* revenait à l'origine à lui fermer la bouche. Voir John H. Baker, *Manual of Law French*, 2^e éd., Hants (R.-U.), Scolar Press, 1990 à la p. 110, s.v. « estopper ».

⁵⁰ Voir par ex. Jules Jéraute, *Dictionnaire juridique*, Trois-Rivières, Villers-Côté ; Paris, Juridiques Associées, 1990 à la p. 83, s.v. « estoppel ».

⁵¹ Centre de traduction et de terminologie juridique de l'université de Moncton, *Vocabulaire anglais-français et lexique français-anglais de la « common law » : Procédure civile—Preuve*, t. 3, Moncton, Centre universitaire de Moncton, 1983, s.v. « estoppel ».

⁵² Voir Claude Nadeau, « L'estoppel dans le contexte du droit civil québécois » (1986) 46 R. du B. 599 aux pp. 608-14 [Nadeau, « L'estoppel »] ; M.N. Howard, dir., *Phipson on Evidence*, 15^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000 au para. 5-01.

⁵³ Voir par ex. Antoine Martin, *L'estoppel en droit international public : précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Paris, A. Pedone, 1979.

⁵⁴ L'autre étant l'*estoppel by matter of record*, aussi appelé *per rem judicatam*, qui s'apparente à l'exception de la chose jugée. Voir Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2004.

⁵⁵ *Moorgate Ltd. v. Twitchings* (1975), [1976] Q.B. 225 à la p. 241, [1975] 3 All E.R. 314 (R.-U. C.A.).

L'estoppel by representation a donc trois composantes : la représentation (un état de fait qu'une personne décrit à une autre ou qu'elle lui laisse croire comme étant vrai), la *detrimental reliance* (le fait que cette autre personne se soit fiée à la représentation et ait agi à son détriment en s'y fiant) et l'*unconscionability* (le volte-face *a posteriori* de l'auteur de la représentation initiale, qui heurte la conscience car il paraît inéquitable et injuste)⁵⁶. Il s'agit de savoir si « *in particular individual circumstances, it would be unconscionable for a party to be permitted to deny that which, knowingly, or unknowingly, he has allowed or encouraged another to assume to his detriment* »⁵⁷. Au dix-neuvième siècle, les cours parlaient plus volontiers de fraude que d'*unconscionability*, mais la mutation est purement terminologique : le sens n'a pas changé⁵⁸. Au-delà de ces trois éléments constitutifs, les contours de *l'estoppel by representation* demeurent délibérément flous. On comprend bien qu'il s'oppose toujours au droit strict, c'est-à-dire en l'espèce au droit que reconnaissent en principe les règles matérielles de *common law*, d'*equity* ou du droit légiféré à l'auteur de la représentation, et dont celui-ci cherche à se prévaloir de manière injuste, contre la conscience. Par contraste, *l'estoppel* s'appuie sur le bon sens et permet d'éviter, au cas par cas, l'application de ce droit strict lorsque celle-ci « apparaîtrait quasi incompréhensible aux yeux de toute personne autre qu'un avocat » [notre traduction]⁵⁹. La force de cette institution inspirée de l'esprit d'*equity*, parfois contre les règles substantielles d'*equity* elles-mêmes⁶⁰, réside donc dans son caractère partiellement indéfinissable. *L'estoppel by representation* demeure donc « une notion simple et purement empirique, peut-être l'instrument le plus efficace et le plus flexible qui puisse exister dans un système de “judge-

⁵⁶ Pour plus de détails concernant ces critères, voir généralement Elizabeth Cooke, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, Oxford University Press, 2000 aux pp. 70-117 [Cooke, *Modern Law*]. Cooke remarque que l'exigence d'une *detrimental reliance* semble épargner le *promissory estoppel* (*ibid.* aux pp. 38-39, 62, 100 et s.).

⁵⁷ *Taylor's Fashions Ltd. v. Liverpool Trustees Co.* (1979), [1982] Q.B. 133 aux pp. 151-52, [1981] 1 All E.R. 847 (Ch.D.) [*Taylor's Fashion*].

⁵⁸ L'emploi du mot « *fraud* » est consacré par *Willmott v. Barber* (1879), [1880] 15 Ch. D. 96 à la p. 105, juge Fry [*Willmott*]. Il réfère en réalité à la transposition et à l'élargissement en *equity* de la notion de *deceit* sanctionnée par la *common law*. Voir Linda Kirk, « Confronting the Forms of Action: The Emergence of Common Law Estoppel » (1991) 13 Adel. L. Rev. 225 aux pp. 228-29. La mutation terminologique est discutée par le juge Scarman dans *Crabb v. Arun D.C.* (1975), [1976] Ch. 179 à la p. 195, [1975] 3 All E.R. (C.A.) [*Crabb*].

⁵⁹ *Hopgood v. Brown*, [1955] 1 All E.R. 550 à la p. 557, [1955] 1 W.L.R. 213 (C.A.) [*Hopgood*].

⁶⁰ Au sujet de la notion d'*equity*, contrastée avec celle d'équité en droit civil, voir par ex. André Tunc, « L'équité en droit anglais et en droit américain » (1998) 9 *Justices* 123 ; Anne-Françoise Debruche, « What is “Equity”? : Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures » (2009) 39 *R.G.D.* 203.

made law» [notre traduction]⁶¹. L'*estoppel by acquiescence* est une sous-catégorie de l'*estoppel by representation*. La notion d'*acquiescence* elle-même est issue de l'*equity*. Elle a vocation à s'appliquer chaque fois que quelqu'un acquiesce à la violation de l'un de ses droits et exige par la suite la sanction de cette violation. L'*acquiescence* est naturellement appelée à jouer un rôle important dans les litiges d'empiètement immobilier, dans lesquels l'auteur de la construction litigieuse allègue bien souvent que la victime de l'empiètement avait consenti à celui-ci. Dès 1740 par exemple, le Chancelier Hardwicke précisait que

*[w]here a man has suffered another to go on with building upon his ground, and not set up a right till afterwards, when he was all the time conusant of his right, and the person building had no notice of the other's right, in which the court would oblige the owner of the ground to permit the person building to enjoy it quietly, and without disturbance*⁶².

Dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, la doctrine de l'*acquiescence* finira par se fondre dans celle de l'*estoppel*, dont elle sera perçue comme une variante : l'*estoppel by acquiescence*, appelé aujourd'hui *proprietary estoppel*⁶³. Cette nouvelle dénomination souligne mieux le rapport étroit qu'entretient ce type d'*estoppel* avec le droit des biens.

⁶¹ *Canadian and Dominion Sugar Company, Ltd. v. Canadian National (West Indies) Steamships Ltd.* (1946), [1947] A.C. 46 à la p. 55, Lord Wright citant Sir F. Pollock (P.C.). Toutefois, cette souplesse n'implique pas l'arbitraire. Voir *Campbell Discount Co. v. Bridge*, [1961] 2 All E.R. 97 à la p. 103, [1961] 2 W.L.R. 596 (C.A.) ; Sir Alexander Kingcome Turner, dir., *Spencer Bower and Turner: The Law Relating to Estoppel by Representation*, 3^e éd., Londres, Butterworths, 1977 à la p. 309. Ce dernier estime qu'une simplification excessive de la doctrine de l'*estoppel* pourrait conduire à l'arbitraire à travers une justice trop individualisée. Voir aussi Margaret Halliwell, *Equity & Good Conscience in a Contemporary Context*, Londres (R.-U.), Old Bailey Press, 1997 aux pp. 17, 73-74.

⁶² *East-India Company v. Vincent* (1740), 26 E.R. 451, 2 Atk. 84. Voir aussi *Hunt v. Carew* (1649), 21 E.R. 786, Nels. 47 ; *Hobbs v. Norton* (1682), 23 E.R. 370, 1 Vern. 137 ; *Huning v. Ferrers* (1711), 25 E.R. 59, Gilb. Rep. 84 (à propos d'un *lease* indûment accordé par un auteur sans droit). Plus tard, le principe est réaffirmé solennellement dans *Dann v. Spurrier* ((1803), 3 Bos. & Pul. 399, 127 E.R. 218) et appliqué par exemple dans *Hopkins v. Great Northern Railway Co.* ((1877), 2 Q.B.D. 224, 46 L.J.Q.B. 265 (R.-U. C.A.)), *Kilbey v. Haviland* ((1871), 24 L.T. 353) et *Gaskin v. Balls* ((1878), [1979] 13 Ch. D. 324).

⁶³ L'émergence d'une doctrine de l'*acquiescence en equity* de même que la fusion ultérieure de cette doctrine avec celle de l'*estoppel* n'ont, à notre connaissance, pas fait l'objet d'études systématiques, mais sont évoquées par Cooke (*Modern Law, supra* note 56 aux pp. 42-43) et G. E.H. Burn (dir., *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 17^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p. 816). L'origine de l'*estoppel by acquiescence* est habituellement liée à une dissidence du juge Kingsdown dans *Ramsden v. Dyson* (1866), 1 L.R.H.L. 129 à la p. 170. Cette décision ne mentionne toutefois pas explicitement l'*estoppel*. La connexion entre *estoppel* et *acquiescence* est établie clairement dans *De Bussche v. Alt* (1878), 8 Ch. D. 286 à la p. 314.

Les trois composantes traditionnelles de l'*estoppel*, la représentation, la *detrimental reliance* et l'*unconscionability*, se révèlent appropriées pour analyser et résoudre les problèmes posés par les empiétements et constructions sur le fond d'autrui. La représentation, ou « assurance »⁶⁴, peut découler d'un encouragement actif (comme dans *Delorme c. Cusson*) ou d'une passivité éclairée (par exemple, si Monsieur Cusson avait laissé Monsieur Delorme construire son immeuble tout en sachant pertinemment qu'il empiétait sur son terrain). La *detrimental reliance*⁶⁵ provient du fait que l'auteur de la construction s'est fié à la représentation (encouragement ou simple passivité éclairée). Quant à l'*unconscionability*, elle résulte de la combinaison de la représentation et de la *detrimental reliance*. Ce dernier élément constitutif, très large, peut potentiellement en contenir d'autres. Parmi ceux-ci, le plus discuté a été le critère dit de la connaissance : l'auteur de la représentation devait-il impérativement être au courant de l'atteinte portée à son droit strict⁶⁶ ? Il s'agit ici de concilier les exigences de la pratique, du bon voisinage et de l'équité. Il ne conviendrait en effet pas d'inciter tout voisin qui observe un début de travaux aux alentours de son fonds à intenter sur le champ une action en justice pour éviter de se voir opposer plus tard un *estoppel by acquiescence*⁶⁷. Pour cette raison, la passivité non éclairée n'est pas en principe constitutive de ce type d'*estoppel*. Dans les hypothèses d'erreur unilatérale, c'est-à-dire d'erreur qui n'existe que dans le chef de l'une des parties (l'auteur de la construction illicite), il est extrêmement difficile de se prévaloir de l'*estoppel by acquiescence*⁶⁸. Par contre, lorsque la repré-

⁶⁴ C'est le terme privilégié, dans le contexte du *proprietary estoppel*, par Nicholas Hopkins. Voir Nicholas Hopkins, *The Informal Acquisition of Rights in Land*, Londres, Sweet & Maxwell, 2000 aux pp. 133-41.

⁶⁵ Au sujet de la notion de *reliance*, voir notamment Sarah Nield, « Estoppel and Reliance » dans Elizabeth Cooke, dir., *Modern Studies in Property Law*, vol. 1, Oxford, Hart, 2001, 77 ; Adam Ship, « The Primacy of Expectancy in Estoppel Remedies: An Historical and Empirical Analysis » (2008) 46 *Alta. L. Rev.* 77. Quant au détriment, voir Rosalyn Wells, « The Element of Detriment in Proprietary Estoppel » (2001) *Conv.* 13 ; Mark Pawlowski, *The Doctrine of Proprietary Estoppel*, Londres, Sweet & Maxwell, 1996 aux pp. 55-71 (qui distingue deux types de détriments en relation avec le *proprietary estoppel* : l'investissement d'une somme d'argent en améliorations immobilières et le désavantage personnel).

⁶⁶ Il découlait au départ d'un test proposé dans *Willmott* (*supra* note 60 à la p. 105).

⁶⁷ Voir *Osborne v. Bradley*, [1903] 2 Ch. 446 ; *Shaw v. Applegate* (1977), [1977] 1 W.L.R. 970, [1978] 1 All E.R. 123 (C.A.) ; *E. & L. Berg Homes Ltd. v. Grey* (1979), [1980] 1 E.G.L.R. 103 à la p. 107 (R.-U. C.A.) ; *Snell & Prideaux Ltd. v. Dutton Mirrors Ltd.* (1994), [1995] 1 E.G.L.R. 259 aux pp. 262, 264 (R.-U. C.A.) ; Christine J. Davis, « Informal Acquisition and Loss of Rights in Land: What Justifies the Doctrines? » (2000) 20 *L.S.* 198 à la p. 217.

⁶⁸ L'appréciation globale sous l'angle de l'*unconscionability*, particulièrement en Angleterre, justifie parfois certaines exceptions à ce principe. Voir par ex. *Hammersmith and Fulham London Borough Council v. Tops Shop Centres Ltd.* (1988), [1990] 1 Ch. 237, [1989] 2 All E.R. 655.

sentation prend la forme d'un encouragement actif, mais que l'auteur de la représentation se trompe sur l'étendue de ses droits stricts (notamment dans l'affaire *Delorme c. Cusson*), cette ignorance ne s'oppose pas en principe à l'établissement d'un *estoppel by acquiescence*. Ce principe est aujourd'hui clairement admis en Angleterre, mais reste discuté au Canada⁶⁹. En tout état de cause, en cas d'encouragement actif, cette tendance permet une approche objective plutôt que subjective, puisque l'accent est placé sur le comportement de l'auteur de la représentation plutôt que sur son véritable état d'esprit : « *In short and in plain language, a man is not permitted to charge the consequences of his own fault on others, and complain of that which he has himself brought about* »⁷⁰. Cette application de l'*estoppel by acquiescence*, qui repose sur un encouragement et sur une erreur réciproque, a trouvé au dix-neuvième siècle une expression spécifique dans la doctrine canadienne dite des « *conventional lines* ». Elle a été formulée comme suit :

*[I]f adjoining land owners agree to a dividing line between their respective properties, and one of them, knowing that the other supposes the line so established to be the true line, stands by and allows him on the faith of such supposition to expend money in building upon the premises according to the line assented to, he is estopped from showing that he was mistaken, and from denying that he is bound by the line which he has thus induced the other party to rely upon*⁷¹.

Ainsi, lorsque deux propriétaires de fonds adjacents conviennent que la ligne de division se trouve à un certain endroit, ils ne peuvent plus s'en dédire par la suite nonobstant l'indication différente qu'en donneraient les titres fonciers. La doctrine des *conventional lines* se distingue donc du bornage conventionnel que connaît le droit québécois essentiellement par le fait que la validité de l'opération ne dépend nullement de l'intervention

⁶⁹ *Taylor Fashions*, *supra* note 57. L'évolution anglaise est retracée notamment par Pawlowski, *supra* note 65 aux pp. 122-27. Quant au Canada, le critère de la connaissance est encore favorisé par la majorité dans *Trethewey-Edge Dyking (District) v. Coniagas Ranches* (2003 BCCA 197, 7 R.P.R. (4^e) 163 au para. 63 et s., 224 D.L.R. (4^e) 611 [*Trethewey-Edge Dyking*]) en dépit de la dissidence exprimée par le juge d'appel Newbury qui s'appuyait sur l'approbation de *Taylor's Fashions* (*supra* note 59) dans *Paul v. Vancouver International Airport Authority* (2000 BCSC 341, 5 B.L.R. (3^e) 135 [*Paul*]).

⁷⁰ *Doe dem. Green v. Higgins* (1874), 2 H. & W. 496 à la p. 499, juge Peters (P.E.I.S.C.) [*Higgins*]. Les circonstances dans cet arrêt rappellent l'affaire *Delorme c. Cusson* (*supra* note 11).

⁷¹ *Grasett v. Carter* (1884), 10 R.C.S. 105 à la p. 127, juge Strong Norman [*Grasett*]. La doctrine a également été énoncée dans *Wilbur v. Tingley*, [1949] 4 D.L.R. 113, 24 M.P.R. 175 (N.B.C.A.) ; *Goutsoulas v. Liao*, [1993] O.J. n° 1819 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)) (QL) [*Goutsoulas*] ; *Parlee v. McFarlane* (1999), 171 D.L.R. (4^e) 292, 210 N.B.R. (2^e) 284 (C.A.).

d'un arpenteur-géomètre⁷². Cette doctrine de *common law* a été élaborée à l'origine dans les provinces maritimes pour remédier aux incertitudes et aux imperfections des arpentages et des descriptions contenues dans les titres immobiliers⁷³. Ainsi que le montre la citation ci-dessus, cette doctrine a été rattachée très tôt, conceptuellement, à l'*estoppel by acquiescence*⁷⁴ et correspond parfaitement aux faits de l'affaire *Delorme c. Cusson*⁷⁵.

Quelle est la place de l'*estoppel by acquiescence*, aujourd'hui dénommé *proprietary estoppel* au Canada et au Québec ? Dans les provinces canadiennes de *common law*, c'est surtout en Colombie-Britannique que le *proprietary estoppel* se taille la part du lion et fait écho au succès de cette institution en Angleterre⁷⁶. Il faut dire que le *proprietary estoppel* permet aux juges d'organiser, le cas échéant, des transferts informels de droits réels (fief simple, servitude, *lease*, etc.) pour régler en équité des *hard*

⁷² Au sujet du bornage conventionnel au Québec, voir art. 978, al. 2 C.c.Q. ; Lafond, *supra* note 15 aux n° 725-30 ; Jean-Guy Cardinal, « Bornage à l'amiable » (1958) 61 R. du N. 212 [Cardinal, « Bornage »] ; Marie-Louis Beaulieu, « Bornage à l'amiable et transaction, bornage de concert, bornage conventionnel ou ligne d'accord » (1959) 61 R. du N. 371.

⁷³ *Doe dem. Carr v. McCullough* (1842), 3 N.B.R. 460 à la p. 460, 466 (S.C.) (incertitudes quant aux bornes et querelles d'experts sur les méthodes d'arpentage) ; *Davison v. Kinsman* (1853), 1 James 1 aux pp. 2-3 (C.A.) (insécurité juridique en l'absence d'une telle doctrine étant donné le contexte particulier de la colonisation et des concessions immobilières dans cette partie du Canada) ; *Robertson v. Wallace* (2000), 276 A.R. 201, [2000] 9 W.W.R. 141 (Q.B.).

⁷⁴ Dans la décision citée en extrait notamment (*Grasett, supra* note 71), le juge Strong considérait la doctrine des *conventional lines* comme une application de l'*estoppel*, mais son confrère le juge Henry, dans le même jugement, estimait qu'il s'agissait là d'une doctrine distincte qui conduisait tout simplement au même résultat. La jurisprudence moderne tend à suivre le juge Strong. Voir *Quatermain v. Stevens* (1971), 4 N.B.R. (2^e) 266 (Q.B.) ; *Spearwater v. Seaboyer* (1984), 65 N.S.R. (2^e) 280, 147 A.P.R. 280 (S.C.) ; *Goutsoulas, supra* note 71 ; *Hallowell v. Munn* (1997), 186 N.B.R. (2^e) 351, 476 A.P.R. 351 (C.A.) ; *Flello v. Baird*, 1999 BCCA 244, 172 D.L.R. (4^e) 741 [*Flello*]. Voir généralement Debruche, *Équité, supra* note 9 aux pp. 200-201.

⁷⁵ Au sujet du devenir contemporain de la doctrine des *conventional lines*, qui se heurte aujourd'hui à la rigueur de l'enregistrement des titres de style « *Torrens* », voir Norman Siebrasse, « The Doctrine of Conventional Lines » (1995) 44 U.N.B.L.J. 229 ; Debruche, *Équité, supra* note 9 aux pp. 197-200.

⁷⁶ Voir notamment *Ellis v. Eddy Holding Ltd.* (1996), 7 R.P.R. (3^e) 70 (B.C.S.C.) ; *Zelmer v. Victor Projects Ltd.* (1997), 147 D.L.R. (4^e) 216, [1997] 7 W.W.R. 170 (B.C.C.A.) [*Zelmer*] ; *Pilcher v. Shoemaker* (1997), 13 R.P.R. (3^e) 42 (B.C.S.C.) [*Pilcher*] ; *Flello, supra* note 74 ; *Babine Investments v. Prince George Shopping Centre*, 2000 BCSC 1207, 35 R.P.R. (3^e) 287, [2000] B.C.T.C. 619 (S.C.) ; *Paul, supra* note 69 ; *McKinnon v. Canada (P.G.)*, 2002 BCSC 1053, 2 R.P.R. (4^e) 300, [2000] B.C.T.C. 619 ; *Trethewey-Edge Dyking, supra* note 69 ; *Erickson v. Jones*, 2008 BCCA 379, 73 R.P.R. (4^e) 9, 83 B.C.L.R. (4^e) 333 [*Erickson*]. En Ontario, voir par ex. *Schwark Estate v. Cutting* (2008), 77 R.P.R. (4^e) 219, 46 E.T.R. (3^e) 120 (Ont. Sup. Ct.) ; *433583 Ontario Ltd. v. Metron Toronto Condo Corp. No. 935* (2008), 71 R.P.R. (4^e) 267 (Ont. Sup. Ct.).

cases. Même si les mécanismes de publicité foncière s'opposent parfois à de tels transferts, particulièrement lorsqu'ils sont fondés sur les titres plutôt que sur les actes, le pouvoir discrétionnaire conféré aux cours n'en demeure pas moins large⁷⁷. Dans les autres provinces canadiennes, par contre, c'est plutôt le *constructive trust* qui est à l'honneur à titre de mécanisme correctif en équité⁷⁸. Quant au Québec, la doctrine de l'*estoppel* peut naturellement être invoquée dans la sphère du droit public (imprégnée de *common law*), par exemple par une personne privée à l'encontre de l'autorité publique⁷⁹. Par ailleurs, dans l'affaire québécoise *Joyce v. Hart*⁸⁰, antérieure à *Delorme c. Cusson*, la Cour suprême du Canada suggéra qu'il était possible que l'*estoppel* (ou *fraud*) joue entre particuliers dans le cadre d'un empiètement immobilier⁸¹. Enfin, les juges québécois eux-mêmes invoquent occasionnellement l'*estoppel* dans leurs décisions⁸². Cependant, en dépit de ces occurrences sporadiques, l'examen des sources du droit privé québécois atteste que les lois et coutumes précédant l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas Canada*, au même titre que les codes civils eux-mêmes, n'admettent pas l'institution de l'*estoppel* au sein du droit civil⁸³.

Est-ce à dire que celui-ci n'y existe d'aucune façon ? Que faute d'intégration en bonne et due forme, l'*estoppel*, et en particulier l'*estoppel by acquiescence*, si précieux dans les litiges d'empiètement, ne pouvait être utilisé par la Cour suprême du Canada aux prises avec l'affaire *Delorme c. Cusson* ? La réponse à cette question est digne des Normands, ancêtres de la *common law* : ni oui, ni non. L'*estoppel by acquiescence* est

⁷⁷ Voir notamment Anne-Françoise Debruche, « Les biens » dans Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir., *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 2008, 143 [Debruche, « Les biens »].

⁷⁸ Sur la préférence canadienne pour le *constructive trust* plutôt que pour le *proprietary estoppel*, voir A.H. Oosterhoff et W.B. Rayner, dir., *Anger and Honsberger Law of Real Property*, vol. 2, 2^e éd., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1985, au no 3001.2, n. 1(a) ; Donovan W.M. Waters, « The Reception of Equity in the Supreme Court of Canada (1875–2000) » (2001) 80 Can. Bar Rev. 620 aux pp. 686-87. Quant aux relations qu'entretiennent les deux doctrines, voir notamment Jane Matthews Glenn, « Promissory Estoppel, Proprietary Estoppel and Constructive Trust in Canada: "What's in a name?" » (2007) 30 Dal. L.J. 141.

⁷⁹ *Michaud c. La cité de Montréal* (1923), 35 B.R. 295 à la p. 297 ; *Maracle c. Travellers Indemnity*, [1991] 2 R.C.S. 50, 80 D.L.R. (4^e) 652 ; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [1998] R.J.Q. 2707, 9 Admin. L.R. (3^e) 161 (C.A.). Voir notamment *Québec (P.G.) c. Parent*, [1999] R.D.I. 292 (C.S.).

⁸⁰ *Joyce v. Hart*, [1877] 1 R.C.S. 321 [Joyce].

⁸¹ *Ibid.* à la p. 340, juge Strong. L'affaire impliquait un appui non autorisé contre un mur privatif, sans acquisition préalable de la mitoyenneté. La connection sémantique entre la « fraude » et l'*estoppel* a été soulignée ci-dessus.

⁸² Nadeau, « L'*estoppel* », *supra* note 52 à la p. 600, n. 2.

⁸³ *Ibid.* aux pp. 608-14.

certes apparemment absent de la motivation du juge Girouard, mais il en sous-tend la forme prétendument civiliste dont il explique la mue, au fil d'un mimétisme transsystemique dont il convient de préciser les contours.

2. Un mimétisme transsystemique inavoué

Nous avons vu plus tôt que la clé de la motivation proposée par le juge Girouard au nom de la Cour suprême du Canada dans *Delorme c. Cusson* s'appuyait sur le consentement de la victime de celui-ci, Monsieur Cusson. C'est sur la base de ce consentement tacite que la Cour pouvait ordonner la cession forcée de la parcelle de terrain sur laquelle reposait la portion de construction litigieuse parce qu'il représentait « une convention qui doit être respectée et recevoir son exécution »⁸⁴. En somme, la logique du droit des biens était ici amendée par le droit des obligations et, selon la Cour, les autorités françaises étaient « unanimes à considérer que le fait que des constructions ont été faites au su et vu du propriétaire du fonds et sans protestation de sa part, constitue une autorisation tacite »⁸⁵.

En réalité, les autorités françaises sont plutôt, hier comme aujourd'hui, unanimes à proclamer le contraire. En les examinant d'un peu plus près, il apparaît clair qu'en France, le silence seul ne vaut pas l'acceptation. Le simple fait qu'un propriétaire assiste sans réagir à l'édification par son voisin d'un immeuble empiétant sur son fonds ne permet pas d'établir son consentement à l'anticipation⁸⁶. La connaissance, même établie, de l'empiètement et *a fortiori* de la seule construction ne se confond pas avec l'autorisation : la tolérance n'implique pas nécessairement la permission. Le long silence et l'inaction n'équivalent pas à un acquiescement⁸⁷, au même titre que l'achat d'un fonds en toute connaissance d'un empiètement existant⁸⁸ : l'adage « qui ne dit mot consent » n'a pas cours en droit français, sauf les exceptions établies par la loi, dont l'empiètement n'est pas⁸⁹. Bref, en l'absence de connaissance de l'empiète-

⁸⁴ *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 à la p. 85.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Voir par ex. Cass. civ., 16 juin 1903, R.S. 1905.I.329 ; Cass. civ., 31 janvier 1927, Bull. civ. 1925-1927.33, n° 18 ; Cass. civ. 1^{re}, 1 juillet 1965, J.C.P. 1966.II.14499 ; Cass. civ. 3^e, 13 avril 1972, Bull. Civ. 1972.III.166, n° 231 ; Cass. civ. 3^e, 18 avril 1985, Gaz. Pal. 1985.II.268 ; Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988, Bull. Civ. 1988.I.45, n° 68 ; C.A. Metz, 8 novembre 1990, JurisData n° 049936 (QL) ; Cass. civ. 3^e, 30 mai 1996, pourvoi n° 94-14.951 (QL) ; Cass. civ. 3^e, 27 novembre 1996, pourvoi n° 95-12.004 (QL).

⁸⁷ Cass. civ., 31 janvier 1927, *supra* note 86 ; Cass. civ. 3^e, 18 avril 1985, *supra* note 86.

⁸⁸ Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1978, Bull. Civ. 1978.III.258, n° 336 ; Cass. civ. 3^e, 19 décembre 1983, Bull. Civ. 1983.III.205, n° 269.

⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 1 juillet 1965, *supra* note 86. En doctrine contemporaine, voir notamment Sylvie Hennion-Moreau, « L'empiètement » (1983) R.D. imm. 303 à la p. 307 ; André Robert, *Les relations de voisinage*, Paris, Sirey, 1991 au n° 198 ; Philippe Casson,

ment, il ne saurait y avoir de consentement à celui-ci. Pourtant, le jugement rendu par le juge Girouard maintient soigneusement l'ambiguïté⁹⁰ quant à l'objet du consentement de Monsieur Cusson : portant en réalité sur l'emplacement de la construction de Monsieur Delorme et de la ligne de division, ce consentement est présenté comme portant sur l'empiétement lui-même⁹¹. Le juge conclua :

Voilà ce que la doctrine et la jurisprudence française enseignent et nous pouvons en conclure que celui qui bâtit en anticipant sur le terrain d'autrui, avec le consentement de ce dernier *donné en pleine connaissance de cause*, ne peut être forcé à démolir [...] Cette conclusion admise, il n'est pas difficile de décider l'espèce qui nous occupe, savoir le cas où le propriétaire, *croyant ne rien céder* [...], a *donné son consentement par erreur* [nos italiques]⁹².

Comment expliquer la distorsion des autorités françaises et, par-delà, la déformation des principes mêmes du droit des obligations québécois selon lesquels, en l'absence de consentement sur l'objet, il ne saurait y avoir de contrat valable ? Dans le jardin transsytémique de la Cour suprême du Canada, plusieurs éléments indiquent que le « serpent de l'équité » a en fait poussé le juge Girouard à croquer la pomme défendue de l'*estoppel by acquiescence*.

En premier lieu, les faits de l'affaire *Delorme c. Cusson* évoquent les litiges auxquels les cours canadiennes de *common law* appliquent à la même époque la doctrine des *conventional lines*, que nous avons présentée comme reliée à celle de l'*estoppel by acquiescence*. Ainsi, dans *Grasett*, les parties s'étaient entendues informellement sur une ligne de division entre leurs héritages. Les titres avaient ensuite montré que l'emplacement de la ligne était autre, mais l'un des voisins s'était déjà fié à la ligne conventionnelle pour bâtir et entendait voir celle-ci respectée. La Cour suprême du Canada lui donna raison, par application de la doctrine des *conventional lines*⁹³. Les faits de *Grasett* ressemblent en tout point à ceux de *Delorme c. Cusson*, mais la doctrine des *conventional lines* n'existe pas

« L'empiétement sur le terrain d'autrui » *Petites affiches*, 1995 aux n° 142, 146 ; Christophe Caron, « Empiètement de 0,5 centimètre sur le terrain d'autrui : sévérité de la Cour de cassation » D. 2002.Jur.2075 ; Mireille Raynal, « L'empiétement matériel sur le terrain d'autrui en droit privé » J.C.P. 1976.I.2800.

⁹⁰ Le mot a été utilisé par la juge Mailhot qui stigmatise avec raison la contradiction dans le jugement du juge Girouard. Voir *Société Nationale Immobilière Sonatim c. Société de développement de l'Île Bizard*, [1998] R.J.Q. 1061 à la p. 1067, [1998] R.D.I. 213 (C.A.) [*Sonatim*].

⁹¹ L'avocat de Monsieur Delorme soutenait déjà que le bâtiment avait été érigé avec le consentement du propriétaire. Voir *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 à la p. 67.

⁹² *Ibid.* aux pp. 84-85.

⁹³ *Grasett*, *supra* note 71.

en droit québécois⁹⁴. Bien plus, en relation avec l'*estoppel*, la représentation, la *detrimental reliance* et l'*unconscionability* que la Cour découvre en droit dans la première affaire ne peuvent être relevés dans le langage du droit civil québécois qui commande la seconde. Le fait que Monsieur Cusson ait ignoré le fait de l'empiétement implique tout simplement qu'il n'a pu valablement consentir à celui-ci, alors que l'*acquiescence* active, qui découle par encouragement d'une erreur mutuelle, suffit à caractériser un *estoppel* dans la logique de la *common law*. L'approche associée à l'*acquiescence* par encouragement est objective, alors que celle des obligations et du consentement en droit civil est ici subjective. La similarité des faits à l'origine de *Delorme c. Cusson* avec ceux des affaires de *conventional lines* encourage évidemment la Cour suprême du Canada à tenter de juger dans le même sens, fût-ce en déformant quelque peu la logique civiliste des obligations.

En second lieu, le langage et le vocabulaire utilisés tant par les avocats que par le juge Girouard montrent aussi que l'*estoppel* est présent à leur esprit. L'avocat de Monsieur Delorme soutient en anglais qu'il existe deux « fins de non recevoir (*estoppel*) » en faveur de son client⁹⁵. De son côté, le juge Girouard estime que l'équité favorise Monsieur Delorme et que son adversaire devrait souffrir le tort que son erreur a causé⁹⁶, ce qui rappelle évidemment la logique de l'*estoppel by acquiescence*. Celle-ci s'appuie en effet, nous l'avons dit, sur l'équité contre le droit strict. De plus, l'argument selon lequel Monsieur Cusson devrait répondre de ses propres erreurs rappelle le juge Peters qui lançait en 1874, dans une affaire d'*estoppel* et de *conventional lines*, que « *a man is not permitted to charge the consequences of his own fault on others, and complain of that which he has himself brought about* »⁹⁷.

En troisième lieu, la jurisprudence retenue par la Cour suprême du Canada trahit également l'influence de l'*estoppel* sur la motivation choisie. Les décisions françaises citées n'appuient aucunement le principe selon lequel la passivité ou, alternativement, le consentement à la construction, à son emplacement ou à celui de la ligne de division vaudraient consentement à l'empiétement. Bien plus, les faits à l'origine de cette

⁹⁴ L'accord de principe exprimé par Monsieur Cusson quant aux limites de son terrain est insuffisant pour former une convention de bornage. Voir *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 à la p. 74 ; Marie-Louis Beaulieu, *Du bornage et de l'action en bornage*, Québec, L'Action Catholique, 1937 aux pp. 18-19, 24-25. La Cour suprême renonce à tirer avantage de la relative obscurité entourant le statut du bornage de fait en 1897 aux termes de l'*Acte concernant les arpenteurs de la province de Québec et les arpentages* (L.R.Q. 1882 c. 16), sans doute parce que sa nature conventionnelle permettait d'en obtenir l'annulation pour cause d'erreur (Cardinal, « Bornage », *supra* note 72).

⁹⁵ *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 aux pp. 67-68.

⁹⁶ *Ibid.* aux pp. 74-75.

⁹⁷ *Higgins*, *supra* note 70 à la p. 499.

jurisprudence française apparaissent fort différents de ceux de l'affaire *Delorme c. Cusson*. Ils s'apparentent en réalité à des situations typiques d'*estoppel by acquiescence* : travaux réalisés par un cohabitant ou un locataire à la connaissance du propriétaire d'une maison, ou encore construction effectuée avec la permission du propriétaire du terrain⁹⁸. Tout ce que l'on peut déduire de ces décisions, c'est que la permission expresse du propriétaire de l'immeuble principal permet de déroger au droit de l'accession et de lire dans cette permission une convention attribuant un droit quelconque sur les améliorations ou sur la construction à son auteur. Toutefois, ces arrêts de cours d'appel françaises ne disent rien sur l'effet juridique de la permission lorsque son auteur ignore tout de l'atteinte à ses droits. En effet, dans chacun de ces arrêts, la partie consentante était au courant de la violation. Sous l'angle du droit civil québécois, cette jurisprudence française était donc inutilisable. Par contre, sous l'angle de l'*estoppel by acquiescence*, ces jugements paraissent appuyer le point de vue du juge Girouard. Côté jurisprudence québécoise, la décision appelée en renfort est *Joyce*, que nous avons déjà citée en relation avec l'existence de l'*estoppel by acquiescence* en droit québécois :

When the Plaintiff, by his conduct, has induced the Defendant to proceed with his works in error, or in the belief that the Plaintiff acquiesced in the prejudice caused to his rights, I take it for granted that an exception, analogous to an exception of fraud, might be opposed to the action. [...] [I]f the Defendant believed himself to be building on his own land, whilst the Plaintiff knew he was on the Plaintiff's land, it would be conduct amounting to fraud on the part of the Plaintiff silently to permit the Defendant to complete his erections and then turn round, assert his title, and ask to have the buildings destroyed⁹⁹.

Encore une fois, le vocabulaire utilisé, soit la fraude et le volte-face, évoque l'*estoppel by acquiescence*, même si ce dernier n'est pas nommé expressément.

En définitive, ces différents indices montrent que l'*estoppel by acquiescence* guide le raisonnement de la Cour suprême du Canada, même s'il ne peut s'exprimer qu'à travers une mutation discutable du droit civil des biens et des obligations. L'objet du consentement devient flou et le consentement lui-même est apprécié objectivement : c'est à ce prix qu'il pourra coïncider avec la notion d'*acquiescence* et traduire celle-ci dans les termes du droit civil québécois. Voyons à présent quel a été le destin de l'arrêt *Delorme c. Cusson* en droit civil québécois.

⁹⁸ Voir C.A. Pau, 29 novembre 1874, R.S. 1875.II.3 ; C. rév. Colmar, 19 novembre 1830, R.S. 1831.II.286 ; C.A. Dijon, 23 janvier 1874, Journal du Palais 1874.361.

⁹⁹ *Joyce*, *supra* note 80 à la p. 340, juge Strong, *obiter*. Il s'agissait d'un appui non autorisé contre un mur privatif en bordure du terrain voisin.

II. La récolte des « fruits défendus » par les juges québécois

Les juges québécois ont fait bon accueil à la décision de la Cour suprême du Canada *Delorme c. Cusson*, aussi discutable soit-elle sur le plan de la motivation, parce qu'elle leur permettait de régler en équité certains problèmes d'empiètement immobilier (A). Le fait que le législateur ait tenté, à l'occasion de la rédaction du *Code civil du Québec*, d'apporter une solution à ces problèmes n'a pas suffi à endiguer totalement le flot de ces décisions inspirées de *Delorme c. Cusson* (B). C'est d'ailleurs la résistance résiduelle de la jurisprudence québécoise à cet égard, particulièrement en relation avec la propriété superficière, qui explique l'étonnante décision de la Cour d'appel en matière de publicité immobilière, dont nous cherchons les racines en conclusion.

A. L'accueil de la « réforme » *Delorme c. Cusson* par la jurisprudence

La jurisprudence québécoise a rapidement adopté le raisonnement et les conclusions de la Cour suprême du Canada dans *Delorme c. Cusson*. Elle les a utilisés comme un mode de transfert informel permettant à la cour, dans certaines circonstances, de créer ou de transférer certains droits réels afin de régulariser des empiètements immobiliers (1). Toutefois, ce mécanisme informel s'est fréquemment heurté aux exigences de la publicité immobilière, ce qui explique la préférence des juges pour la propriété superficière comme droit réel de régularisation (2).

1. Le succès d'un mécanisme informel visant à la création ou au transfert d'un droit réel

Le « jugement fort élaboré »¹⁰⁰, « fondé sur des principes de droit naturel et de droit français »¹⁰¹ de la Cour suprême du Canada est généralement bien accueilli par les juges québécois. Même si cette doctrine « nouvelle et étrange » paraît rompre avec le droit antérieur, celle-ci n'en est pas moins revêtue d'une autorité indiscutable¹⁰². Certains y voient même « un historique complet, excellent, de [la] question »¹⁰³, bien que d'autres estiment que la décision de la Cour excède la mesure du raisonnable¹⁰⁴. En tout état de cause, les juges y lisent le « principe d'équité » selon lequel, face à un empiètement illicite, « il n'est que juste de permettre que cette construction continue de subsister lorsque l'erreur est découverte, pourvu, toutefois, qu'une indemnité soit payée au pro-

¹⁰⁰ *Leboeuf*, *supra* note 27 à la p. 474.

¹⁰¹ *Dansereau c. Dansereau* (1906), 29 C.S. 411 à la p. 420, juge Pagnuelo [*Dansereau*].

¹⁰² *Ibid.* à la p. 414, juge Archibald.

¹⁰³ *Boulangier c. Pelletier* (1911), 21 B.R. 216 à la p. 232, juge Gervais [*Boulangier*].

¹⁰⁴ *Dansereau*, *supra* note 101 à la p. 414, juge Archibald.

priétaire du fonds qui a, par sa conduite ou son silence, implicitement permis que cet édifice soit érigé»¹⁰⁵. Les cours québécoises perçoivent clairement l'hostilité de principe manifestée par la Cour à l'égard des recours excessifs en démolition¹⁰⁶, ainsi que l'invitation à considérer l'équité du cas d'espèce¹⁰⁷.

Dès 1901, le juge Girouard a de nouveau l'occasion d'insister sur le critère du consentement, qui peut être simplement « formel »¹⁰⁸, et dont l'objet demeure tout aussi vague au fil des décisions ultérieures. Certains juges parlent ainsi d'une « bâtisse [...] érigée à la connaissance du voisin qui n'a pas protesté »¹⁰⁹, d'autres d'un « mur [...] bâti [...] à la connaissance du voisin »¹¹⁰, d'autres encore d'un « consentement donné par le propriétaire du terrain sur lequel le léger empiètement avait été commis, lors de la construction de l'édifice »¹¹¹. Le fait que la partie soi-disant consentante n'était même pas propriétaire au moment des travaux n'apparaît pas comme un obstacle insurmontable non plus¹¹². L'incertitude plane également sur les conséquences juridiques d'une telle autorisation. Il peut s'agir d'un simple rejet de l'action en revendication¹¹³. Plus souvent pourtant, les cours suivront la voie générale indiquée par la Cour suprême du Canada et orchestreront la cession ou le transfert d'un droit réel régularisant l'empiètement. Quels sont les droits réels concernés par l'application de la jurisprudence *Delorme c. Cusson* ? C'est ce que nous préciserons en premier lieu, de façon à mieux cerner la portée de cette jurisprudence sur le droit des biens québécois (a). Par ailleurs, les quel-

¹⁰⁵ *Gauvin c. Jacques* (1936), 61 B.R. 315 à la p. 324, juge Jacques [*Gauvin*].

¹⁰⁶ Voir *Charbonneau c. Beauparlant* (1939), 77 C.S. 560 à la p. 563, juge McDougall : « *With what reluctance the Courts will order demolition of works of this nature, unless a plaintiff brings himself clearly within the principles stated* ».

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Parent c. The Quebec North Shore Turnpike Road Trustee* (1901), 31 R.C.S. 556 à la p. 561.

¹⁰⁹ *Dansereau*, *supra* note 101 à la p. 420, juge Pagnuelo.

¹¹⁰ *Greenblatt c. Spivak* (1930), 48 B.R. 423 à la p. 426, juge Dorion [*Greenblatt*].

¹¹¹ *Themens c. Royer* (1937), 62 B.R. 248 à la p. 256, juge St-Jacques [*Themens*]. Voir toutefois *Lidstone c. Simpson* (1907), 16 B.R. 557 à la p. 558, juge Treholme [*Lidstone*] (la formulation du principe en termes d'*estoppel* permet de préciser que le consentement porte sur l'anticipation elle-même : « *if a proprietor stands by and acquiesces in his neighbour's making some slight encroachment* »).

¹¹² Voir *Gauvin*, *supra* note 105.

¹¹³ Voir *Dansereau*, *supra* note 103 ; *Lidstone*, *supra* note 113 ; *Boulangier*, *supra* note 103 ; *Duriez c. Corp. d'Aqueduc Laval, Terrebonne et l'Assomption* (1929), 67 C.S. 441 [*Duriez*] ; *Dame Tourangeau c. Leclerc*, [1963] B.R. 760 [*Tourangeau*] ; *Thibault c. Bourque*, [1976] C.S. 1153. Pour une démolition différée (à la fin du contrat de franchise de l'intervenante), voir *Sunny State Investment c. Restaurants McDonald du Canada ltée*, [1993] R.D.I. 426, 38 R.P.R. (2^e) 281 (C.S.).

ques « sermons » judiciaires visant à ramener cette jurisprudence dans les bornes du raisonnable n'ont guère été suivis d'effets (b).

a. Typologie des droits réels concernés

Dans *Delorme c. Cusson*, nous l'avons dit, le juge Girouard présentait les conséquences juridiques du consentement de la victime de l'empiètement de la façon suivante : « [c]ette autorisation constitue ce que des auteurs appellent une renonciation au droit d'accession, d'autres un droit de servitude, d'usufruit ou de superficie du sol »¹¹⁴. En définitive, les droits réels de régularisation que retiendront les juges québécois par la suite seront principalement le droit de propriété lui-même (i), le droit de servitude (ii) et ce qui était alors appelé droit de superficie (iii). À cet égard, la nouvelle jurisprudence anticipe sur les développements du *proprietary estoppel* en *common law*, que nous évoquerons en parallèle afin de mieux montrer la similarité existant entre les deux mécanismes.

i. Transfert d'un droit de propriété

La cession forcée de la portion de terrain concernée par l'empiètement représente le « remède »¹¹⁵ le plus drastique qui puisse être ordonné par application de la jurisprudence *Delorme c. Cusson*. Il a en effet des relents d'expropriation pour cause d'utilité privée, prohibée d'abord par l'article 407 C.c.B.-C., puis par l'article 952 C.c.Q. Il existe également deux autres éléments d'explication à la réticence judiciaire en la matière. Le premier tient à la logique conventionnelle privilégiée dans « l'habillage juridique »¹¹⁶ de la solution en équité élaborée dans *Delorme c. Cusson*. Cette logique implique que le juge puisse raisonnablement induire des faits que l'intention des parties avait été de vendre le morceau de terrain concerné par l'empiètement ou, en tout cas, qu'elles aient pu y avoir songé compte tenu des circonstances. Dès lors, le remède de la cession forcée sera surtout accordé dans les hypothèses d'erreur commune sur la ligne séparatrice des fonds (les cas de *conventional lines*, comme les

¹¹⁴ *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 à la p. 85.

¹¹⁵ Pour une explication concise sur le sens technique du terme « remède » en *common law*, voir par ex. Donovan W.M. Waters, « Liability and Remedy: An Adjustable Relationship » (2001) 64 Sask. L. Rev. 429 à la p. 430.

¹¹⁶ Quand on parle d'équité guidant la motivation des jugements, la métaphore vestimentaire est classique. Voir François Nivet, « Équité et légalité » (1998) 9 *Justices* 157 à la p. 184 ; Dominique d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994 à la p. 106 ; *Rép. civ.*, *supra* note 8 au n° 27 (« habiller sa décision d'un vêtement juridique »). Pour Gérard Cornu, il s'agit plutôt d'une « gymnastique intellectuelle » : Gérard Cornu, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, 12^e ed., Paris, Montchrestien, 2005, n° 182.

appelleraient la *common law*)¹¹⁷ ou encore lorsqu'une vente a effectivement eu lieu, mais sans respecter la totalité des formalités requises par le droit québécois¹¹⁸. Le second élément d'explication, quant à lui, tient à l'application de l'adage « qui peut le plus, peut le moins ». Si la concession d'un droit réel inférieur au droit de propriété suffit pour régulariser l'empiètement, pourquoi aller jusqu'à la cession forcée de la portion de terrain litigieuse ? Dans cet esprit, l'octroi d'un droit de servitude ou de propriété superficielle (remèdes qui seront étudiés ci-dessous) représente souvent une solution adéquate et permet d'éviter le spectre de l'expropriation pour cause d'utilité privée. Un souci de proportionnalité entre le remède accordé et la solution concrète à atteindre prévaut généralement. Dès lors, pour ces trois raisons, le transfert forcé du droit de propriété sur la portion litigieuse est assez rare. Lorsqu'elles l'ordonnent néanmoins, les cours le font indirectement sous couvert du rejet de l'action en démolition qu'elles accompagnent discrètement de l'octroi d'une indemnité en contrepartie¹¹⁹.

Par contre, dans le contexte de l'*estoppel* de la *common law*, nous avons annoncé que nous en présenterions les effets tout en les comparant avec ceux de la jurisprudence *Delorme c. Cusson*¹²⁰, la discussion quant au choix du remède approprié est plus explicite. Ce n'est pas le moindre des avantages de la doctrine de l'*estoppel by acquiescence* que de favoriser une motivation plus franche à ce sujet. Conformément au test posé par Lord

¹¹⁷ Telle était la solution retenue finalement dans *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 aux pp. 88-89. Voir aussi *Barry c. Rodier* (1898), 14 C.S. 372 [*Barry*].

¹¹⁸ Voir *Dansereau*, *supra* note 101. En *common law*, ce type de situation correspond à une « *part performance* », c'est-à-dire une convention partiellement exécutée sur le plan concret (l'acheteur a effectivement pris possession du terrain cédé, par exemple, et l'a utilisé en se fiant à la vente), mais qui n'est pas valable en droit strict parce que toutes les formalités requises n'ont pas été respectées. Pour une illustration, voir *Hill c. Nouvelle-Écosse (P.G.)*, [1997] 1 R.C.S. 69, 142 D.L.R. (4^e) 230. La doctrine dite de la « *part performance* » a été implicitement abrogée en Angleterre et remplacée par l'*estoppel*, avec lequel elle entretient des liens conceptuels étroits, mais semble subsister au Canada. Voir Gerwyn Ll. H. Griffiths, « Part Performance—Still Trying to Replace the Irreplaceable? » (2002) 66 *Conv.* 216. Voir généralement Debruche, *Équité*, *supra* note 9 à la p. 209, n. 499.

¹¹⁹ C'était le cas dans *Delorme c. Cusson* (*supra* note 11 aux pp. 88-9), mais également dans *Dansereau* (*supra* note 101). Voir aussi *Greenblatt*, *supra* note 117 à la p. 426. Dans *Barry*, *supra* note 110, la cession forcée est même différée, car la Cour supérieure ne peut accorder directement l'indemnité au requérant qui ne l'avait pas réclamée (il exigeait simplement la démolition) sous peine de juger *ultra petita*.

¹²⁰ Il convient de rappeler toutefois, dans un texte qui entend procéder à l'« archéologie juridique » d'une décision contemporaine et qui place donc la dimension temporelle au premier plan, que les développements actifs du *proprietary estoppel* (concession ou transfert de droits réel de régularisation) sont relativement récents, et postérieurs à l'arrêt *Delorme c. Cusson* lui-même. Au sujet de ces développements, voir généralement Debruche, *Équité*, *supra* note 9 aux pp. 202-19.

Scarman dans *Crabb* en 1976¹²¹, les juges de *common law* doivent d'abord se demander si les conditions d'application du *proprietary estoppel* (représentation, *detrimental reliance* et *unconscionability*) sont réunies. Ils sont ainsi en mesure de répondre à la question : y a-t-il eu naissance d'une *equity*¹²² ? Ensuite, ils doivent se demander quelle est l'étendue de celle-ci (qu'ont réellement souhaité les parties ?) et quel remède elle commande en l'espèce (rejet de l'action ou octroi d'un droit réel de régularisation)¹²³. Dans le choix de ce remède qui est laissé à l'appréciation de la cour en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce¹²⁴, un souci d'économie et de proportionnalité domine, faisant écho à celui que nous venons de mentionner au sein de la jurisprudence québécoise appliquant *Delorme c. Cusson* : « qui peut le plus, peut le moins »¹²⁵. À l'instar donc de leurs homologues québécois, les magistrats de *common law* ne « satisfont » pas souvent l'*equity* née de l'*estoppel* par la cession du fief simple (c'est-à-dire le droit réel le plus étendu que l'on puisse avoir sur un fonds, souvent comparé au droit de propriété civiliste) sur la portion de terrain concernée par l'empiétement. Ils préfèrent bien souvent accorder un droit réel ou « semi-réel » inférieur au fief simple, comme une servitude (*easement*), un bail (*lease*) ou une permission

¹²¹ *Supra* note 58 aux pp. 192-93. Le test en trois temps de Lord Scarman a connu un certain succès tant en Angleterre (*Jones (A.E.) v. Jones (F.W.)* (1976), [1977] 1 W.L.R. 438 (C.A.) ; *Durant v. Heritage*, [1994] E.G. 134, [1994] N.P.C. 117 (C.S.)) qu'au Canada (*Classic Communications Ltd. v. Lascar* (1985), 51 O.R. (2^e) 769, 21 D.L.R. (4^e) 579 (H.C.) [*Lascar*] ; *Descar Ltd. v. Megaventures Corp.* (1990), 72 O.R. (2^e) 388, 10 R.P.R. (2^e) 123 (H.C.)).

¹²² Sur le sens particulier du mot « *equity* », qui désigne ici une production de l'*estoppel* et non la juridiction du Chancelier ou le droit produit par celle-ci, voir Debruche, *Équité*, *supra* note 9 aux pp. 202-32.

¹²³ La démarche en trois questions n'est pas toujours aussi explicite, mais la première et la troisième étape (naissance d'une *equity* et effet du *proprietary estoppel*) sont invariablement discutées séparément. Voir *Inwards v. Baker*, [1965] 2 Q.B. 29, [1965] 1 All E.R. 446 (C.A.) ; *E.R. Ives Investment Ltd. v. High* (1966), [1967] 2 Q.B. 379, [1967] 2 W.L.R. 789 (C.A.) ; *Zelmer*, *supra* note 76.

¹²⁴ « *In fact, the Court must look at the circumstances in each case to decide in what way the equity can be satisfied* » : *Plimmer v. Wellington (City of)* (1884), 9 A.C. 699 à la p. 714, 53 L.J.P.C. 104, Sir Arthur Hobhouse (P.C.). Voir aussi Simon Gardner, « The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel » (1999) 115 Law Q. Rev. 438 ; Simon Gardner, « The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel—Again » (2006) 122 Law Q. Rev. 492 ; Hopkins, *supra* note 64 pp. 157-58 ; Mark Pawlowski, « Satisfying the Equity in Estoppel » (2002) 118 Law Q. Rev. 519. Pour une discussion des orientations possibles de ce pouvoir discrétionnaire, voir Debruche, *Équité*, *supra* note 9 aux pp. 215-19.

¹²⁵ « *In estoppel cases, the claimant's rights and remedies are at the discretion of the court, which will only confer "the minimum equity to do justice"* » : *Crabb*, *supra* note 58 à la p. 193, Scarman, L.J., tel que cité dans Patricia Ferguson, « Constructive Trusts—A Note of Caution » (1993) 109 Law Q. Rev. 114 à la p. 121. Pour une réitération récente, voir *Kuligowski v. Kenward*, [2003] E.W.C.A. Civ. 1896 (C.A.) [*Kuligowski*] (inédit, disponible sur LEXIS).

(*licence*) irrévocable¹²⁶. Il arrive parfois que les juges de *common law* ordonnent, comme certaines cours québécoises en application de *Delorme c. Cusson*, la cession forcée du fief simple lorsqu'ils découvrent un *proprietary estoppel*. C'est le résultat pratique auquel conduit la combinaison de l'*estoppel* et des *conventional lines* : en acceptant la modification de la ligne de division entre deux fonds pour « sauver » une construction qui empiète, la cour organise en fait un transfert informel du fief simple sur le morceau de terrain qui passe d'un voisin à l'autre¹²⁷. La manœuvre est particulièrement visible lorsqu'elle est réalisée nonobstant le fait que la véritable ligne séparatrice soit consignée dans un registre de type *Torrens*¹²⁸, qui suppose une force obligatoire plus grande pour les inscriptions portées au registre¹²⁹. Toutefois, les juges distinguent parfois la cession pure et simple du transfert implicite résultant de l'action de l'*estoppel* sur la redéfinition de la ligne de division¹³⁰.

Par contraste avec ces réflexions expresses en *common law*, les juges québécois semblent se sentir prisonniers du silence que leur impose la fiction du consentement donné par la victime de l'empiètement et par la pseudo-découverte de cette convention tacite « qui doit être respectée et recevoir son exécution »¹³¹. En théorie, il serait sans doute possible pour les cours québécoises de discuter plus ouvertement de l'objet exact du contrat tacite (cession de la propriété ? servitude ? superficie ?). Toutefois, en pratique, un tel aveu d'ignorance quant à la nature exacte de la supposée convention tacite conduirait sans doute à mettre en évidence le caractère fictif de celle-ci. Les juges québécois s'abstiennent donc géné-

¹²⁶ Au sujet des différents droits réels qui peuvent être concédés par l'intermédiaire du *proprietary estoppel*, à la nature « semi-réelle » du *lease* et de la permission irrévocable, et aux problèmes de traduction de ces droits, voir Debruche, « Les biens », *supra* note 77 aux pp. 154-61.

¹²⁷ Voir par ex. *Grasett*, *supra* note 71 ; *Kingston v. Highland* (1919), 47 N.B.R. 324 (N.B.K.B.) ; *Hopgood*, *supra* note 59. Voir généralement Debruche, *Équité*, *supra* note 9 aux pp. 197-201.

¹²⁸ *Goutsoulas*, *supra* note 71 ; *Flello*, *supra* note 74.

¹²⁹ Au sujet du système *Torrens* d'enregistrement des actes, par opposition aux systèmes d'enregistrement des actes bien connus notamment en France et au Québec, voir par ex. Debruche, « Les biens », *supra* note 77 aux pp. 162-67 ; François Brochu, « The Law of Property » dans Aline Grenon et Louise Belanger-Hardy, dir., *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2008, 99 aux pp. 154-65 ; François Brochu, « Le système *Torrens* et la publicité foncière québécoise » (2002) 47 R.D. McGill 625.

¹³⁰ *Kuligowski*, *supra* note 125. La cession forcée du sol accaparé par l'intrusion est l'un des remèdes préconisés par la Cour d'appel en renvoyant la décision à la Cour de Comté (l'autre étant la rectification de la ligne de division des fonds).

¹³¹ *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 à la p. 85, juge Girouard.

ralement de discuter la nature du remède à accorder pour mieux renforcer la fiction conventionnelle¹³².

ii. Concession d'un droit de servitude

L'un des droits réels les plus fréquemment utilisés dans l'application de la jurisprudence *Delorme c. Cusson* est le droit de servitude sur le fonds d'autrui. La découverte d'un droit portant directement sur le fonds de la victime de l'empiètement, mais limité au bénéfice de l'immeuble litigieux lui-même, est en effet moins radicale que la cession forcée d'une portion de terrain, et ce, même si la servitude, comme la propriété, a vocation à la perpétuité. Ceci étant dit, comment les juges ont-ils conjugué la découverte de servitudes constituées tacitement avec le droit strict régissant la création des servitudes ? Aux termes de celui-ci, les servitudes ne peuvent s'établir que par « titre », c'est-à-dire par contrat, par testament, par destination du propriétaire ou par l'opération de la loi¹³³. Ce titre, en effet, ne désigne pas nécessairement un écrit, mais renvoie soit à la loi (dans le cas des servitudes légales), soit à un acte juridique (contrat ou testament). Il s'agit de la « cause juridique par laquelle la servitude est établie » et non de « l'acte instrumentaire destiné à le constater »¹³⁴. Seules les servitudes par destination du propriétaire (autrefois appelées « par destination du père de famille ») doivent toujours être créées par un écrit qui en décrit la nature, l'étendue et la situation¹³⁵. Les servitudes conventionnelles ordinaires (autres que celles par destination du propriétaire) ne doivent donc pas être constatées par écrit pour être valablement constituées. Ainsi, *a priori*, le fait que le consentement à l'empiètement ait été donné de manière tacite ne représente pas un obstacle à la constitution d'une servitude conventionnelle.

Si le formalisme substantif ne pose pas problème, il en va autrement du formalisme probatoire : en d'autres termes, comment prouver l'existence juridique de la servitude en l'absence d'un écrit ? L'application du droit de la preuve civile conduit aux conclusions suivantes. Le propriétaire du fonds servant peut reconnaître lui-même, au cours de l'instance

¹³² Voir toutefois *Morin c. Grégoire* (1967) (C.S.) [non publié] dans « Unreported Judgments » (1969) 15 R.D. McGill 103 à la p. 104 [*Morin*] (le juge Mayrand reconnaît que la permission tacite entraîne la création d'un contrat verbal *sui generis* dont le contenu doit être déterminé en fonction des circonstances et du comportement des parties).

¹³³ Art. 1118 C.c.Q. ; art. 500, 549 C.c.B.-C.

¹³⁴ Lafond, *supra* note 15 au n° 2006. Voir aussi, quant à ce principe bien établi, *Schwartz c. Miller*, [1990] R.D.I. 270, [1990] R.D.J. 158 (C.A.) ; *Villeneuve c. Nadeau*, [1992] R.D.I. 669 (C.A.) ; *Menu c. Thérien*, 2007 QCCS 3685 ; Normand, *Droit des biens*, *supra* note 25 à la p. 251.

¹³⁵ Art. 1183 C.c.Q. L'art. 551 C.c.B.-C., qui en était le précurseur, précisait que la destination valait titre seulement lorsqu'elle était constatée par écrit.

relative à l'empiétement, l'existence de la servitude alléguée, par exemple pendant les interrogatoires ou dans le mémoire. C'est ce qui est appelé un aveu judiciaire, qui s'apparente dans les circonstances à un acte reconnaissant¹³⁶. Si, par contre, il nie l'existence d'une servitude, le témoignage de l'auteur de l'empiétement ou d'un tiers est admissible lorsque la valeur du litige n'excède pas 1500 \$¹³⁷. Si la valeur est supérieure à ce montant, le témoignage n'est en principe recevable que s'il existe un commencement de preuve qui peut résulter de l'aveu, d'un écrit quelconque ou du témoignage de la partie adverse¹³⁸. Toutefois, la restriction à la recevabilité du témoignage ne vise pas les ayants cause à la convention tacite, tiers à celle-ci, car n'étant pas présents lors de l'accord, il leur était matériellement impossible d'exiger un écrit¹³⁹. Les présomptions extra-légales, définies comme des conclusions que le juge estime raisonnables et tirées de la présentation d'un élément matériel¹⁴⁰, suivent ici le régime de recevabilité du témoignage¹⁴¹.

Concrètement, les hypothèses d'encouragement actif (ou, en termes de *common law*, d'« erreur commune ») ne posent pas de problème particulier. En effet, lorsque la victime de l'empiétement a encouragé l'auteur de celui-ci à poursuivre ses travaux ou y a participé d'une quelconque manière, il est relativement aisé pour les juges de traduire ce comportement actif comme étant un titre constitutif de servitude. Il suffit que la victime avoue le rôle actif qu'elle a joué dans la réalisation matérielle de l'empiétement. Ainsi, lorsque le requérant admet avoir aidé à placer les tuyaux d'égouts de la fromagerie voisine sous son propre terrain, puis en réclame l'enlèvement, la Cour supérieure peut sans peine y lire la création tacite d'une servitude d'égouts¹⁴².

¹³⁶ La force probante de cet aveu est laissée à l'appréciation du juge : art. 2852 C.c.Q. Au sujet de l'aveu judiciaire, voir par ex. Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 au n° 915. Pour une application en matière d'empiétement, voir *Bégin c. Prévost* (1926), 65 C.S. 539 [Bégin]. Au sujet de l'acte reconnaissant, voir Lafond, *supra* note 15 aux n° 2017-22.

¹³⁷ Art. 2862 C.c.Q. Les règles d'admissibilité du témoignage décrites ici ne concernent que les actes juridiques passés en-dehors des activités d'une entreprise : art. 2862, al. 2 C.c.Q.

¹³⁸ Art. 2862, al. 2, 2865 C.c.Q.

¹³⁹ Art. 2861 C.c.Q. L'art. 2862 C.c.Q. ne vise en effet que les parties à l'acte juridique dont on essaie de prouver l'existence.

¹⁴⁰ Art. 2856 C.c.Q.

¹⁴¹ Art. 2868 C.c.Q. ; Ducharme, *supra* note 136 aux n° 828-29.

¹⁴² Voir *Bégin*, *supra* note 136. Voir aussi *Bonin c. Champagne* ((1918), 55 C.S. 153 [Bonin]), où le titre d'une servitude d'écoulement des eaux (du toit d'une laiterie) fut déduit de l'aide apportée par le requérant au placement de cette laiterie sur le fonds voisin, et *Gauthier c. Joannette* ((1987), [1988] R.D.I. 96 (C.S.)), où la participation à

Par contre, la « découverte » d'une servitude régularisant un empiètement réalisé sur la base d'un comportement d'*acquiescence* pure de la part du voisin se heurte à la fois au droit de la preuve et au droit des servitudes lui-même. Aux termes de ce dernier, la simple tolérance ne vaut pas titre constitutif de servitude¹⁴³. Certains vont même jusqu'à affirmer que la jurisprudence *Delorme c. Cusson* ne s'applique pas en matière de servitude, au mépris du texte du jugement lui-même, mais cette affirmation demeure isolée¹⁴⁴. Côté probatoire, en l'absence de toute action positive de la part de la victime, le consentement de celle-ci à l'empiètement est difficile à établir. Ce double obstacle, issu à la fois du droit des servitudes et du droit de la preuve, explique pourquoi il est rare que l'acquiescement passif débouche sur la découverte par la cour d'une quelconque servitude concédée de façon tacite. Pourtant, les juges québécois n'hésitent parfois pas à torturer quelque peu tant le droit des servitudes que celui de la preuve s'ils estiment que l'équité l'exige en l'espèce. Dans *Bernard c. Bérubé*¹⁴⁵, en 1980, une galerie surplombant le fonds voisin avait été édiflée par l'ayant cause du défendeur avec l'autorisation muette du propriétaire du fonds en question. Le demandeur, ayant acheté le terrain de ce dernier, en réclamait la suppression. Le défendeur plaidait l'*acquiescence* aux travaux, mais comment prouver celle-ci alors que la valeur du litige rendait la preuve testimoniale irrecevable en l'absence d'un commencement de preuve encore appelé « par écrit »¹⁴⁶ ? La Cour supérieure décida pourtant qu'une servitude régularisant la galerie avait été constituée dès la construction de celle-ci et que la preuve testimoniale à cette fin était admissible, car il existait bel et bien un commencement de preuve par écrit résultant de la « simple connaissance par le propriétaire du fonds servant de l'existence de la

l'installation du puits permit au juge de constater la création d'une servitude de puisage.

¹⁴³ Voir notamment *Verret c. Bilodeau* (1925), 63 C.S. 356 [*Verret*]; *Miron c. Zumar*, [1946] C.S. 256 [*Miron*]; *Valeri c. Cirrito*, [1991] R.D.I. 375 (C.S.) [*Valeri*]; *Dauphinois c. Perreault*, [1991] R.D.I. 177 (C.S.) [*Dauphinois*]; *Texaco Canada c. Montréal (Communauté Urbaine de)*, [1995] R.J.Q. 602 au para. 28 (C.Q.) [*Texaco*]; *Themens*, *supra* note 111 (le propriétaire était absent pendant toute la durée de la construction voisine et n'aurait pu ni consentir, ni acquiescer silencieusement); *Marcoux c. Corporation municipale de Normétal*, [1955] R.L. 517 (C.S.) [*Marcoux*] (le propriétaire qui assistait tranquillement aux incursions de la municipalité sur son terrain s'attendait à être exproprié en bonne et due forme).

¹⁴⁴ Voir *Gauvin*, *supra* note 105 aux pp. 324-25, contredisant *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11 à la p. 85. *Contra Bonin*, *supra* note 142; *Tourangeau*, *supra* note 113; *Leboeuf*, *supra* note 27; *Dorion c. Dubé*, [1990] R.D.I. 605 (C.Q.).

¹⁴⁵ (1980), [1981] R.P.Q. 75 (C.S.) [*Bernard*].

¹⁴⁶ En 1981, le *Code civil du Bas Canada* utilisait l'expression « commencement de preuve par écrit » (art. 1233, al. 7 C.c.B.-C.) plutôt que « commencement de preuve » (art. 2862, al. 2, 2865 C.c.Q.).

servitude »¹⁴⁷. Certains auteurs estimèrent qu'une telle décision bafouait à la fois le droit des servitudes et celui de la preuve :

On décide tout simplement que la simple connaissance de la servitude constitue un commencement de preuve par écrit ce qui revient à dire que l'on peut établir une servitude par tolérance, ce qui, dans notre droit civil, ne saurait être admis. Ce serait le début de la quadrature du cercle en matière de preuve testimoniale face au mode d'établissement des servitudes¹⁴⁸.

D'autres, spécialistes du droit de la preuve, s'inclinèrent devant cette application extrême de la notion de commencement de preuve par écrit¹⁴⁹. L'un d'eux précisa que des faits objectifs externes démontrés par le témoignage du demandeur ou d'un tiers pouvaient être assimilés à un commencement de preuve par écrit¹⁵⁰, annonçant ainsi l'extension de la notion—appelée depuis « commencement de preuve » dans l'article 2865 C.c.Q. La Cour supérieure sut d'ailleurs tirer parti de la souplesse de ce commencement de preuve élargi en 2001 pour découvrir la constitution d'une servitude de puisage à partir d'éléments factuels hétéroclites, et nonobstant les dénégations farouches du propriétaire du fonds servant à cet effet¹⁵¹.

L'arrêt *Bernard*, aussi contestable fût-il, montre la réceptivité d'un juge québécois à l'esprit d'équité de la jurisprudence *Delorme c. Cusson*, même s'il ne la mentionne jamais expressément. C'est la recherche d'une solution équitable (aux yeux du juge) qui explique la distorsion apparente du droit des servitudes, voire du droit de la preuve, sans compter celle des règles de la publicité immobilière, puisque le cas opposait deux ayants cause et que la servitude de régularisation aurait dû être enregistrée pour être opposable. Toutefois personne n'a songé à soulever l'argument, pas plus que la cour n'a pensé que l'exclusion de la preuve testimoniale ne s'appliquait pas à un tiers au contrat initial constituant la servitude.

Le droit québécois rejoint ici, à nouveau, la *common law* de l'*estoppel by acquiescence*. En effet, la satisfaction de l'*equity* née d'un *proprietary estoppel* passe souvent par l'octroi d'un *easement* (intérêt réel qui s'apparente aux servitudes de droit civil¹⁵²) régularisant l'empiétement.

¹⁴⁷ *Bernard*, *supra* note 145 à la p. 77, juge Gervais.

¹⁴⁸ Pier Denis, « Un mode bizarre d'acquérir une servitude : le jugement de *Bernard c. Bérubé* » (1982) 42 R. du B. 285 à la p. 289.

¹⁴⁹ Henri Kélada, *Notions et techniques de preuve civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986 à la p. 173. Ducharme est plus dubitatif (*supra* note 136 aux n° 1037-40).

¹⁵⁰ Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1987 au n° 1298.

¹⁵¹ *Robert c. Leclerc*, [2001] R.D.I. 293 (C.S.) [*Robert*].

¹⁵² Au sujet des *easements* en général, voir par ex. Jonathan Gaunt et Paul Morgan, dir., *Gale on Easements*, 18^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2008 ; Debruche, « Les biens », *supra* note 77 aux pp. 155-56.

L'*easement* peut être accordé lorsque la représentation à l'origine de l'*estoppel* revêt une forme active, par exemple quand la victime de l'intrusion immobilière a expressément autorisé le placement d'un réservoir à eau¹⁵³ ou de canalisations¹⁵⁴ sous son propre terrain au bénéfice du fonds voisin. La permission peut aussi concerner un fossé¹⁵⁵ ou une route. Dans *Erickson*¹⁵⁶, le requérant prétendait interdire à son voisin l'utilisation d'une route située sur son fonds, alors même que cette route avait été construite par le requérant à la demande du voisin. Celui-ci avait en retour accepté d'arrêter d'emprunter un autre chemin sur lequel il avait un droit de passage, parce que sa localisation sur le terrain du requérant posait des problèmes de pâturage. Par ailleurs, le demandeur avait admis le passage sur la nouvelle route pendant vingt-cinq ans avant de s'y opposer. L'action du *proprietary estoppel* permit à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de confirmer la création d'un *easement* sur la nouvelle route.

Par contre, lorsque la victime de l'empiétement est simplement demeurée silencieuse, la réticence des juges de *common law* à découvrir dans les faits l'émergence d'un *proprietary estoppel* reflète celle des juges québécois dans l'application de *Delorme c. Cusson*. Quoique possible, notamment lorsqu'en fonction de toutes les circonstances de l'espèce, un volte-face de la partie restée muette heurte la conscience (est *unconscionable*), il a déjà été mentionné ci-dessus que cela demeure toutefois l'exception¹⁵⁷.

iii. Concession d'un droit de superficie (propriété superficière)

Si la *common law* du *proprietary estoppel* peut conduire à la naissance, pour « satisfaire l'*equity* », de droits réels inconnus du droit civil québécois¹⁵⁸, le droit québécois lui-même est doté d'un droit réel singulier qui convient à merveille à l'application de la jurisprudence *Delorme c. Cusson* : le droit de superficie ou de propriété superficière.

Le droit de propriété superficière, qui est une nouvelle appellation privilégiée par le *Code civil du Québec*, a brièvement été présenté ci-dessus en exposant la décision dont nous faisons à présent l'archéologie

¹⁵³ Voir *Zelmer*, *supra* note 76.

¹⁵⁴ Voir *Ward v. Kirkland*, [1966] 1 W.L.R. 601, [1966] 1 All E.R. 609 (Ch.).

¹⁵⁵ Voir *Assiniboia R.M. v. Montgomery*, [1930] 2 D.L.R. 947, [1930] 1 W.W.R. 500 (Man. C.A.), partiellement inf. par [1930] S.C.R. 494 (pour d'autres motifs).

¹⁵⁶ *Supra* note 76.

¹⁵⁷ *Delorme c. Cusson*, *supra* note 11.

¹⁵⁸ En particulier le *lease* et la permission irrévocable (*irrevocable licence*). À ce sujet, voir Debruche, *Équité*, *supra* note 9 aux pp. 207-208 (*lease*), 211-13 (permission irrévocable).

judiciaire *Développements de demain (C.S.)*¹⁵⁹. Il s'agit d'un droit réel immobilier à dimension mixte, composé à la fois d'un droit de propriété sur des constructions, ouvrages ou plantations situés sur un terrain appartenant à autrui et d'un droit d'utiliser le fonds d'autrui pour jouir de ce droit de propriété¹⁶⁰. La singularité de la propriété superficière est que ce droit réel immobilier principal, absent du *Code civil du Bas Canada*, a été élaboré en synergie par la doctrine et par la jurisprudence¹⁶¹. Sa codification, dans les articles 1009, 1011 et 1110 à 1118 C.c.Q., n'a fait que confirmer les grands traits de ce nouveau droit réel élaboré par les juges et les auteurs. Cela a eu pour conséquence de confirmer la maîtrise de ces derniers sur la propriété superficière en général. En retour, cette maîtrise se traduit par une polyphonie qui est parfois une source de confusion quant aux traits précis de l'institution superficière. En tout état de cause, comme il est de coutume en de telles circonstances, les auteurs proposent et les cours disposent, au cas par cas le plus souvent¹⁶².

Ainsi, par sa définition même, le droit de superficie est particulièrement adéquat pour résoudre les problèmes d'empiètement. C'est la raison pour laquelle le juge Girouard le mentionnait déjà dans *Delorme c. Cusson* parmi les solutions possibles¹⁶³. La souplesse qu'implique sa source doctrino-jurisprudentielle (plutôt qu'un carcan législatif exhaustif et contraignant) n'a fait que renforcer cette aptitude par la suite¹⁶⁴. De plus, la propriété superficière peut être constituée de manière tacite, par la simple permission d'occuper le fonds et d'y construire—un principe que la jurisprudence *Delorme c. Cusson* a grandement contribué à asseoir en droit québécois¹⁶⁵. La notion de permission tacite semble du reste plus

¹⁵⁹ *Supra* note 14.

¹⁶⁰ Art. 1011 C.c.Q. Pour une synthèse récente des différents courants doctrinaux de la nature de la propriété superficière, voir par ex. Debruche, « Propriété superficière », *supra* note 15 au n° 3.

¹⁶¹ Jean-Guy Cardinal, *Le droit de superficie, modalité du droit de propriété : étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1957 [Cardinal, *Superficie*] (la thèse de l'auteur représente l'un des jalons de cette élaboration). Voir généralement Lafond, *supra* note 15 aux n° 1537-49 ; Normand, « Du droit de superficie », *supra* note 12.

¹⁶² Debruche, « Propriété superficière », *supra* note 15 au n° 2.

¹⁶³ *Supra* note 11 à la p. 85.

¹⁶⁴ *Delorme c. Cusson* est l'une des premières décisions mentionnant le droit de superficie dans le paysage jurisprudentiel québécois. Côté doctrinal, Mignault le mentionnait (Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, Théoret, 1897 aux pp. 184-85), mais les articles et monographies spécialisées suivront plus tard. Voir par ex. Jean-Edmond Roy, « Le droit de superficie » (1900) 3 R. du N. 51 ; Lafond, *supra* note 15 aux pp. 734-37.

¹⁶⁵ Au sujet du principe lui-même, toujours d'actualité et incontesté, voir notamment Lafond, *supra* note 15 aux n° 1588-95 ; Frenette, *La propriété superficière*, *supra* note 7 aux n° 28-30 ; Debruche, « Propriété superficière », *supra* note 15 au n° 20.

souple que celle de « titre » en matière de servitudes, l'auteur d'un empiètement pouvant échouer à démontrer le titre, mais réussir à établir la simple permission muette¹⁶⁶.

Ainsi, l'acquiescement à l'empiètement peut se traduire par la concession d'un droit de propriété superficière et les juges québécois ne se sont pas privés d'appliquer en ce sens *Delorme c. Cusson*. Cet acquiescement prend parfois une forme active. L'autorisation à construire à cet endroit, qu'il s'agisse d'un garage¹⁶⁷ ou d'une piscine¹⁶⁸ qui se révèle par la suite être une intrusion illicite, a ainsi conduit la Cour supérieure à reconnaître la création tacite d'une propriété superficière. Il en a été de même de l'aide active à la pose de conduites d'eau sous le fonds voisin¹⁶⁹, qui peut également, comme nous venons de le voir, se traduire par la concession d'une servitude d'aqueduc. L'acquiescement peut aussi être purement tacite, à condition que celui qui acquiesce le fasse en toute connaissance de cause (fût-ce en restant muet)¹⁷⁰. Faute de quoi, le contrat tacite créant la propriété superficière pourrait être annulé sitôt constaté faute de consentement, par application stricte des principes du droit des obligations¹⁷¹.

b. Quelques « sermons » judiciaires visant à rétablir l'orthodoxie

Comme le montre ce qui précède, l'impact de *Delorme c. Cusson* sur les cours québécoises est indéniable. Les juges ont su s'approprier les « fruits défendus » résultant de l'acte transsystémique discutable posé dans l'espace bijuridique de la Cour suprême du Canada. Mais les excès de cette jurisprudence de réception vont être fustigés par la suite, tant au niveau des juridictions québécoises qu'au niveau de la Cour suprême du Canada. Ces « sermons » judiciaires ont eu deux cibles distinctes : la motivation des décisions appliquant *Delorme c. Cusson* et la notion de consentement.

Le premier « sermon » émane de la Cour suprême du Canada et vise la manière dont les cours se réfèrent à *Delorme c. Cusson*, donc au statut de la décision elle-même sur le plan des sources du droit. En effet, l'arrêt de

¹⁶⁶ Voir *Gagne c. Bourret* (1929), 47 B.R. 547 [*Gagne*].

¹⁶⁷ *Faguy c. Ward*, [1999] J.Q. n° 2761 (C.S.) (QL) [*Faguy*].

¹⁶⁸ *Levesque c. Taddéo*, [2005] J.Q. n° 7859 (C.S.) (QL) [*Levesque*].

¹⁶⁹ Voir notamment *Blanchet*, *supra* note 20 ; *Boulanger c. Bilodeau*, [1999] R.D.I. 628 (C.S.).

¹⁷⁰ Pour des applications, voir *Gagne*, *supra* note 166 ; *Leboeuf*, *supra* note 27, confirmant (1969), 10 C. de D. 563 (C.S.) ; André Cossette, « Jurisprudence » (1969) 72 R. du N. 28 ; *Bouchard c. Fortin*, [1977] C.S. 1125 [*Bouchard*] ; *Dupont-Lemire c. Notre-Dame-du-Bon-Conseil (Municipalité du Village de)*, [1999] R.D.I. 397 (C.S.) ; *Belleville*, *supra* note 27 ; *Municipalité de Notre-Dame du Laus c. Feuerbach*, [2004] J.Q. n° 2061 (C.S.) (QL) [*Feuerbach*]. Et pour le principe, voir *Sonatim*, *supra* note 90.

¹⁷¹ *Grenier Depreist c. Gauvin*, [2003] J.Q. n° 15820 (C.S.) (QL) [*Grenier*].

la Cour figure en bonne place dans la motivation retenue par les juges pour accorder un droit réel de régularisation (servitude ou superficie), orchestrer le cession forcée d'une portion de terrain ou tout simplement rejeter l'action en démolition dirigée contre un empiètement. Certains juges l'utilisent à la manière d'un précédent, soit en affirmant que les faits essentiels sont semblables¹⁷², soit en estimant au contraire qu'ils doivent être distingués. C'est le cas notamment lorsque nul comportement d'acquiescement ne peut être imputé à la victime de l'empiètement, par exemple lorsqu'elle était absente au moment de la construction et que c'est un tiers qui a indiqué l'emplacement supposé de la ligne de division¹⁷³. D'autres juges disent appliquer le « principe »¹⁷⁴, la « doctrine »¹⁷⁵ ou encore la « jurisprudence »¹⁷⁶ de *Delorme c. Cusson*. Le fait de traiter cet arrêt comme un précédent est certes discutable au regard des sources du droit civil québécois. En principe, le mécanisme du *stare decisis* n'y a pas cours dans la mesure où une décision antérieure ne lie pas nécessairement le juge¹⁷⁷. Ce que la Cour va condamner n'est pas l'utilisation de sa décision à titre de précédent puisqu'elle-même ne se prive pas de raisonner en termes de précédent dans les causes de droit civil. Elle va plutôt donner de la voix contre l'utilisation abusive de la doctrine du précédent. En 1919, la Cour a rappelé très clairement que *Delorme c. Cusson* « n'est qu'un arrêt d'espèce qui ne saurait s'appliquer dans une cause où les faits sont différents »¹⁷⁸. Il faut entendre par là qu'il ne s'agit pas d'un précédent élevé au rang de principe, mais d'un simple précédent

¹⁷² Voir *Barry*, *supra* note 117 ; *Lidstone*, *supra* note 111 ; *Boulanger*, *supra* note 103. D'autres décisions préfèrent citer de la jurisprudence plus récente qui applique elle-même *Delorme c. Cusson* (*supra* note 11). Voir par ex. *Saucier c. Cloutier*, [1987] R.D.I. 417.

¹⁷³ Voir *Themens*, *supra* note 111. Voir aussi *Greenblatt*, *supra* note 110 ; *Tourangeau*, *supra* note 113. À l'occasion, une distinction a été tirée du fait que le droit réel en cause soit une servitude plutôt qu'un droit de propriété, mais il a été signalé que d'autres décisions ont rejeté cette distinction (*supra* note 144).

¹⁷⁴ Voir *Bonin*, *supra* note 142 ; *Duriez*, *supra* note 113. Certains évoquent à la fois le principe et le précédent. Voir *Leboeuf*, *supra* note 27.

¹⁷⁵ *Dansereau*, *supra* note 101.

¹⁷⁶ *Gagne*, *supra* note 166.

¹⁷⁷ Pour une affirmation claire du principe, voir notamment *Groupe Sutton Immo c. Ibrahim*, 2007 QCCQ 2165, [2007] R.J.Q. 715 ; *Eclipse Bescom Ltd. c. Soudures d'Auteuil*, [2002] R.J.Q. 855 (C.A.) ; *Droit de la famille—1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.). Pour une discussion, voir notamment Noël Jean Mazen, « Le juge civil québécois (approche comparative d'un système de droit mixte) » (1982) 34 R.I.D.C. 375 aux pp. 394-99 [Mazen, « Le juge »] ; Debruche, *Équité*, *supra* note 9 aux pp. 255-56, et 27, n. 69 (voir les références citées). Voir notamment Nicole Bernier, « L'autorité du précédent judiciaire à la Cour d'appel du Québec » (1971) 6 R.J.T. 535 ; Adrian Popovici, « Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles sources de droit au Québec » (1973) 8 R.J.T. 189.

¹⁷⁸ *Lavigne c. Nault* (1919), 59 R.C.S. 183 à la p. 195, juge Brodeur.

dont les faits restent importants par application du système des distinctions¹⁷⁹. En d'autres termes, *Delorme c. Cusson* doit être traité selon la méthodologie de la *common law*, comme un précédent, et non à la manière d'un article du *Code civil du Québec* énonçant un principe général¹⁸⁰. Le « sermon » de la Cour entend ici rétablir l'orthodoxie de la tradition de *common law*.

La seconde vague de « sermons » judiciaires émane des cours québécoises et tente de ramener la jurisprudence appliquant *Delorme c. Cusson* à plus d'orthodoxie au regard du droit des biens et des contrats. Il a déjà été noté que, conformément à ce qu'affirmait le juge Girouard dans *Delorme c. Cusson*, le consentement à l'empiètement, qui correspond à l'*acquiescence* de la *common law*, était parfois entendu de manière extrêmement large et de façon objective plutôt que subjective à la manière de l'*estoppel*. Dans un premier temps, les rappels à l'ordre s'apparentèrent davantage à la prise de conscience quant à la nécessité d'un consentement effectif lorsque la victime de l'empiètement avait tout simplement laissé faire, passivement. En cela, les juges québécois rejoignaient simplement la tendance majoritaire en matière de *proprietary estoppel*. Le principe selon lequel « le silence ou la tolérance des demandeurs [...] ne saurait constituer un acquiescement et encore moins un titre »¹⁸¹ en l'absence de connaissance de la violation portée par l'empiètement à leur(s) droit(s) réel(s) est réaffirmé périodiquement au Québec, tant à l'égard de la cession forcée du droit de propriété lui-même¹⁸² que de la création d'une servitude¹⁸³ ou d'un droit superficiaire de régularisation¹⁸⁴. La Cour d'appel réaffirma haut et fort l'orthodoxie à l'égard des servitudes en 1997, martelant qu'il n'existe pas de « servitude judiciaire » en dépit de toute considération d'équité¹⁸⁵. Un an plus tard, c'est la propriété superficiaire qui fit l'objet d'un « sermon » remarqué dans *Sonatim*¹⁸⁶. La Cour d'appel insista sur la nécessité de la connaissance de l'empiètement pour

¹⁷⁹ Voir Donald Poirier et Anne-Françoise Debruche, *Introduction générale à la common law*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 aux pp. 375-76.

¹⁸⁰ Sur cette déformation du système du précédent qu'il est parfois possible d'observer chez les juges québécois, voir Mazen, « Le juge », *supra* note 177 aux pp. 395-98.

¹⁸¹ *Miron*, *supra* note 143, juge Salvas.

¹⁸² Voir *Themens*, *supra* note 111 ; *Dauphinois*, *supra* note 143.

¹⁸³ Voir *Verret*, *supra* note 143 ; *Gauvin*, *supra* note 105 ; *Miron*, *supra* note 143 à la p. 257 ; *Marcoux*, *supra* note 143 ; *Desjardins c. Gauthier*, [1987] R.D.I. 266 (C.S.) ; *Valeri*, *supra* note 143 ; *Administrators of Copropriété Forest Village c. Compagnie de construction Belcourt ltée*, [1993] R.D.I. 323, [1993] R.J.Q. 1002 (C.A.) ; *Muller c. Latulippe-Parent*, [1998] J.Q. n° 1881 (C.A.) (QL).

¹⁸⁴ Voir *Verret*, *supra* note 143 ; *Morin*, *supra* note 132 ; *Kelly c. Côté*, [1991] R.D.I. 648 ; *Texaco*, *supra* note 143.

¹⁸⁵ *Hamel c. De Bellefeuille* (1996), [1997] R.D.I. 4 (C.A.).

¹⁸⁶ *Supra* note 90.

conférer valablement un droit de propriété superficielle le régularisant. Elle ajouta dans la foulée que *Delorme c. Cusson* n'est qu'un arrêt rendu « en équité » qui ne devrait pas être utilisé de façon abusive, tout en stigmatisant la définition délibérément floue du consentement proposée dans cette décision¹⁸⁷. L'effet paradoxal de cette décision est que la passivité éclairée produirait plus d'effets que l'encouragement et l'aide active à l'empiètement prodigués sur la base d'une erreur commune des parties, ce qui éloignerait le droit québécois du *proprietary estoppel* (qui appuie la proposition inverse). L'arrêt *Sonatim* place l'accent sur une notion subjective du consentement, tandis que l'approche de *common law* est davantage objective¹⁸⁸. Il convient toutefois de noter que dans l'affaire *Sonatim*, l'*acquiescence* n'aurait pas été reconnue en *common law* non plus : il n'existait en fait ni représentation, ni *detrimental reliance* susceptible de faire naître une *equity* à la base du *proprietary estoppel*.

Les « sermons » judiciaires québécois quant à la nécessité d'un consentement effectif à l'empiètement ont-ils été entendus par tous les pratiquants ? Pas nécessairement. Dans *Charest-Murray c. Jobin*¹⁸⁹, la Cour supérieure a de nouveau constaté la création tacite d'une propriété superficielle régularisant l'empiètement par un muret en dépit du fait que le voisin avait simplement consenti à ce qu'il soit construit à tel endroit (que les deux parties pensaient erronément être la ligne de division des fonds)¹⁹⁰. En dépit des rappels à l'ordre, l'hérésie continue de tenter les cours.

2. Les heurts avec la publicité immobilière, et la solution superficielle

La jurisprudence québécoise *Delorme c. Cusson* pouvait feindre d'emblée de respecter formellement les commandements du droit des biens et des contrats sous couvert de consentement objectif. Il existait tout de même un empêchement dirimant à son application aux ayants cause des parties : la publicité immobilière. Les règles de publicité ne jouent pas entre les parties au litige si celles-ci étaient propriétaires des fonds litigieux au moment de la réalisation de l'empiètement. Il a été remarqué que seul se pose, entre elles, un éventuel problème de preuve

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Dans les hypothèses où la jurisprudence ultérieure a reconnu la concession d'une propriété superficielle tacite, il y a toujours eu connaissance dans le chef du tréfoncier. Voir *Placements Bertrand Fradet c. Banque nationale du Canada*, [1998] R.D.I. 619 (C.S.) [*Fradet*] ; *Belleville*, *supra* note 27 ; *Groupe Jean Coutu (PJC) c. Fiducie Centre Beaumont*, [2002] J.Q. n° 8338 (C.A.) (QL) [*Jean-Coutu*] ; *9079-8190 Québec c. Bergeron*, 2005 QCCA 608, [2005] R.D.I. 463, [*Bergeron*] ; *Développements de demain (C.A.)*, *supra* note 5.

¹⁸⁹ 2006 QCCS 1366, [2006] J.Q. n° 2316 (QL) [*Charest*].

¹⁹⁰ *Ibid.*

du consentement donné par l'une à l'autre¹⁹¹. La question de la publication de l'acte créant ou transférant un droit réel régularisant l'empiètement (droit de propriété, servitude ou superficie) apparaît par contre si la victime de l'empiètement n'est pas celle qui aurait consenti à celui-ci, autrement dit, si elle n'est que l'ayant cause à titre particulier. Dans cette hypothèse, la convention tacite « découverte » par le truchement de *Delorme c. Cusson* ne sera opposable au tiers qu'à condition que cette convention ait été publiée. Or, le caractère tacite et informel de l'échange initial fait bien souvent obstacle à une telle inscription au registre. Par application de la jurisprudence *Delorme c. Cusson*, tout se passe comme si le juge mettait pour la première fois à jour la convention régularisant l'empiètement. Préalablement à ce constat judiciaire, l'arrangement tacite demeurerait en quelque sorte dans les limbes de la sphère juridique. Comment les parties auraient-elles pu, avant cela, publier un acte juridique dont elles n'avaient que peu conscience ?

À l'égard d'une vente tacite de la portion de terrain sur laquelle porte l'empiètement, l'absence de publicité représente un problème apparemment insurmontable, tant sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* que du *Code civil du Québec*. L'article 2938 C.c.Q., cité au tout début de la présente contribution, impose en effet la publication de tout acte transmettant un droit réel immobilier. Avant lui, l'article 2098 C.c.B.-C. en faisait autant quant aux actes « transférant la propriété d'un immeuble ». En matière de constitution de servitudes, le droit de la publicité est au même effet¹⁹². Pour appliquer néanmoins *Delorme c. Cusson* aux ayants cause victimes d'un empiètement et leur rendre opposable un droit réel de régularisation non enregistré, les cours québécoises ont exploré discrètement deux voies distinctes (mais susceptibles de se rejoindre) : l'exception de la connaissance (a) et la singularité du droit de superficie (b). Nous laisserons de côté la simple omission de considérer la question parce que les parties n'y ont pas pensé¹⁹³.

¹⁹¹ Voir la partie II.A.1.a.ii, ci-dessus.

¹⁹² Les art. 2116(a)-(b) C.c.B.-C. visaient spécifiquement, depuis 1888 (art. 2116(a)) et 1916 (art. 2116(b)), l'enregistrement des actes créant une servitude. Avant eux, il fallait se rapporter à l'*Acte ordonnant l'enregistrement des douaires coutumiers et servitudes, dans certains cas non prévus par la loi* (L.R.Q. 1881, 44-45 Vict., c. 16, art. 5-6). C'est l'art. 2938 C.c.Q., plus général, qui a pris le relais en visant toute constitution ou acquisition d'un droit réel immobilier. Voir aussi l'art. 1182 C.c.Q., qui précise que les servitudes suivent les fonds auxquelles elles bénéficient et sur lesquelles elles portent, sous réserve des « dispositions relatives à la publicité des droits ». Au sujet de l'histoire de la publicité des servitudes, voir notamment *Giroux c. Gaudreault*, 2007 QCCS 3930, [2007] R.D.I. 616 [*Giroux*] ; *Saucier c. Gravel*, 2009 QCCS 356 [2009] J.Q. n° 675 (QL).

¹⁹³ Voir *Bernard*, *supra* note 145.

a. *L'exception de la connaissance*

La première voie, que nous qualifions d'exception de la connaissance, repose sur un principe extrêmement simple : si le tiers qui se plaint de l'absence de publicité a eu connaissance du droit réel non publié, ce droit réel lui est opposable nonobstant l'absence d'inscription au registre. Ce principe s'applique à l'empiétement de la manière suivante : si le tiers confronté aujourd'hui à l'empiétement réalisé avec le consentement de son auteur (vendeur, testateur, etc.) a eu connaissance du droit réel de régularisation concédé tacitement, le fait que ce droit réel n'ait pas été publié comme il l'aurait dû ne le rend pas inopposable à ce tiers. La connaissance du tiers ayant cause peut être démontrée par la mention du droit réel non publié dans les documents qui lui ont transféré la propriété du fonds lésé par l'empiétement. Ainsi, l'acte de vente au propriétaire actuel peut mentionner qu'une propriété superficielle créée de façon tacite porte sur une portion du terrain vendu¹⁹⁴ ou qu'une servitude de passage non publiée le grève en partie¹⁹⁵. Par ailleurs, le tiers peut également montrer par son comportement qu'il admet l'existence du droit litigieux, par exemple en se déclarant prêt à payer pour l'entretien d'un puits qui profite à ses voisins grâce à une servitude de puisage non publiée¹⁹⁶. Les cours appliquent ce principe tant à la création d'une servitude¹⁹⁷ ou d'une propriété superficielle¹⁹⁸ qu'au transfert d'un droit de propriété sur un immeuble¹⁹⁹.

Cette dérogation jurisprudentielle au principe de l'inopposabilité des droits réels non publiés semble contredire formellement l'article 2963 C.c.Q., qui affirme que « [l']avis donné ou la connaissance acquise d'un droit non publié ne supplée jamais le défaut de publicité ». Elle est parfois justifiée par le fait qu'une réserve émise par le vendeur lie l'acheteur. Par exemple, si l'acte de vente mentionne de façon suffisamment explicite le droit non publié et que l'acheteur s'engage à prendre l'immeuble dans l'état où il se trouve, le droit de propriété lui est alors transmis amputé par la réserve. Tel était le cas en première instance dans *Développements de demain (C.S.)*²⁰⁰. La dérogation est également justifiée à d'autres occasions sous l'angle de la reconnaissance expresse de l'acte de servitude par le tiers acquéreur, qui vaudrait aveu sur le plan probatoire et

¹⁹⁴ Voir *Développements de demain (C.S.)*, *supra* note 5.

¹⁹⁵ Voir *Giroux*, *supra* note 192.

¹⁹⁶ Voir *Robert*, *supra* note 151.

¹⁹⁷ Voir *ibid.* ; *Giroux*, *supra* note 192.

¹⁹⁸ Voir *Gagne*, *supra* note 166 ; *Bouchard*, *supra* note 170.

¹⁹⁹ Voir *Barry*, *supra* note 117 ; *Dansereau*, *supra* note 101.

²⁰⁰ *Supra* note 5. Sur le principe en droit de la vente, voir *9080-3149 Québec c. Le*, 2007 QCCS 1112, [2007] J.Q. n° 2072 (QL).

pallierait du même coup l'absence de la publicité requise²⁰¹. Quelle que soit la justification retenue, l'exception de la connaissance en droit québécois évoque celle de la *notice* effective en *common law* du *proprietary estoppel*. La doctrine dite de la *notice* implique que l'acquéreur d'un immeuble quelconque est lié par tout droit réel dont l'existence lui avait déjà été mentionné (*actual notice* ou avis effectif) ou dont il aurait pu raisonnablement connaître l'existence compte tenu des circonstances (*constructive notice* ou avis implicite)²⁰². Les juges de *common law* ont tiré parti de cette doctrine de la *notice* pour opposer certains droits réels de régularisation nés d'un *proprietary estoppel* à des tiers acquéreurs, y compris dans les systèmes de publicité de type *Torrens* (fondés sur l'inscription des titres plutôt que sur celui des actes) qui avaient omis de l'abroger²⁰³. Au fond, tant l'exception québécoise de la connaissance que celle, en *common law*, de la *notice* se fondent sur la notion fondamentale de fraude à la loi : on ne peut bénéficier de l'application stricte de la loi lorsqu'on s'est comporté de manière inéquitable au mépris de l'objectif de ladite loi. L'article 2963 C.c.Q., qui rejette formellement l'exception de la connaissance, figure du reste dans un chapitre consacré à la protection des tiers de bonne foi. Parallèlement, dans *Stiles v. Tod Mountain Development Ltd.*²⁰⁴, un promoteur immobilier avait acquis un lotissement à flanc de montagne en sachant pertinemment que le requérant y avait construit un chalet, mais qu'il ne pouvait enregistrer valablement son droit réel sur le fonds en raison de problèmes administratifs. Par la suite, le promoteur alléguait l'absence d'inscription au registre pour évincer le requérant. La Cour suprême de la Colombie-Britannique y vit un *proprietary estoppel*, donnant naissance à une permission (*licence*) irrévocable,

²⁰¹ Voir *Sawdon c. Dennis-Trudeau*, 2006 QCCA 553, [2006] J.Q. n° 3683 (QL) ; *Giroux*, *supra* note 192. Ces deux arrêts s'appuient sur *Lamontagne* (*supra* note 25 au n° 548).

²⁰² Bruce Ziff, *Principles of Property Law*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 2006 à la p. 436 ; Jean Howell, « The Doctrine of Notice: An Historical Perspective » (1997) 61 *Conv.* 431. La notion de « *notice* » trouve son origine en droit des *trusts*. Voir S. Rowton Simpson, *Land Law and Registration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976 à la p. 94.

²⁰³ Voir par ex. *Lascar* (*supra* note 121), tirant parti d'une nuance de *United Trust v. Dominion Stores* ([1977] 2 R.C.S. 915 à la p. 957, 142 D.L.R. (4^e) 230) à l'égard de la loi sur l'enregistrement de l'Ontario. Il est communément admis que de manière générale, la doctrine de la *notice* fait mauvais ménage avec le système « *Torrens* » d'enregistrement des titres. La matière est particulièrement complexe au Canada, où certaines lois maintiennent expressément la validité de l'*actual notice* portant sur un écrit quelconque : Victor Di Castri, *Registration of Title to Land*, feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1987, vol. 2 aux n° 743.1, 879. Voir généralement Debruche, *Équité*, *supra* note 9 à la p. 236. Quant à la différence entre systèmes d'enregistrement des actes (comme au Québec, en France, etc.) et des titres (prépondérants aujourd'hui dans les juridictions de *common law*), voir Debruche, « Les biens », *supra* note 77 aux pp. 162-67.

²⁰⁴ (1992), 64 B.C.L.R. (2^e) 366 aux pp. 381-82, [1992] 88 D.L.R. (4^e) 735 (C.S.) [*Stiles*], appliquant *Dhaliwal v. Jaswal* (1986), 6 B.C.L.R. (2^e) 189 (S.C.).

sorte de droit réel, qui pouvait lui être opposé nonobstant sa non-publication. Le fait que le promoteur ait été effectivement informé (*actual notice*) de la situation du requérant faisait de son comportement une fraude, ce qui représente une exception à l'inopposabilité ou, plutôt, à l'intangibilité du titre dans les systèmes *Torrens*²⁰⁵. Il en va de même en droit québécois de la publicité immobilière quant à la sanction de la fraude²⁰⁶.

b. La singularité de l'institution superficière

À côté de l'exception de la connaissance, les cours québécoises ont aussi exploité la singularité du droit superficiaire pour opposer un droit réel non publié aux ayants cause protestant contre un empiètement immobilier. Force est de constater que le système mis en place par le *Code civil du Bas Canada* en matière de publicité immobilière ne brillait pas par sa généralité. Alors que le *Code civil du Québec* soumet à l'exigence de publicité l'ensemble des actes opérant une quelconque mutation d'un droit réel immobilier, son prédécesseur privilégiait l'énumération des actes à enregistrer : actes entre vifs transférant la propriété d'un immeuble, transmissions d'immeubles par testament, jugements prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte de vente, actes créant une servitude²⁰⁷, etc. Les servitudes elles-mêmes avaient été ajoutées en 1888 seulement²⁰⁸. Dans un tel système fondé sur l'énumération spécifique plutôt que sur une disposition très générale (comme dans le *Code civil du Québec*), il ne faut guère s'étonner de voir les droits oubliés se développer quelque peu en marge des prescriptions législatives. Tel fut le cas du droit superficiaire, création doctrino-jurisprudentielle sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, qui n'apparaissait pas dans la liste des droits réels immobiliers concernés par les exigences de la publicité immobilière. L'inscription obligatoire ne posa pas problème quant à la création explicite de droits de superficie, tous s'accordant à interpréter largement l'article 2098 alinéa 1 C.c.B.-C. comme visant l'ensemble des actes constitutifs d'un droit réel immobilier principal²⁰⁹. Il en alla autrement des concessions tacites, sous-produits de la jurisprudence *Delorme c. Cusson* et

²⁰⁵ Voir notamment Debruche, « Les biens », *supra* note 77 aux pp. 162-67. L'arrêt *Stiles* (*supra* note 204) a été suivi par *Pilcher* (*supra* note 76). Voir aussi *Jager the Cleaner Ltd. v. Li's Investments Co. Ltd.*, [1979] 4 W.W.R. 84, 11 B.C.L.R. 311 (S.C.); *Woodwest Developments Ltd. v. Met-Tec Installations Ltd.*, [1982] 6 W.W.R. 624, 26 R.P.R. 81 (B.C.S.C.).

²⁰⁶ Voir *Blais c. Mercier*, [1991] R.L. 178 (C.A.); François Brochu, « Critique d'une réforme cosmétique en matière de publicité foncière » (2003) 105 R. du N. 761 aux pp. 782-83.

²⁰⁷ Art. 2938 C.c.Q.; art. 2098, al. 1, 2098, al. 4, 2101, al. 1, 2116 C.c.B.-C.

²⁰⁸ Voir texte correspondant à la note 192.

²⁰⁹ Voir Cardinal, *Superficie*, *supra* note 161 aux pp. 146-47, 197-98.

instruments d'équité judiciaire fort populaires dans les situations d'empiétement. Confortées par l'absence formelle du droit de superficie dans le paysage des droits réels immobiliers visés par l'enregistrement, les cours proposèrent la fameuse analogie avec la prescription acquisitive, reprise plus tard dans la décision étudiée ici, *Développements de demain (C.S.)*²¹⁰, pour l'en exempter lorsqu'elle était concédée de manière tacite²¹¹. Pourquoi le *Code civil du Québec* n'a-t-il pas changé les choses ?

B. La « contre-réforme » législative

Faisant écho aux préoccupations des juges depuis *Delorme c. Cusson*, les rédacteurs du *Code civil du Québec* avaient décidé d'apporter une solution claire et définitive au problème de l'empiétement immobilier. L'article 992 C.c.Q. représente l'étendard de cette contre-réforme, qui entend conférer une assise législative à la solution et en préciser les contours :

Le propriétaire de bonne foi qui a bâti au-delà des limites de son fonds sur une parcelle de terrain qui appartient à autrui doit, au choix du propriétaire du fonds sur lequel il a empiété, soit acquérir cette parcelle en lui payant la valeur, soit lui verser une indemnité pour la perte temporaire de l'usage de cette parcelle.

Si l'empiétement est considérable, cause un préjudice sérieux ou est fait de mauvaise foi, le propriétaire du fonds qui le subit peut contraindre le constructeur soit à acquérir son immeuble et à lui en payer la valeur, soit à enlever les constructions et à remettre les lieux en état.

Conformément à l'esprit de l'article 953 C.c.Q., qui indique que tout propriétaire peut s'opposer à un empiétement que ni lui, ni la loi n'a autorisé, l'article 992 C.c.Q. place apparemment le choix de la solution entre les mains de la victime de l'empiétement. Face à une intrusion immobilière minime, réalisée de bonne foi et qui ne lui cause pas grand dommage, la victime n'a certes pas la possibilité d'en exiger la démolition. C'est à elle qu'il revient en principe de sélectionner le remède régularisant l'empiétement : acquisition forcée de la portion sur laquelle porte l'intrusion ou concession d'un droit d'usage à titre onéreux, qu'il convient d'entendre comme un droit de propriété superficière²¹². Dans les autres cas de figure, soit l'empiétement considérable, causant un préjudice

²¹⁰ *Supra* note 14. Voir aussi, pour le principe de l'exemption sous le *Code civil du Québec*, *Fradet*, *supra* note 188 ; *Feuerbach*, *supra* note 170. *Contra Léveillé*, *supra* note 18.

²¹¹ *Boily*, *supra* note 10 ; *Blanchet*, *supra* note 20.

²¹² Lafond, *supra* note 15 au n° 1005. Cette propriété superficière est bien entendu assortie des servitudes nécessaires à son exercice (art. 1111 C.c.Q.). Voir Denis Vincelette, « La légalisation de l'empiétement du voisin : les premiers pas de l'article 992 C.c.Q. » dans Jacques Beaulne, dir., *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 145 à la p. 163.

sérieux ou réalisé de mauvaise foi, c'est également à la victime qu'il appartient de choisir entre la démolition et l'acquisition forcée. En rupture avec ce qui prévalait jusqu'alors, c'est donc au propriétaire victime de l'empiètement que le législateur confie la mise en œuvre de sa contre-réforme. Et c'est à lui aussi qu'il incomberait de décider s'il se prévaut de cette solution ou non, car certains avancent que lui seul pourrait mettre en œuvre l'action fondée sur l'article 992 C.c.Q.²¹³.

Les juges ont-ils pour autant perdu tout pouvoir dans la résolution des litiges d'empiètement ? En pratique, certainement pas. En premier lieu, il leur appartient de décider, en demeurant toutefois dans les bornes interprétatives du raisonnable et de la vraisemblance, si l'empiètement litigieux est du ressort du premier ou du second alinéa de l'article 992 C.c.Q. Ainsi, l'appréciation de la mesure de l'intrusion (est-elle considérable ou non ?) et de la bonne foi du constructeur dépendent de la cour. Ce pouvoir d'appréciation est loin d'être négligeable et joue généralement en faveur de l'auteur de l'empiètement plutôt que de sa victime²¹⁴. En second lieu, il arrive que les cours s'approprient le choix dévolu en principe à la victime quant à la nature du droit réel régularisant l'empiètement²¹⁵. Mais cette marge de manœuvre leur suffit-elle ? En d'autres termes, l'article 992 C.c.Q. a-t-il épuisé la part d'équité que se reconnaissaient les juges québécois en matière d'empiètement depuis *Delorme c. Cusson* ?

En apparence, la réponse à cette question est positive. À notre connaissance, la jurisprudence *Delorme c. Cusson* n'est plus appliquée formellement sous l'empire du *Code civil du Québec*. La Cour d'appel estime d'ailleurs que l'article 992 a codifié ladite jurisprudence et s'est substitué à elle²¹⁶. Mais a-t-elle pour autant réellement disparu ? De par

²¹³ C'est ce qu'affirment certains auteurs. Voir par ex. Vincelette, *supra* note 212 aux pp. 157-58 ; Lafond, *supra* note 15 au n° 1007. Certaines décisions comme *De Mondehare c. Bouchard*, [2001] J.Q. n° 1622 (C.S.) (QL) ; *Gosselin c. Doiron*, [2002] R.D.I. 793 (C.S.) [*Gosselin*]. *Contra* *Constructions S.P. c. Sauvé*, [1996] R.D.I. 427 (C.S.) ; *Bernier c. Bélanger*, [2001] R.D.I. 630, (C.S.) [*Bernier*] ; *Gaudet c. St-Jean*, 2007 QCCS 4432, [2007] R.D.I. 795.

²¹⁴ Au sujet de l'appréciation de la bonne foi, voir le constat désabusé de Vincelette, *supra* note 213 aux pp. 159-60, 168. Bien sûr, la mauvaise foi éhontée ne pourra être passée sous silence. Voir *D'Amour c. 157569 Canada Ltée*, [2001] R.D.I. 711 (C.S.). Quant à l'étendue de l'empiètement, voir par ex. *Bernier*, *supra* note 213 (où 9 m² n'ont pas été jugés « considérables ») ; *Gosselin*, *supra* note 213 (où l'intrusion par un garage et par des tuyaux en sous-sol sur une surface totale de 16,21 m² est considérée comme minime). Il ne faut toutefois pas exagérer : un empiètement qui porte sur 40% du terrain voisin ne peut être qualifié ainsi. Voir *Pinsonnault c. Labrecque* (1998), [1999] R.D.I. 113 (C.S.). Règle générale, une mesure de 10% est considérée comme acceptable. Voir Lafond, *supra* note 15 au n° 1009.

²¹⁵ Voir notamment *Bernier*, *supra* note 213 ; Vincelette, *supra* note 212 à la p. 164.

²¹⁶ *Sonatim*, *supra* note 90 à la p. 1067.

le simple jeu du droit transitoire, le droit antérieur au *Code civil du Québec* semble avoir la peau dure. Parce que les situations d'acquiescement sont souvent antérieures à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le droit prévalant sous l'empire du *Code civil du Bas Canada* continue d'être appliqué régulièrement aujourd'hui²¹⁷ et la jurisprudence *Delorme c. Cusson* avec lui²¹⁸. Dans ce contexte, il est plus facile de comprendre le « sermon » de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sonatim*, alors qu'on aurait pu penser la critique sans objet²¹⁹. Par ailleurs, en dehors de toute préoccupation de droit transitoire, la « découverte » judiciaire de propriétés superficielles concédées tacitement se poursuit²²⁰, alors même que, parfois, le consentement à l'empiètement était bien discutable²²¹. Lorsqu'une telle propriété superficielle est découverte, elle exclut en effet l'application de l'article 992 C.c.Q. puisqu'elle rend licite l'intrusion²²². En définitive, l'équité judiciaire appliquée à l'empiètement immobilier mue sans cesse et continue de prospérer, que ce soit sous couvert de l'application orientée de l'article 992 C.c.Q. ou de la résurgence silencieuse de *Delorme c. Cusson*.

Conclusion : ombre et lumières sur le droit strict de la publicité immobilière

Il est temps à présent de réunir le résultat des fouilles et d'en tirer certaines conclusions à partir des différents éléments mis à jour. Notre point de départ, qui a suscité notre démarche d'archéologie judiciaire, était une décision iconoclaste, *Développements de demain (C.S.)*²²³, qui exempte la propriété superficielle concédée de manière tacite de l'exigence habituelle de publicité imposée par l'article 2938 C.c.Q. Il existait en l'espèce une justification relativement simple à cette dérogation : la connaissance par le tiers acquéreur (*Développements de demain*) du droit de superficie tacite, en raison de la réserve faite par son vendeur. La Cour supérieure suggéra cette motivation, mais ce n'est pas celle que retint la

²¹⁷ Voir notamment la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.R.Q. 1992, c. 57, art. 2. Par contre, la question de la publicité (ou de son absence) naît généralement sous l'empire du C.c.Q.

²¹⁸ Voir par ex. *Richard c. Amiri*, [1995] R.D.I. 384 (C.S.) ; *Faguy*, *supra* note 169 ; *Péloquin*, *supra* note 18 ; *Robert*, *supra* note 151 ; *Feuerbach*, *supra* note 170 ; *Levesque*, *supra* note 168.

²¹⁹ *Sonatim*, *supra* note 90 à la p. 1067.

²²⁰ Voir *Fradet*, *supra* note 188 ; *Belleville*, *supra* note 27 ; *Jean Coutu*, *supra* note 199 ; *Grenier*, *supra* note 171 ; *Bergeron*, *supra* note 188 ; *Développements de demain (C.S.)*, *supra* note 14.

²²¹ *Charest*, *supra* note 191.

²²² *Lafond*, *supra* note 15 au n° 1014 ; *Investissements D.D. inc. c. Mascouche (Ville de)*, [1998] R.R.A. 1075 (C.S.).

²²³ *Supra* note 14.

Cour d'appel dans son arrêt confirmatif. La Cour d'appel lui préférera l'argument tiré de la spécificité de la propriété superficielle créée de manière tacite, qui s'apparenterait au mécanisme de la prescription acquisitive et serait dès lors dispensée de publicité par sa nature même. Or, nous avons souligné d'emblée à quel point ce parallèle entre concession tacite d'un droit de superficie et prescription acquisitive est discutable. Pourquoi alors privilégier cet argument plutôt que celui tiré de la réserve faite par le vendeur qui lie l'acheteur, ce qui nous semble moins problématique en l'espèce ? Nos recherches historiques suggèrent que la Cour d'appel souhaite insister sur la spécificité de la propriété superficielle constituée de façon tacite. Cette préoccupation nous renvoie à l'élaboration conjointe du droit de superficie par les auteurs et la jurisprudence, qui confère sa particularité à la propriété superficielle et, plus particulièrement, à la décision qui a lancé la possibilité de créer ce droit de façon tacite : *Delorme c. Cusson*. Nous avons montré que cette décision traduit dans les termes du droit québécois des biens et des obligations la doctrine de *estoppel by acquiescence* utilisée dans la *common law* voisine. Ce mimétisme transsystémique induit par le « démon » de l'équité est maladroit, car il déforme la notion de consentement propre au droit civil des contrats en déplaçant son objet. De ce « péché originel » commis dans le jardin bijuridique de la Cour suprême du Canada contre le droit strict, les juges québécois recueilleront pourtant avec gratitude les fruits défendus, en appliquant presque sans réserve la jurisprudence *Delorme c. Cusson* aux litiges d'empiètement. Les « sermons » judiciaires successifs, tendant à rétablir l'orthodoxie, canaliseront cette jurisprudence hérétique sans pourtant l'éradiquer totalement. Quant à la « contre-réforme » orchestrée par les codificateurs au sein de l'article 992 C.c.Q., elle n'épuise pas non plus complètement la part d'équité des juges québécois face à l'empiètement immobilier, notamment face à la propriété superficielle qui conserve sa souplesse et continue de pouvoir être concédée de façon tacite. La décision à l'étude, *Développements de demain (C.S.)*²²⁴, représente précisément le reliquat de ces « déviations » du droit strict suscitées par l'équité face à l'empiètement immobilier. Le lien affiché dans la décision de la Cour d'appel avec la singularité de la propriété superficielle concédée de façon tacite l'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence *Delorme c. Cusson*, que la Cour d'appel avait pourtant tenté d'étouffer une fois pour toutes quelques années auparavant²²⁵. Au vu du résultat de nos fouilles, force est de constater que la propriété superficielle demeure en prise directe avec l'équité judiciaire, dont elle reste l'un des vecteurs privilégiés en droit des biens dans les litiges d'empiètement. Sa codification n'a rien changé à cet état de fait, au même titre que l'insertion d'une disposition spécifique destinée à régler

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Sonatim*, *supra* note 90 à la p. 1067.

équitablement les problèmes d'intrusion immobilière : *old sins have long shadows*. En cela, la propriété superficière rappelle l'action du *proprietary estoppel* de la *common law*, lui aussi en butte aux exigences de la publicité immobilière. L'un comme l'autre répondent à un souci latent d'équité judiciaire qui ne lasse pas d'irriter les tenants d'une systématisation rationnelle sans failles du droit applicable²²⁶, au même titre que les partisans d'un droit strict clair et simple auxquels nous faisons référence en introduction. La Cour d'appel elle-même est sensible à cet agacement, mais n'apparaît pas prête à y céder encore²²⁷.

Faut-il réellement s'en affliger ? Lorsque l'action de l'équité est incorporée au sein même du droit applicable, et c'est la conséquence de l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel du Québec, réitéré en 2009²²⁸, l'équité cesse de jouer les trouble-fêtes et change de nature. Indésirable et masqué, ce « résidu du juste non artificiellement compartimenté »²²⁹ devient ouvertement partie intégrante du système juridique auquel il apporte quelques indulgences occasionnelles. Il dépasse alors le simple « sentiment » du juge pour devenir une règle à part entière²³⁰. Qu'elle soit considérée comme une grâce ou comme un serpent tentateur, l'équité en matière d'empiètement et de propriété superficière prolonge d'un nouvel acte sa turbulente histoire grâce à l'arrêt *Développements de demain (C.S.)*²³¹ et son entorse à la publicité immobilière en font foi.

²²⁶ Voir Peter Birks, dir., *English Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Dans la même lignée, voir Debruche, *Équité*, *supra* note 9 aux pp. 238-40 (pour la mise en perspective de quelques critiques acides du *proprietary estoppel*). Pour des remontrances doctrinales côté droit civil et propriété superficière, mentionnons à nouveau Frenette, « Biens », *supra* note 25.

²²⁷ *Martin*, *supra* note 6.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Henri de Page, *Traité élémentaire du droit civil belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, t. 1 au n° 13.

²³⁰ « [L]’équité n’est simplement pas une règle, mais un sentiment » : Rémy Libchaber et Nicolas Molfessis, « Sources du droit en droit interne » [1998] R.T.D. civ. 210 à la p. 223.

²³¹ *Supra* note 14.