

BIENS

François FRENETTE

Volume 107, Number 1, March 2005

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045693ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045693ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

FRENETTE, F. (2005). BIENS. *Revue du notariat*, 107(1), 97–120.
<https://doi.org/10.7202/1045693ar>

BIENS

François FRENETTE*

1. PROPRIÉTÉ SUPERFICIAIRE	99
1.1 Opposabilité du titre de propriété.	99
1.2 Sempiternelle difficulté de qualification	101
1.3 L'objet de la propriété superficière	101
1.4 Pérennité du droit de propriété et temporalité de la modalité superficière	104
1.5 Qualités de la renonciation au bénéfice de l'accession – prescription acquisitive en cas de vice de titre	105
2. COPROPRIÉTÉ DIVISE.	106
2.1 Les restrictions autorisées vs les Chartes	106
2.2 L'identification du promoteur	108
3. COPROPRIÉTÉ PAR INDIVISION	109
3.1 Protection du droit de propriété de l'indivisaire	109

* En raison de leur intérêt, trois arrêts de la Cour d'appel rendus en 2003 sont également inclus.

** LL.D., notaire à Québec.

3.2	L'indemnité du 2 ^e alinéa de l'article 1016 C.c.Q.	110
3.3	Passage mitoyen	111
4.	USAGE – HABITATION	112
4.1	Louage ou démembrement de la propriété	112
4.2	Le droit d'usage-habitation envisagé comme une sûreté	113
5.	EMPHYTÉOSE	115
5.1	Résiliation de contrat	115
5.2	Éviction du locataire	116
5.3	Méconnaissance de la propriété superficière de l'emphytéote	117
6.	SERVITUDES	119
6.1	Aspect et prospect.	119
6.2	Droit de voie et de passage	119
6.3	Déplacement d'assiette	120

1. PROPRIÉTÉ SUPERFICIAIRE

1.1 Opposabilité du titre de propriété

Tous les arrêts commentés sous la rubrique « propriété superficière » présentent un intérêt particulier dont l'importance est toutefois variable suivant la portée de la décision rendue sur le point débattu. Tel est le cas, en importance, de l'affaire *Les développements de demain inc. c. Le procureur général du Québec et al.*¹ qui réitère et confirme l'opinion, exprimée plus d'une fois en Cour supérieure², selon laquelle la propriété superficière résultant d'une renonciation *tacite* au bénéfice de l'accession n'aurait guère besoin d'être publiée pour être opposable aux tiers.

La Cour d'appel décerne un *satisfecit* sans réserve au juge Paul Vézina qui, en première instance³, s'est appuyé sur le « raisonnement » du juge M. Jacques dans l'arrêt *Boily c. Tremblay*⁴ datant de 1976.

Dans le texte de cet arrêt de 1976, le savant magistrat *a d'abord commencé* par établir une équivalence parfaite entre « Le droit de superficie créé par suite d'une autorisation tacite » et la « situation de fait [...] qui résulte de la possession qui mène à la prescription acquisitive » et qui confère un titre « *erga omnes* » sans enregistrement »⁵. Citant *ensuite* l'ancien article 2098 C.c.B.C., il *a ajouté et conclu* que :

L'enregistrement d'un droit réel n'est requis que s'il s'agit d'un titre cédé expressément, e.g. vente, ou lorsque la loi elle-même le décrète, e.g. transmission '*ab intestat*', hypothèque judiciaire, et non d'un titre *qui dépend de faits préexistants qui ont donné naissance au droit* et qui doivent être déclarés tels par le tribunal, comme dans le cas de la prescription acquisitive.⁶

1. C.A. Québec, n° 200-09-003363-013, 6 mars 2003, en appel d'une décision de la Cour supérieure publiée à [2001] R.D.I. 436 (C.S.).

2. *Blanchet c. Claude*, [1994] R.D.I. 697 (C.S.) ; *Les Placements Bernard Fradet Inc. c. Banque Nationale du Canada et al.*, [1998] R.D.I. 619 (C.S.) ; *contra* : *Léveillé c. Caisse populaire Desjardins de Ste-Anne-Des-Plaines*, [1994] R.D.I. 255 (C.S.).

3. [2001] R.D.I. 436 (C.S.).

4. [1976] C.S. 1774 (rés.).

5. Page 15 du texte intégral du jugement.

6. Page 16 du texte intégral du jugement. (Nos italiques).

Toute déférence due, le fameux « raisonnement » du juge Jacques est aussi fallacieux que dépassé. Et les doctes juristes formant le banc en appel auraient normalement dû s'en apercevoir. Pourquoi ? *Parce que* le nouveau Code contient, au premier alinéa de l'article 2938 C.c.Q.⁷, une disposition à portée générale sans pareille au *Code civil du Bas-Canada*. *Parce que* le législateur québécois ne prévoit aucune exception à la règle du premier alinéa de l'article 2938 C.c.Q. en fonction d'une propriété superficielle résultant d'une renonciation tacite plutôt qu'expresse au bénéfice de l'accession. *Parce que* le texte des articles 2943.1, 1^{er} alinéa⁸ et 2948, 1^{er} alinéa⁹ C.c.Q. confirme la règle de principe du premier alinéa de l'article 2938 C.c.Q. tout en excluant l'hypothèse d'une dérogation à l'obligation de publier le titre du propriétaire superficielle pour donner effet aux droits réels qu'il consent. *Parce qu'en* vertu du premier alinéa de l'article 2918 C.c.Q., « la possession qui mène à la prescription acquisitive » ne procure plus automatiquement, comme sous l'ancien Code, un titre de propriété¹⁰. *Enfin et surtout parce que la propriété superficielle résulte non pas d'un fait*¹¹, *mais bien*, comme le dispose on ne peut plus clairement l'article 1110 C.c.Q., *d'un acte juridique*¹² sous forme de « division de l'objet du droit de propriété portant sur un immeuble », de « cession du droit d'accession » ou de « renonciation au bénéfice de l'accession ».

Plutôt que de supputer sur les raisons avouables ou inavouables de tant de carences au chapitre d'une expertise dont la Cour d'appel est tenue de faire preuve, nous nous contentons d'exprimer

-
7. « Sont soumises à la publicité, l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier », 2938, 1^{er} al. C.c.Q.
 8. « L'inscription sur le registre foncier d'un droit réel établi par une convention ou d'une convention afférente à un droit réel ne prend effet qu'à compter de l'inscription du titre du constituant ou du dernier titulaire du droit visé », 2943.1, 1^{er} al. C.c.Q.
 9. « L'hypothèque immobilière ne prend rang qu'à compter de l'inscription du titre du constituant, mais après l'hypothèque du vendeur créée dans l'acte d'acquisition du constituant », 2948, 1^{er} al. C.c.Q.
 10. Art. 2918, 1^{er} al. C.c.Q. Voir aussi : François BROCHU, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière », (2003) 105 R. du N. 735, 754-755.
 11. Fait juridique : événement quelconque auquel la loi attache des effets de droit. (Ex. : art. 921 et 930 C.c.Q. pour la possession pouvant fonder l'acquisition du droit par prescription).
 12. Acte juridique : manifestation d'une ou plusieurs volontés destinée à produire un effet juridique. (Ex. : art. 1433 C.c.Q. ; tous les actes en vertu de l'article 1110 C.c.Q. qui donnent naissance à la propriété superficielle.)

notre profonde déception, d'espérer la fin prochaine d'un système où la répétition du faux finit par donner l'apparence du vrai et, finalement, de préciser le domaine d'application restreint (si application il doit y avoir) de la décision de la Cour d'appel, savoir : le cas d'une renonciation *tacite* au bénéfice de l'accession découlant des paroles et gestes du tréfoncier *en l'absence d'entente* écrite sur l'usage du tréfonds *ou postérieurement à telle entente* lorsqu'elle existe. *Punto e basta.*

1.2 Sempiternelle difficulté de qualification

Toute science a son vocabulaire propre. Le droit ne fait pas exception à la règle. Sans le choix des mots et des expressions suivant leur sens consacré, il est difficile d'obtenir une rédaction d'acte qui traduit parfaitement la volonté des parties, difficile d'entretenir un discours dont la cohérence assure le bien-fondé de l'avis donné ou du jugement rendu. Aussi, sommes-nous toujours un peu interloqué de découvrir comment une expression, « le droit de superficie » qui n'a aucune connotation légale au Code civil et qui n'a fait l'objet de la moindre observation dans les *Commentaires du ministre de la Justice*¹³, persiste à être employée par les tribunaux plus souvent qu'autrement comme synonyme de propriété superficière.

Bien que le recours à l'expression incorrecte ne traduise pas dans ce cas une confusion sur le plan sémantique et qu'il puisse dès lors s'agir d'un simple *lapsus calami*, mentionnons, à titre d'exemple, l'arrêt *Placements André Turgeon Inc. c. Ville de Longueuil et al.*¹⁴. Beaucoup plus grave cette fois parce que le texte du jugement demeure flou sur l'emploi des mots « droit de superficie » en référence à la modalité de la propriété ou à un démembrement d'icelui, citons également l'arrêt *Perreault c. Dravigné*¹⁵.

1.3 L'objet de la propriété superficière

À la liste déjà longue des « ouvrages » susceptibles, selon l'article 1011 C.c.Q., d'être objet de propriété superficière, l'arrêt *Domaine de*

13. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 591-593 et 656-660. Ci-après cité : *Commentaires du ministre de la Justice*.

14. [2003] R.J.Q. 774 (C.A.). En appel. Dans le même sens, voir : *Domaine de l'Anse de Val-Jalbert Inc. c. Morin et al.*, [2003] R.D.I. 711 (C.A.).

15. [2004] R.D.I. 706 (C.S.). Voir *infra* dans la sous-rubrique sur « L'objet de la propriété superficière ».

*l'Anse de Val-Jalbert Inc. c. Morin et al.*¹⁶ ajoute l'exemple du barrage érigé sur le lit d'une rivière faisant partie du domaine public « en vue de créer une réserve d'eau pour fins d'aqueduc ». L'arrêt *Placements André Turgeon Inc. c. Ville de Longueuil et al.*¹⁷ reconnaît au même titre qu'un quai en pierres réalisé sur des lots de grève et en eau profonde dans le lit du fleuve Saint-Laurent pour l'exploitation d'un traversier peut être tenu en propriété superficière. Dans l'un et l'autre cas, et nous y reviendrons plus tard, la modalité de propriété superficière avait toutefois pris fin.

Le statut de *l'eau courante* comme bien commun a été reconnu par décision de la Cour d'appel du Québec en 1998¹⁸. Au résultat, cette eau ne peut être objet d'une propriété superficière, ne peut être détachée de la propriété du fonds sur lequel elle coule parce qu'elle ne fait pas partie dudit fonds. Dans l'ignorance totale de cette décision, la Cour supérieure, dans l'affaire *Perreault c. Dravigné*¹⁹, a accepté de considérer l'existence probable d'un « droit de superficie », acquis par prescription trentenaire, sur la baie d'une rivière non navigable ni flottable. N'eût été d'une possession jugée équivoque, le savant magistrat aurait sans doute acquiescé à la reconnaissance dudit droit, perçu vraisemblablement comme une forme de propriété, mais qu'une observation donnée en début de jugement permet aussi d'approcher d'un droit d'usage réel²⁰ (ce qui est tout aussi inacceptable considérant le statut de l'eau courante). Notre étonnement dans cette affaire est d'autant plus grand que le texte de l'article 1011 C.c.Q. n'a jamais été pris en compte par le tribunal, alors que la disposition énumère ce qui, *a priori*, peut être objet de propriété superficière.

La Cour d'appel du Québec a jugé, en 1995, que la cession de « tous les droits, titres et intérêts qu'(x) a ou peut avoir dans tous les bancs de gravier ou de sable qui existent ou peuvent exister sur l'immeuble »²¹ n'emportait pas établissement de propriété superficière parce que l'objet du contrat n'était pas un *volume* déterminé en profondeur, largeur et longueur. La Cour d'appel venait ainsi de tracer, par raisonnement *a contrario*, les paramètres de la constitution d'une propriété superficière par division de l'objet du droit de

16. [2003] R.D.I. 711 (C.A.).

17. [2003] R.J.Q. 774 (C.A.).

18. [1998] R.J.Q. 2362 (C.A.).

19. [2004] R.D.I. 706 (C.S.).

20. [2004] R.D.I. 706, 707 (C.S.).

21. *Maurice c. Morin et al.*, [1995] R.D.I. 10 (C.A.).

propriété portant sur un fonds nu ou, du moins, sans égard aux constructions, ouvrages ou plantations pouvant s'y trouver en surface²². Cela étant, il y avait tout lieu de croire qu'un banc de sable ou de gravier serait un jour reconnu comme objet de propriété superficière s'il était présenté et décrit sous forme de volume dans une transaction. C'était trop espérer ! En présence d'un contrat répondant précisément à cette exigence de base, la Cour supérieure, appelée à trancher une querelle entre vendeur et acquéreur au sujet du couvert végétal, notamment le bois, au-dessus du banc de sable et de gravier vendu, a conclu 1) que l'objet principal du contrat « est l'exploitation complète du banc de sable et de gravier », 2) qu'il n'y a pas de « véritable vente d'une partie du fonds de terre » et, partant, 3) « que le couvert végétal incluant le bois demeurerait la propriété du père du demandeur »²³. Les termes du contrat étaient pourtant les suivants : Le vendeur vend à l'acquéreur l'immeuble dont la désignation suit :

Désignation

Un banc de sable et gravier faisant partie du lot de terre numéro [...] compris dans les bornes suivantes [...] pouvant mesurer ledit banc de sable et gravier toute la largeur du lot, par environ, plus ou moins, cinq cent pieds (500') de profondeur.

La ligne sud-est du banc de sable et gravier est située à environ huit à dix arpents au nord du chemin du dixième rang, comprenant droit de passage pour communiquer du chemin du dixième rang audit banc de sable et gravier.²⁴

Manifestement, le tribunal ne sait même pas que l'arrêt *Morin* existe et a déjà été commenté²⁵. Pis, et cela est dit avec autant d'égards que de regrets, l'idée même d'une superposition stable et durable d'immeubles appartenant à des propriétaires différents, *i.e.* la réalité d'une propriété superficière, paraît échapper totalement au magistrat. En effet, nul n'ayant déjà parcouru les articles 1011, 1110 à 1118 C.c.Q. ainsi que les textes du droit positif s'y rapportant

22. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 656, sous l'article 1110 C.c.Q. : « Ainsi le propriétaire d'un terrain bâti peut vendre le bâtiment, soit le fonds de terre, soit un volume donné dans le tréfonds ; l'objet original de la propriété est dès lors divisé de manière permanente et le droit des deux propriétaires s'exerce par la suite sur des objets situés sur des plans différents. ». (Note italique)

23. *Richard c. R. Paré Excavation Inc.*, [2004] R.D.I. 670 (C.S.).

24. *Ibid.*, p. 671, par. 4, tel que cité par le tribunal (C.S.).

25. François FRENETTE, *La propriété superposée*, dans *Développements récents en droit immobilier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 145, 149-150.

n'aurait pu soutenir, comme en l'espèce, que « S'il s'était agi d'une véritable vente d'une partie du fonds de terre, il aurait suffi de le dire sans qu'il soit nécessaire de mentionner le banc de gravier »²⁶. Bref, la propriété superficière résultant « de la division de l'objet du droit de propriété sur un immeuble » : connaît pas !

1.4 Pérennité du droit de propriété et temporalité de la modalité superficière

La Cour d'appel du Québec a rappelé et confirmé à deux reprises la distinction fondamentale entre la perpétuité du droit de propriété et la temporalité possible de la modalité de propriété superficière²⁷. Dans un des cas, la modalité a pris fin par l'arrivée du terme lié à la renonciation tacite au bénéfice de l'accession et à la durée du bail pour l'usage du lit d'une rivière faisant partie du domaine public²⁸, dans l'autre cas par l'arrivée d'une condition résolutoire associée à la renonciation tacite au bénéfice de l'accession et à l'occupation de lots de grève et en eau profonde dans le fleuve Saint-Laurent²⁹. L'extinction de la *modalité* de propriété superficière ayant profité dans les deux cas à la Couronne, la prescription acquisitive de ce qui était autrefois soit la propriété d'un barrage, soit celle d'un quai en pierres devenait impossible.

Autant la distinction fondamentale rappelée et confirmée par la Cour d'appel se perçoit avec une relative facilité quand la propriété superficière résulte d'une technique à effet limité dans le temps, comme la renonciation tacite au bénéfice de l'accession et la cession du droit d'accession, autant elle risque d'échapper à la vigilance du praticien quand la modalité procède de la division de l'objet du droit de propriété portant sur un immeuble. La lecture d'un acte publié il y a quelques mois à peine révèle en effet, pour ce qui a trait à un immeuble sis à l'ombre des plus grandes tours de la métropole, qu'un *terme extinctif* a été apposé à la propriété superficière établie par le biais de ce dernier moyen (division de l'objet du droit). La perpétuité étant de *l'essence* du droit de propriété, il suit que l'acte en question n'a pas, en raison du terme fixé, donné naissance à une propriété superficière.

26. *Richard c. R. Paré Excavation Inc.*, [2004] R.D.I. 670, 674, par. 29.

27. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 656, sous l'article 1113 C.c.Q. : « Cet article confirme que la propriété superficière participe de la perpétuité du droit de propriété, *mais que cette modalité* ou manière d'être particulière du droit en matière immobilière, et non la propriété elle-même, *pourrait avoir été établie pour un temps.* ». (Nos italiques)

28. [2003] R.D.I. 711 (C.A.).

29. [2003] R.J.Q. 774 (C.A.).

1.5 Qualités de la renonciation au bénéfice de l'accession – prescription acquisitive en cas de vice de titre

L'affaire *Deschênes c. Boissonneault et al.*³⁰ est une triste histoire où les parties sont renvoyées dos à dos au terme d'un débat judiciaire drôlement mené. La propriété superficière est au cœur de ce débat même s'il y est également question de copropriété par indivision, comme nous aurons l'occasion de le constater un peu plus tard.

Se croyant propriétaire d'un chalet construit par son père sur le terrain loué d'un tiers et avec le consentement exprès de ce dernier, N. Deschênes réclame de I. Boissonneault, qui a demandé la résiliation du bail du terrain, le paiement de la valeur dudit chalet. Les articles 1116 à 1118 C.c.Q. sont à la base de sa réclamation.

Il est en preuve, faut-il dire, que le chalet en question n'a pas été construit sur le lot du propriétaire qui avait acquiescé à son érection et touché loyer pendant un temps. Aussi, le tribunal veut-il avoir la certitude, avant de consentir à l'application des articles 1116 à 1118 C.c.Q., d'être en présence d'un cas de propriété superficière. Citant l'article 1110 C.c.Q. et des extraits de certains de nos propos sur la disposition, le juge conclut à l'absence de propriété superficière en l'espèce, d'une part, parce que la renonciation (tacite) au bénéfice de l'accession n'avait *pas été consentie par le propriétaire* du lot servant d'assise au chalet et, d'autre part, parce que la *convention à cet effet* entre le propriétaire apparent et la personne ayant construit ledit chalet n'était *pas opposable au véritable propriétaire* du lot sur lequel ledit chalet est érigé.

Le juge Guertin a parfaitement raison d'affirmer que la renonciation tacite au bénéfice de l'accession doit émaner et ne peut émaner que du propriétaire de l'immeuble sur lequel des constructions, ouvrages ou plantations sont appelés à voir le jour. Il est non moins vrai que la renonciation tacite au bénéfice de l'accession est, contrairement à la cession du droit d'accession, afférente à un droit personnel et, partant, qu'elle n'est pas opposable aux tiers et à un nouveau propriétaire du tréfonds sans recours préalable aux mécanismes appropriés à cet effet³¹.

30. [2004] R.D.I. 68 (C.S.).

31. François FRENETTE, « Bilan décennal de la réforme du droit des biens », (2003) 105 R. du N. 307, 349-352.

Là où le bât blesse un tant soit peu cependant, c'est que le vice de titre de la demanderesse Deschênes n'excluait pas pour autant une possession paisible, continue, publique et non équivoque de plus de trente ans du fameux chalet, et ce à titre de propriétaire. Le tribunal n'est pas en faute pour autant car il ne pouvait « suppléer d'office le moyen résultant de la prescription »³². C'est au procureur de la demanderesse Deschênes qu'il incombait d'invoquer la prescription.

2. COPROPRIÉTÉ DIVISE

2.1 Les restrictions autorisées vs les Chartes

En abordant le domaine de la copropriété divise, il est évidemment impossible de faire abstraction de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Syndicat Northcrest et al. c. Amselem et al.*³³, décision qui peut surprendre, voire choquer, mais qui n'ébranle pas vraiment les piliers du temple en matière de copropriété divise. En effet, les répercussions de la décision se feront sentir non pas tellement sur le plan du droit en ce qui a trait au contenu de la déclaration de copropriété, mais surtout, à notre humble avis, sur le comportement des propriétaires et occupants vivant dans ce microcosme de la société qu'est souvent l'immeuble tenu en copropriété divise. Aussi, est-ce au chapitre du conseil juridique plutôt que de la rédaction d'acte que le rôle du notaire sera accru.

Le conflit met en présence un syndicat de copropriété et des copropriétaires de confession juive qui, à l'occasion de la fête de la Souccoth, ont aménagé sur leurs balcons, qui sont des parties communes à usage restreint, une souccah servant d'habitation temporaire pendant la célébration de cette fête religieuse. Le syndicat de la copropriété a exigé et obtenu par voie d'injonction le démantèlement des souccahs érigées en contravention aux dispositions expresses de la déclaration de copropriété interdisant, pour des raisons de sécurité et d'harmonie architecturale, toute construction quelconque sur les balcons³⁴. D'appel³⁵ en appel, le débat s'est transporté jusqu'en Cour suprême qui, par décision de 5 contre 4, a tranché en faveur des copropriétaires au motif que les restrictions

32. Art. 2878 C.c.Q. et Pierre MARTINEAU, *La prescription*, Montréal, P.U.M., 1977, n° 229.

33. [2004] 2 R.C.S. 551.

34. *Syndicat Northcrest et al. c. Amselem et al.*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.).

35. *Amselem et al. c. Syndicat Northcrest et al.*, [2002] R.J.Q. 906 (C.A.).

imposées par la déclaration de copropriété portaient atteinte à leur liberté de religion garantie par la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁶ et la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁷.

Nous ne referons pas le parcours qui a conduit les parties de la Cour supérieure à la Cour suprême. Nous ne passerons pas en revue les arguments invoqués de part et d'autre par les parties et leurs procureurs pour asseoir leur position respective. Nous ne reprendrons pas les propos exprimés par les juges à toutes les étapes du procès. Tout cela nous paraît bien inutile puisque ce n'est point de droit civil qu'il a été tellement question, mais bien de droits et libertés selon les Chartes, sujet sur lequel nous ne nous reconnaissons aucune compétence. Tout ce qui a pu être dit avec à-propos concernant les articles pertinents du Code civil a été subordonné au libre exercice de la religion en vertu des Chartes.

Que dire alors ? Uniquement ceci. *Primo*, les déclarations de copropriété doivent continuer d'être rédigées comme auparavant parce que la Cour suprême du Canada n'a ni traité l'article 1056 C.c.Q. comme une disposition portant en soi atteinte aux droits et libertés fondamentaux d'un copropriétaire, ni prononcé l'invalidité des restrictions relatives aux balcons de Place Northcrest sur lesquels il y a eu érection de souccahs. Une conduite conforme aux restrictions légalement posées ne pourra cependant être exigée avec une rigueur qui compromettrait la liberté de religion d'un copropriétaire. Telle est la *ratio decidendi* de l'arrêt. *Secundo*, le praticien a désormais pour tâche d'informer tout acquéreur éventuel d'une unité d'habitation dans un immeuble tenu en copropriété divise que les *restrictions* aux droits des copropriétaires formulées conformément à la règle de l'article 1056 C.c.Q. sont empreintes d'une *force et efficacité toutes relatives*. Cette information s'ajoutera à celle qu'il doit également véhiculer au sujet de la destination de l'immeuble fixée noir sur blanc à l'acte constitutif de la déclaration de copropriété et qui, selon une « notion élargie » de l'affectation retenue pour l'heure l'attention du droit positif, peut plutôt signifier la perception de cette destination par un copropriétaire à la lumière de facteurs exogènes à la déclaration de copropriété³⁸. Tous ceux qui

36. L.R.Q., c. C-12.

37. L.R.C. (1985), App. 11, n° 44.

38. *Kilzi c. Syndicat des copropriétaires du 10400 boulevard l'Acadie*, [2001] R.J.Q. 2401 (C.A.). Voir aussi sur la question : Christine GAGNON, *La copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, nos 150 et s. et François FRENETTE, « La triple destination requise dans la copropriété divise d'un immeuble », (2000) 102 R. du N. 139 et s.

bénéficieront de son précieux conseil seront ainsi rassurés de savoir que les règles de la copropriété divise s'inscrivent de plus en plus dans le cadre d'une société sans paramètres fixes connus d'avance. *Tertio*, les propos aussi mesurés que pertinents des juges Bastarache et Binnie en Cour suprême et des juges Dalphond et Morin en Cour d'appel devraient tout naturellement migrer vers une opinion recueillant un jour une majorité des suffrages parce que les voies du *judge made law* ne sont pas impénétrables au cheminement toujours lent mais néanmoins certain de la raison.

2.2 L'identification du promoteur

La personne du promoteur n'avait guère retenu l'attention du législateur lors de l'introduction au *Code civil du Bas-Canada*, en 1969, des articles 441*b* à 442*q* C.c.B.C.³⁹ sur la copropriété des immeubles établie par déclaration. C'est que nul ne savait à cette époque le rôle qu'allait jouer ce personnage, du moins un grand nombre d'entre eux, dans l'évolution et la popularisation de ce modèle d'accession à la propriété. Une succession de cas d'abus de pouvoir de la part du personnage est à l'origine du moratoire de 1975 à 1988 sur la conversion des immeubles en copropriété et, finalement, à l'introduction, lors de la re-codification de 1994, de mesures l'obligeant, d'une part, à donner l'heure juste aux promettants-acquéreurs dans les projets d'habitation en copropriété⁴⁰ et, d'autre part, à relâcher son emprise sur l'administration des affaires de la copropriété et sur les décisions de l'assemblée des copropriétaires⁴¹. Depuis lors, l'article 1093 C.c.Q. définissant le promoteur n'a attiré ni commentaires ni débats. L'arrêt *Nathan et al. c. Syndicat de la copropriété Villas de Castel Inc. et al.*⁴² vient rompre le silence.

Dans cette affaire, deux copropriétaires détenant 23,01 %, des voix cherchent à obtenir l'annulation d'une résolution adoptée en assemblée par les trois autres copropriétaires détenant 76,99 %, des voix. Les demandeurs allèguent que Les Entreprises Landco Inc. (Landco), un des copropriétaires composant la majorité lors de la prise de décision, était un promoteur au même titre que Les Placements S.P. Canada Inc. (Les Placements SP). Partant, les 11,505 voix de Landco

39. En fait, l'article 442*q* n'a été ajouté au Code qu'en 1988 (L.Q. 1988, c. 16, art. 5).

40. Art. 1785-1794 C.c.Q.

41. Art. 1091-1093, 1099 et 1104-1107 C.c.Q.

42. [2004] R.D.I. 111 (C.S.). En appel.

n'auraient pas dû être comptabilisées séparément de celles de Les Placements SP et la double majorité requise en l'espèce par l'article 1097 C.c.Q. n'aurait pas été atteinte.

Il est vrai que Landco avait construit et mis en vente des unités privatives et que ces agissements, dit le tribunal, « peuvent s'apparenter à ceux d'un promoteur dans le *sens courant du terme* »⁴³. Il n'est pas pour autant possible de déduire, poursuit le tribunal, « que ces agissements étaient ceux d'un « promoteur » au sens des articles 1092 et 1093 C.c.Q. »⁴⁴, savoir plus précisément, selon la définition donnée par le législateur lui-même à l'article 1093 C.c.Q., « celui qui, au moment de l'inscription de la déclaration de copropriété est propriétaire d'au moins la moitié de l'ensemble des fractions ou ses ayants cause ». Or, en 1999, lors de l'inscription de la déclaration, le promoteur au sens de l'article 1093 C.c.Q. était Les Placements SP et non pas Landco. L'action en annulation de résolution a donc été rejetée.

En somme, la règle énoncée à l'article 1093 C.c.Q., qualifiée de mathématique il y a peu de temps⁴⁵, a pour seul but de *faciliter l'identification* de la personne dont l'autorité, si elle n'est pas graduellement courbée, risque d'être préjudiciable aux copropriétaires-occupants composant la minorité.

3. COPROPRIÉTÉ PAR INDIVISION

3.1 Protection du droit de propriété de l'indivisaire

Le moment est venu de nous attarder à nouveau sur certains propos du juge Laurent Guertin dans l'affaire *Deschênes c. Boissonneault*⁴⁶ déjà commentée au chapitre de la propriété superficière⁴⁷.

Le chalet que la demanderesse Deschênes considérait comme sa propriété et dont elle réclamait le paiement de la valeur en application

43. *Supra*, note 42, p. 113, par. 27. (Notre italique)

44. *Ibid.*

45. Yves JOLI-CŒUR et Pierre-G. CHAMPAGNE, « Le promoteur, la perte de contrôle et l'interprétation des articles 1092 et 1093 C.c.Q. », dans *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 61, 66.

46. [2004] R.D.I. 68 (C.S.).

47. Voir *supra* à la sous-rubrique « Qualités de la renonciation au bénéfice de l'accession [...] ».

des articles 1116 à 1118 C.c.Q., était construit sur le lot 58 appartenant, dans la proportion de 1/7, au défendeur Boissonneault. En demande reconventionnelle, ce dernier a sollicité la résiliation du bail et exigé l'enlèvement du chalet. Nonobstant le fait que M^{me} Deschênes versait un loyer annuel à M. Boissonneault, le tribunal a refusé de se prononcer sur la résiliation du bail au motif de l'absence de preuve démontrant clairement l'existence d'un contrat de louage entre *tous* les propriétaires du lot 58 et M^{me} Deschênes⁴⁸. C'était peut-être *oublier*, nous semble-t-il, le 2^e alinéa de l'article 1853 C.c.Q. Le tribunal a par ailleurs refusé d'ordonner l'enlèvement du chalet au motif que M. Boissonneault, comme indivisaire, n'avait pas l'administration expresse ou tacite du lot 58 et qu'aucune décision n'avait été prise à la majorité des indivisaires, en nombre et en part, au sujet de l'enlèvement dudit chalet sur le lot⁴⁹. Cette fois, nous avons le sentiment que le juge Guertin manque un peu de cohérence. Le refus, en bout de ligne, de reconnaître la propriété superficière du chalet aussi bien que la location du fonds sur lequel le chalet reposait, ne peut avoir pour résultat de priver un propriétaire, fût-il indivisaire, d'exercer, seul ou avec d'autre, un recours en vertu de 953 C.c.Q. Ce recours n'est pas afférent au *bien tenu en indivision*. Il a trait au respect et à la sauvegarde du *droit de propriété*⁵⁰, même sous forme de modalité, et à ce titre ne peut être restreint par les règles touchant à l'administration du bien (art. 1025-1028 C.c.Q.).

3.2 L'indemnité du 2^e alinéa de l'article 1016 C.c.Q.

C'est en 1994 seulement que le législateur a introduit au Code civil un train de mesures visant à reconnaître dans la copropriété par indivision autre chose qu'un état transitoire dont il fallait, comme on le croyait antérieurement, encourager la disparition. Il était difficile d'imaginer à ce moment que, parmi ces mesures, le 2^e alinéa de l'article 1016 C.c.Q. ne servirait pas de simple complément à l'attribution de l'usage et de la jouissance exclusive du bien prévue à la convention d'indivision⁵¹. Le temps a toutefois démontré que la disposition du Code⁵² sert surtout aux conjoints de droit et de

48. *Supra*, note 46, p. 75, par. 54.

49. *Supra*, note 46, p. 74, par. 48-51.

50. Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n^o 350.

51. Il faut lire l'article 1016(2) en conjonction avec l'article 1014 C.c.Q.

52. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 597, sous l'article 1016 C.c.Q. : « Cette règle devrait s'appliquer notamment dans le cas d'indivision par succession, où il arrive qu'un seul indivisaire jouisse du bien indivis. ».

fait, pour qui l'indemnité est devenue un élément comptable de la procédure en partage initiée lors de ou postérieurement à un divorce, une séparation de corps ou une rupture.

Ce à quoi correspond dans ces cas l'indemnité prévue au 2^e alinéa de l'article 1016 C.c.Q. n'est pas encore bien arrêté, à tout le moins selon certains des arrêts rendus en 2004. Il ne s'agit pas d'un loyer suivant la juge J.M. Rousseau dans *Brown c. Chabot-Dumas*⁵³, et en cela elle rejoint le point de vue des auteurs en doctrine⁵⁴. Suivant la même juge, l'indemnité vise plutôt « à remplacer la *perte subie* par celui qui n'a pas eu l'usage de la copropriété », ce qui nous paraît fort juste. Encore faut-il, ajoute-t-elle, que cette perte découle d'arrangements entre copropriétaires indivis et non pas uniquement de la fin de la relation de couple qui, en soi, rend la cohabitation entre indivisaires difficile, voire impossible. Bref, l'indivisaire ne tenant pas feu et lieu n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il n'a pas requis une indemnité ou convenu de son montant avant de provoquer ou de subir un partage des années plus tard. Tel n'est pas l'avis du juge W.C. Décarie dans l'affaire *J. c. D.*⁵⁵ pour qui la *perte subie* équivaut à la moitié de la valeur locative du bien indivis (maison) pendant tout le temps où l'ancien conjoint en a eu l'usage et la jouissance exclusive sans être lié par la convention sur mesure accessoire. La décision du juge Décarie étant fondée sur l'équité par suite d'une erreur d'appréciation d'une règle de droit⁵⁶, il nous semble préférable de suivre le raisonnement de la juge J.M. Rousseau.

3.3 Passage mitoyen

Le tribunal n'est pas parvenu à démontrer, dans le respect des règles afférentes à l'acquisition de la propriété, que le passage chevauchant la ligne de division séparant deux immeubles appartenait

53. C.S. Montréal, n° 500-05-068418-019, 29 juillet 2004, J.E. 2004-1667.

54. P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 526 ; François FRENETTE, « La copropriété par indivision : souplesse et déficience de la réglementation d'un état désormais durable », (1998) *R. du B. can.* 428, 439.

55. [2004] R.D.I. 401, 404 (C.S.).

56. L'ex-conjointe qui avait eu l'usage et la jouissance exclusive de la maison pendant 15 ans réclamait, à l'occasion du partage, le remboursement de la moitié de tous les frais (taxes, assurances, entretien) payés pendant toute cette période. Le juge trouve cette demande fondée mais la compense avec la fameuse indemnité. En réalité, ces frais sont acquittés à même les revenus parce qu'ils sont liés à la jouissance d'un bien (ex. : art. 1154 C.c.Q.). Donc, pas de jouissance, pas de compensation.

en copropriété par indivision aux deux voisins et était donc, selon l'expression employée par juge et parties dans l'affaire *Lachance c. Savard*⁵⁷, un passage mitoyen. Si la démonstration avait été à la fois possible et bien faite cependant, il ne suit pas que l'existence d'une mitoyenneté sur un passage (chemin) au même titre que sur une clôture, un mur ou un fossé obligeait, comme le juge l'a fait, de référer à la notion d'affectation du bien à un but durable prévue à l'article 1030 C.c.Q. pour rejeter une demande de partage. En effet, le partage ne peut jamais être provoqué en matière *d'indivision forcée*⁵⁸ et dont la mitoyenneté est la parfaite illustration.

4. USAGE – HABITATION

4.1 Louage ou démembrement de la propriété

L'arrêt *Sylvestre c. Laquerre*⁵⁹ tranche une question qui revient de temps à autre devant les tribunaux, savoir : celle du rattachement de la jouissance d'un bien, notamment un logement, au droit d'usage gouverné par les articles 1172 et suivants du Code civil ou encore au droit de location régi par les articles 1851 et suivants du même Code, lesquels comprennent des dispositions particulières au bail d'un logement. La distinction entre les deux formes de jouissance, et qui est essentiellement celle entre un droit réel et un droit personnel, avait son importance en l'espèce parce qu'elle décidait qui de la Cour du Québec ou de la Régie du logement avait compétence pour entendre le litige entre les parties.

La tâche du juge comme celle, bien souvent, du praticien ne consiste pas à différencier l'usage du louage de façon purement abstraite. La doctrine s'est déjà acquittée de ce travail avec satisfaction⁶⁰. Les connaissances en la matière étant censément acquises, juges et praticiens doivent en arriver, au vu de la preuve admissible dans chaque cas et dans le respect des règles d'interprétation alors applicables, à un avis décisif sur la nature du droit de jouissance au logement suivant la commune intention des parties⁶¹.

57. C.S. Québec, n° 200-17-003166-030, 1^{er} novembre 2004, J.E. 2004-2196.

58. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 54, p. 519.

59. [2004] R.D.I. 747 (C.Q.).

60. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 54, p. 747-749 ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 205.

61. Art. 1425 C.c.Q.

Nonobstant l'absence d'entente écrite, le juge V. Buffoni, s'appuyant en grande partie sur une conduite des parties qui trahissait⁶² assez clairement la nature du lien qui les unissait, a conclu avec raison à l'existence d'un bail. Partant, a-t-il ajouté, le recours de la demanderesse relevait de la compétence exclusive de la Régie du logement⁶³.

Avant d'asseoir carrément sa décision sur l'interprétation que les parties avaient elles-même donnée à leur relation, le juge Buffoni avait brièvement considéré d'autres facteurs d'appréciation au sujet desquels il nous semble utile de dire un mot. Il fut question de la vétusté et de la rareté des droits d'usage et d'habitation, de l'établissement de ces droits à titre habituellement gratuit plutôt qu'à titre onéreux suivant l'exigence de l'article 1851 C.c.Q. pour le bail, de la survenance desdits droits dans le cadre de relations de famille plutôt que d'affaires et, enfin, de l'obligation de l'usager quant aux réparations d'entretien et à l'acquittement des charges par opposition au simple paiement du loyer par le locataire. Ce dernier critère n'a rien de très probant, selon nous, dans la mesure où la convention d'établissement d'un droit d'usage d'un logement à titre onéreux peut prévoir n'importe quelle formule de répartitions des obligations à cet égard. Quant au contexte et aux circonstances ayant été traditionnellement favorables à l'épanouissement du droit d'usage-habitation, il faut éviter, lorsqu'ils sont pris en compte, de leur donner un poids qui dénie à ce démembrement de la propriété toute capacité d'évolution et d'adaptation en fonction des besoins de notre temps.

4.2 Le droit d'usage-habitation envisagé comme une sûreté

La donation ou la vente d'un immeuble sous réserve d'un droit d'usage-habitation est fréquemment suivie dans le temps d'un abandon par le bénéficiaire de la réserve. La constitution de ce démembrement de la propriété dans le contexte d'une étroite parenté entre les parties explique pour beaucoup la survenance de pareil événement. Le père et/ou la mère ayant donné ou vendu à vil prix leur immeuble résiste(nt) mal aux pressions de leur(s) enfant(s) qui, se faisant l'écho d'un éventuel prêteur hypothécaire ou d'un promettant-acquéreur, sollicite(nt), voire exige(nt) l'abandon d'un droit perçu comme un obstacle à la transaction projetée.

62. *Supra*, note 59, p. 751.

63. *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1, art. 28(1).

L'affaire *Tardif c. Lavoie et al.*⁶⁴ met en lumière une situation du genre. En 1979 et pour un prix largement inférieur à la valeur marchande M^{me} L. Tardif vend à sa fille N. Lavoie un immeuble locatif de 15 logements et s'y réservant « sa vie durant, un droit d'habitation dans le logement qu'elle occupe actuellement, [...] sans avoir à défrayer le coût des réparations, des taxes ou autres charges »⁶⁵. Elle consent, dans le même acte, à ce que son droit d'habitation « soit subordonné à l'application de toute clause de garantie »⁶⁶ résultant d'un acte d'obligation hypothécaire signé 2 jours plus tôt par sa fille et dûment publié contre l'immeuble. En 1983 et pour faciliter l'obtention par sa fille d'un nouveau prêt hypothécaire, M^{me} Tardif renonce purement et simplement à son droit d'habitation par acte en bonne et due forme subséquemment publié. De 1983 à 2001 elle occupe néanmoins toujours son logement sans payer de loyer, mais en acquittant les frais de chauffage et d'électricité ainsi que les taxes de vidanges parce qu'elle avait « le cœur d'une mère »⁶⁷. À la suite de la vente de l'immeuble en 2001 et à la réclamation d'un loyer par le nouveau propriétaire, M^{me} Tardif poursuit sa fille en remboursement du loyer payé depuis ladite vente et en assumption de tout loyer et frais afférents à venir. Le tribunal, concluant que la renonciation de 1983 au droit d'habitation n'avait pas pour autant libéré M^{me} Lavoie de son obligation personnelle de loger gratuitement sa mère sa vie durant, donne satisfaction à cette dernière sur l'un et l'autre point.

Éminemment favorable à la protection des intérêts de personnes âgées qui font abandon d'un droit d'usage-habitation en vue de rendre service à leur progéniture, ce jugement d'équité aurait mérité une meilleure assise sur le plan du droit.

D'entrée de jeu, le juge Barakett a considéré et traité le droit d'habitation comme une « sûreté réelle »⁶⁸ coiffant en quelque sorte, et suivant son appréciation souveraine de la preuve testimoniale, un engagement verbal sous-jacent de M^{me} Lavoie à l'égard de sa mère « de lui payer le logement sa vie durant »⁶⁹. Aussi, le savant magistrat a-t-il analysé l'abandon de droit de 1983 en une renonciation uniquement à la « sûreté » représentée par le droit d'habitation⁷⁰, renonciation

64. [2004] R.D.I. 652 (C.S.).

65. *Supra*, note 64, p. 654, par. 18.

66. *Ibid.*

67. *Supra*, note 64, p. 657, par. 50.

68. *Ibid.*, p. 654, par. 21.

69. *Ibid.*, p. 657, par. 48.

70. *Ibid.*, p. 658, par. 56.

ayant laissé subsister l'obligation qui la sous-tendait et qui était « l'équivalent d'une rente viagère »⁷¹.

L'idée d'un droit d'usage-habitation-sûreté est étrangère à la tradition en la matière. Elle suppose une forme de conseil juridique et un style de rédaction à l'acte constitutif qui n'existaient pas en 1979 ou avant et qui n'existent pas davantage aujourd'hui. La façon habituelle de procéder était et est encore la suivante. *Ou* le nouveau propriétaire s'engage personnellement envers l'ancien à lui procurer gratuitement la jouissance d'un local d'habitation dans l'immeuble donné ou vendu et cet engagement est possiblement garanti par hypothèque. *Ou* le nouveau propriétaire laisse l'ancien jouir d'un local d'habitation dont ce dernier s'est réservé l'usage dans l'immeuble donné ou vendu, droit réel réservé automatiquement opposable aux tiers par sa publication et dont les modalités d'exercice pourraient avoir été garanties par hypothèque. En qualifiant le lien entre une mère et sa fille en fonction de ses convictions personnelles plutôt qu'en cherchant la commune intention des parties suivant les pistes indiquées à l'article 1426 C.c.Q., le savant magistrat n'a tout simplement pas saisi, à notre humble avis, que l'*abandon* du droit d'usage-habitation de M^{me} Tardif en 1983 en vue de favoriser l'octroi d'un prêt hypothécaire à sa fille avait été *consenti en échange de* l'engagement personnel de cette dernière de veiller à son hébergement gratuit tant qu'elle vivrait. L'occupation gratuite des lieux par M^{me} Tardif pendant 18 ans corrobore cette interprétation. Aussi, est-ce à ce titre que l'arrêt présente vraiment un intérêt pour tout notaire soucieux de bien inscrire un acte abandon du genre dans le cadre d'une *entente globale* entre les personnes concernées.

5. EMPHYTÉOSE

5.1 Résiliation de contrat

Les actes de cession en emphytéose comprennent plus souvent qu'autrement, pour ne pas dire toujours, des clauses de résiliation de contrat qui vont bien au-delà du défaut, prévu à l'article 1207 C.c.Q., d'acquitter pendant 3 années consécutives les versements correspondant à l'indemnité de cession. Suivant pareilles clauses, l'exercice du recours passe presque invariablement par le service d'un avis accordant à l'emphytéote un délai d'une durée variable pour qu'il remédie au défaut reproché. La stipulation d'une mesure de ce genre

71. *Ibid.*, par. 60.

ne prive toutefois pas automatiquement le propriétaire de la faculté de poursuivre l'emphytéote en résiliation de contrat sans lui avoir d'abord donné l'avis convenu. Encore faut-il, pour que ce dernier soit vraiment contraint d'expédier un avis préalable à l'emphytéote, avoir fait preuve de clarté et de précision dans la rédaction de la disposition de la convention à cet effet. Tel est l'enseignement de l'arrêt *Carente Inc. c. Le séjour Inc. et al.*⁷². Dans cette affaire, l'expédition d'un avis de défaut à l'emphytéote ne fut pas considérée par le tribunal comme une étape essentielle à la procédure de demande en résiliation, d'une part, parce que l'engagement du propriétaire sur ce point avait été pris « sans préjudice à ses autres droits et recours »⁷³ dont, notamment, « celui de pouvoir mettre fin au contrat dans les cas prévus par la loi »⁷⁴ et, d'autre part, parce que l'article 1204 C.c.Q. sur la résiliation judiciaire ne fait pas mention de la nécessité d'un avis à l'emphytéote dans les cas énumérés au 1^{er} alinéa de la disposition.

Si la décision fort bien rendue du tribunal nous éclaire sur un aspect particulier de l'article 1204 C.c.Q. tout en étant une invitation à la circonspection lors de la rédaction de tout acte, elle démontre également les méfaits du recours aux formules de style sans en avoir mesuré toute la portée.

5.2 Éviction du locataire

Les faits de l'affaire *Sauvé c. Société en commandite Ste-Catherine/Bleury*⁷⁵ se résument à peu de chose. En mai 2000, le propriétaire d'un immeuble le loue en partie, par bail commercial dûment publié, pour une durée de 5 ans renouvelable par deux fois pour le même terme. Peu de temps après, l'immeuble est cédé en emphytéose et, en mars 2003, l'emphytéote avise le locataire de son intention de mettre fin au bail commercial 12 mois plus tard afin de procéder à des travaux de démolition. Le locataire réclame alors la reconnaissance judiciaire de son droit au maintien dans les lieux jusqu'à la fin de la dernière période de renouvellement de son bail, et ce, en vertu de l'article 1887 C.c.Q.⁷⁶. Le tribunal saisi l'a débouté de sa demande. Pourquoi ? Pour la raison, simple et juste,

72. [2004] R.D.I. 686 (C.S.).

73. *Supra*, note 72, p. 687, par. 4.

74. *Ibid.*, p. 688, par. 10.

75. [2004] R.D.I. 723 (C.S.).

76. Art. 1887 C.c.Q. : « *L'acquéreur* ou celui qui bénéficie de l'extinction du titre peut résilier [...] ». (Notre italique)

que l'emphytéose n'emporte pas aliénation de propriété comme l'envisage et l'exige ledit article 1887 C.c.Q. L'emphytéose n'est qu'un démembrement de la propriété⁷⁷.

5.3 Méconnaissance de la propriété superficielle de l'emphytéote

Il y a des arrêts où le tribunal paraît, volontairement ou non, imperméable à une partie de la réalité juridique en cause. Cela tient beaucoup à la façon dont le problème est posé à l'origine et débattu en conséquence par la suite. L'affaire *Carrefour Repentigny Inc. c. Ville de Repentigny*⁷⁸ en est un bel exemple.

Carrefour Repentigny Inc. (Carrefour), qui est l'emphytéote d'un immeuble sis à Repentigny en vertu d'un acte constitutif à cet effet en date du 15 juillet 1986, se prévaut en 2001 d'une option d'achat comprise audit acte pour acquérir tous les droits du nu-propiétaire de l'immeuble. La transaction fait état d'un droit de mutation de 74 289 \$. La Ville de Repentigny (la Ville) réclame, quant à elle, un droit de mutation de 205 632 \$ qui prend en compte *non seulement* la valeur du terrain, *mais également* celle des améliorations de tout genre réalisées par l'emphytéote. Ayant payé sous protêt la note présentée par la Ville, Carrefour réclame subséquemment le remboursement d'une somme de 131 343 \$.

C'est sur le sens du mot « transfert » à l'article 1 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*⁷⁹ que se lie la contestation des parties dès le départ. Pour Carrefour, le mot ne comprend pas la cession du droit de propriété démembrée des prérogatives consenties à l'emphytéote parce que le législateur n'en a pas spécifiquement fait mention lors de l'amendement audit article en 2000 pour introduire les cas d'« établissement d'une emphytéose et la cession des droits de l'emphytéote »⁸⁰. La Ville rétorque que les mots « transfert du droit de propriété d'un bien »⁸¹ rendaient, lors de l'introduction dudit amendement, inutile et superflu tout ajout sur l'aliénation des droits du nu-propiétaire. Le tribunal tranche donc en faveur de la Ville. Pour le juge J. Guibault, « il n'y a eu aucun oubli de la part du législateur en l'an 2000 parce qu'en matière d'emphytéose le propriétaire du fonds conserve ses droits de pro-

77. Art. 1119 C.c.Q.

78. C.S. Joliette, n° 705-17-000682-037, 17 décembre 2004.

79. L.R.Q., c. D-15.1.

80. L.Q. 2000, c. 54, art. 33.

81. *Supra*, note 79, art. 1.

priété » nonobstant démembrement et que ce sont tels droits qui ont été cédés à Carrefour et pour lesquels il a eu, en raison de leur transfert, imposition d'un droit de mutation⁸².

Entièrement absorbé par la nécessité, d'une part, de démontrer que la nue-propriété ne constitue pas un démembrement d'elle-même et, d'autre part, de circonscrire la portée de l'amendement de l'an 2000⁸³ à l'article 1 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, le tribunal, à qui rien ne peut être reproché sur ces deux points, ne prend malheureusement pas conscience qu'il autorise, en rejetant avec dépens la requête de Carrefour, la perception d'un droit de mutation sur ce qui appartient déjà à cette dernière. N'est-il pas en effet acquis que l'emphytéote jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire⁸⁴, que ces droits incluent le droit d'accession⁸⁵, que ce dernier droit ne peut dès lors jouer contre l'emphytéote et, partant que l'emphytéote est propriétaire superficielle des améliorations qu'il a réalisées⁸⁶ ?

Peut-être que la décision du tribunal aurait été différente s'il avait pris connaissance de tous les tenants et aboutissants de l'affaire *HLP Société en commandite c. Ville de Beauport*⁸⁷, pourtant citée, qui est à l'origine du fameux amendement de l'an 2000 à l'article 1 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*⁸⁸.

82. *Supra*, note 78, par. 17 à 23.

83. *Supra*, note 80.

84. Art. 1200, 1^{er} al. C.c.Q.

85. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 704, sous l'article 1200 C.c.Q. : « Celui-ci a, à l'égard de l'immeuble, les droits du propriétaire, soit les droits prévus aux articles 947 à 953, [...] ». (Notre italique)

86. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 54, p. 941 ; S. NORMAND, *op. cit.*, note 60, p. 238 ; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, note 50, nos 440 et 475 ; François FRENETTE, *L'emphytéose*, dans *Chambre des notaires du Québec*, R.D./n.s., « Biens », Doctrine – Document 1, Montréal, 1995, p. 12, 27, 39 et 40 ; François FRENETTE, *La propriété superficielle*, dans *Chambre des notaires du Québec*, R.D./n.s., « Biens », Doctrine – Document 5, Montréal, 1997, p. 1-23 ; *contra* : l'affaire *HLP* citée ci-après à la note 87.

87. C.A. Québec, n° 200-09-001410-973, 11 avril 2000.

88. C'est parce que la Ville de Beauport n'a pas réussi à imposer un droit de mutation sur la propriété superficielle des améliorations réalisées par l'emphytéote, propriété cédée en même temps que tous les droits de l'emphytéote dans le fonds sous le couvert de l'expression générale « tous ses droits d'emphytéote en vertu [...] sur l'immeuble » comprenant « bâties y dessus construite », que la loi a été par la suite amendée en 2000 pour inclure la fameuse expression « la cession des droits de l'emphytéote » visant tant ses droits dans le fonds que sa propriété des améliorations. Il fallait donc s'en tenir aux conclusions de l'arrêt *Racine c. Ville de Québec*, [1989] R.D.I. 314 (C.A.) pour ce qui a trait au « transfert » des droits du nu-propriétaire dans le fonds.

6. SERVITUDES

Les recueils de jurisprudence foisonnent d'année en année d'arrêts portant sur les servitudes où les mêmes questions reviennent trop souvent à la barre du prétoire : analyse du titre et des conditions d'établissement, qualification adéquate du droit constitué, modalités d'exercice, calcul du partage des coûts, aggravations, obligations accessoires, opposabilité, délimitation d'assiette, enclave économique, injonction, etc. Aussi est-il malaisé de faire un choix reflétant la nouveauté ou faisant à tout le moins un rappel digne d'attention. Commençons par le plus simple.

6.1 Aspect et prospect

Dans l'affaire *Frappier c. Lassonde*⁸⁹, le juge R. Mongeon refuse carrément et à bon droit la prétention de l'une des parties voulant que la servitude de vue comporte implicitement une servitude de non-construction, qualifiée de façon inadéquate de servitude de « prospect ». La servitude de vue, dite également d'aspect, a pour seul but, faut-il le préciser, de corriger des irrégularités aux dispositions des articles 993 à 996 C.c.Q. ayant trait aux ouvertures dans un mur qui laissent libre passage à la lumière, à l'air et/ou au regard. La servitude de prospect, pour sa part, garantit au propriétaire du fonds dominant la jouissance d'un point de vue déterminé sur le fonds servant. Le propriétaire de ce fonds ne peut dès lors modifier le paysage faisant l'objet de la servitude. Il s'ensuit donc que la servitude de prospect renferme nécessairement une servitude de non-construction et de non-exhaussement.

6.2 Droit de voie et de passage

Dans un arrêt fort intéressant, qui est porté en appel, la Cour supérieure a conclu⁹⁰, relativement à « un droit de voie et de passage » accordé par la Couronne provinciale à la Compagnie de chemin de fer de colonisation de Montfort en 1903, que l'expression n'avait pas eu pour effet de transférer à cette corporation un droit *sui generis* équivalent à la propriété, mais plutôt un démembrement de la propriété correspondant à une servitude ou un droit d'occupation temporaire permettant non seulement la circulation sur certains lots, mais aussi

89. C.S. Montréal, n° 500-17-020358-043, 8 juillet 2004, J. E. 2004-1587.

90. *Herrmann-Busson c. Procureur général du Québec et al.*, [2004] R.D.I. 721 (C.S.), en appel.

la pose d'une voie ferrée. Partant, la Couronne avait pouvoir et autorité de céder, comme elle l'a fait par lettres patentes en 1914, la propriété d'un ou plusieurs des lots affectés et avait, en contrepartie, l'obligation aujourd'hui de respecter le titre accordé, ce qu'elle n'avait toutefois pas fait.

6.3 Déplacement d'assiette

Le déplacement de l'assiette d'une servitude, prévu au 2^e alinéa de l'article 1186 C.c.Q., est une opération trop souvent prise à la légère par le propriétaire du fonds servant. Ce dernier ne peut évidemment pas agir de façon unilatérale⁹¹. Il doit non seulement avoir un intérêt pour faire le déplacement d'assiette, mais aussi faire la preuve de cet intérêt⁹². L'usage de la nouvelle assiette ne signifie pas que le propriétaire du fonds dominant a renoncé à l'assiette d'origine prévue à l'acte constitutif, du moins tant qu'il n'aura pas formellement acquiescé à l'égale commodité d'exercice de son droit sur la nouvelle assiette⁹³.

91. *Cartier c. Bouchard et al.*, [2004] R.D.I. 712, 718 (C.S.).

92. *Lamontagne c. Rouleau*, [2004] R.D.I. 317, 321-322 (C.S.).

93. *Ferme Fagicia c. Vohl*, C.S. Québec, n° 200-05-015464-014, 11 mars 2004, J.E. 2004-859.