

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2012 EN DROIT IMMOBILIER ET EN DROIT DES BIENS

Jacques AUGER

Volume 115, Number 1, 2013

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044729ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044729ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

AUGER, J. (2013). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2012 EN DROIT IMMOBILIER ET EN DROIT DES BIENS. *Revue du notariat*, 115(1), 67–91.
<https://doi.org/10.7202/1044729ar>

**REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2012
EN DROIT IMMOBILIER ET
EN DROIT DES BIENS**

Jacques AUGER*

1. Prescription acquisitive – rétroactivité – radiation des droits réels. 70
2. Servitude d’aspect et servitude de non-construction (*non aedificandi*) 74
3. Clause de dation en paiement déguisée en vente immobilière 79
4. Copropriété indivise et requête en bornage. 82
5. Les obligations de faire non publiées imposées au propriétaire du fonds servant : la jurisprudence fait-elle fausse route ? 85

* Notaire honoraire et professeur émérite de la Faculté de droit de l’Université de Sherbrooke.

Avant de commenter les décisions des tribunaux qui ont été retenues pour l'année 2012, il y a lieu de faire le suivi de quelques décisions analysées dans la revue de jurisprudence 2011 en droit immobilier et droit des biens.

Sous le titre « L'empiètement : un concept malléable »¹, nous avons rapporté une décision de la Cour supérieure² qui reconnaît qu'un empiètement minime en superficie peut quand même, dans certaines circonstances, être qualifié de « considérable » au sens de l'article 992 C.c.Q. Nous avons souligné que l'adjectif « considérable » pouvait difficilement s'accommoder d'un empiètement en réalité de peu d'ampleur et qu'il aurait été préférable que le tribunal s'en tienne aux deux autres conditions du second alinéa de l'article 992 C.c.Q. qui s'accorderaient mieux avec les circonstances de l'espèce, soit l'inconvénient sérieux et la mauvaise foi. La Cour d'appel³ a confirmé en 2012 cette décision sans juger utile d'apporter plus de précisions. Pour elle, l'un ou l'autre des trois motifs invoqués par le premier juge suffit pour dire que les conditions d'application du 2^e alinéa de l'article 992 C.c.Q. sont remplies. Nous rappelons la conclusion que nous tirons de cette affaire et qui vaut toujours :

En présence d'un certificat de localisation qui révèle un empiètement, il faut faire preuve de la plus grande prudence et avant d'émettre une opinion sur le caractère considérable ou non de celui-ci, il faut se tourner la langue sept fois.

Nous faisons état aussi en 2011, sous le titre « Le délai pour exercer une clause résolutoire est de rigueur »⁴ d'un arrêt de la Cour d'appel⁵ qui décidait que le délai de cinq ans de l'article 1742 C.c.Q. pour exercer une clause résolutoire stipulée dans un acte de vente s'applique à toute clause résolutoire, créée avant ou depuis 1994, et qu'il est en outre un délai de rigueur qui ne peut être interrompu. Le

1. Jacques AUGER et François BROCHU, « Revue de la jurisprudence 2011 en droit immobilier et droit des biens », (2012) 114 R. du N. 54.

2. *Lizotte Bergeron c. Lamarre*, 2011 QCCS 1569.

3. *Lamarre c. Lizotte Bergeron*, 2012 QCCA 755.

4. Jacques AUGER et François BROCHU, « Revue de la jurisprudence 2011 en droit immobilier et droit des biens », (2012) 114 R. du N. 41.

5. *Roussel c. Créations Marcel Therrien inc.*, 2011 QCCA 496.

même tribunal réaffirme cette conclusion dans un arrêt de 2012⁶ qui, sans rien apporter de nouveau, confirme cette jurisprudence sur laquelle le praticien peut s'appuyer en toute quiétude.

Ces précisions étant faites, passons à la revue sélective de jurisprudence 2012 en droit immobilier et en droit des biens.

1. Prescription acquisitive – rétroactivité – radiation des droits réels

Le possesseur qui acquiert la propriété d'un immeuble par prescription acquisitive peut-il obtenir la radiation d'une hypothèque consentie par le propriétaire apparent durant la possession ? Oui, répond la Cour supérieure dans *De Repentigny c. Fortin*⁷ parce que le jugement qui reconnaît la prescription opère rétroactivement en date du début de la possession et provoque de ce fait l'extinction des droits réels consentis depuis sur l'immeuble par le propriétaire apparent.

Cette décision est lourde de conséquences. En l'espèce, elle entraîne la radiation d'une hypothèque dûment publiée et consentie par le propriétaire dont le droit était aussi inscrit. Le créancier titulaire de cette hypothèque qui s'est fié au registre foncier ne pouvait pas découvrir la cause potentielle de l'extinction de son hypothèque. Le vice de son titre n'était pas apparent, même pour le plus averti des examinateurs. La possession par un tiers est une question de fait qui échappe totalement à l'emprise du registre foncier. Si donc la décision du tribunal est fondée en droit, elle crée un angle mort dans le système de publicité foncière et elle enlève beaucoup de fiabilité au registre foncier. Elle est de nature à encourager encore plus le recours à l'assurance de titres par les prêteurs hypothécaires. Il faut donc s'assurer que la question a été examinée complètement et que rien de nature à s'opposer à cette conclusion n'a été omis.

La *ratio decidendi* de cette décision repose sur une analyse de l'article 2918 C.c.Q. de laquelle le tribunal induit que le jugement qui reconnaît la prescription est déclaratif et qu'il opère rétroactivement en date du début de la possession. Il s'ensuit que le propriétaire dépouillé est réputé ne plus être propriétaire depuis cette même date, ce qui entraîne l'extinction de tous les droits réels qu'il a

6. *Québec (Procureur général) c. Mascouche (Ville de)*, 2012 QCCA 1099.

7. *De Repentigny c. Fortin (Succession de)*, 2012 QCCS 905.

consentis sur l'immeuble depuis. C'est l'application de la maxime *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (Personne ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même⁸). Cela est-il juridiquement inattaquable ?

Il faut en premier lieu admettre que le caractère rétroactif de la prescription acquisitive n'est expressément reconnu par aucune disposition du *Code civil du Québec*. Cela n'est pas un argument dirimant, mais ce n'est pas non plus négligeable parce que si le législateur avait voulu s'assurer que la prescription acquisitive opère rétroactivement, ce qui est une question importante, il lui aurait été facile de le dire.

Quant à savoir si le jugement dont parle l'article 2918 C.c.Q. est vraiment déclaratif et conséquemment rétroactif comme l'affirme le tribunal, il n'y a pas non plus d'arguments de texte solides. La preuve en est qu'il y a autant d'interprétations différentes de cet article que d'auteurs sérieux qui l'ont analysé. Pour plusieurs⁹, le jugement est attributif et non rétroactif. Pour un autre¹⁰, le jugement est attributif et rétroactif. Pour un autre encore¹¹, le jugement est déclaratif et rétroactif. C'est cette dernière thèse que le tribunal retient dans les termes suivants :

De l'avis du tribunal, le jugement ne peut être à la fois attributif de propriété à la date du jugement et donner effet à la rétroactivité de la prescription. Aussi le tribunal favorise la position adoptée par le professeur Denys-Claude Lamontagne que le jugement est déclaratif ou confirmatif de propriété, ce qui permet de faire rétroagir le droit du possesseur à compter du premier jour de sa possession utile et ainsi préserver le droit des tiers qui auront transigé avec lui.¹²

8. Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 323.

9. François BROCHU, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière », (2003) 105 *R. du N.* 754 ; François BROCHU, « Prescription acquisitive et publicité des droits », (2006) 108 *R. du N.* 202-203 ; Céline GERVAIS, *La prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 193 ; Daniel DUMAIS, « L'extinction du droit d'action : la prescription », dans *Collection de droit 2011-2012*, vol. 4, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 219.

10. Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, par. 2570.

11. Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, par. 666, p. 443.

12. *De Repentigny c. Fortin (Succession de)*, 2012 QCCS 905, par. 55.

Comme on peut le constater à la lecture de ce passage, le tribunal associe l'effet rétroactif au caractère attributif du jugement. Le tribunal l'admet sans tenter de l'expliquer. Il ajoute que tel était aussi l'effet de la prescription acquisitive sous le *Code civil du Bas Canada*, précisant que les commentaires du ministre de la Justice en marge de l'article 2918 C.c.Q. permettent de croire qu'il en est toujours ainsi sous le *Code civil du Québec*. Tout cela tient plus de la profession de foi que de la démonstration juridique. Mais puisque l'on invoque le passé, il peut être intéressant de s'y attarder quelques instants.

Aucun texte du *Code civil du Bas Canada* n'édicte non plus que la prescription acquisitive opère rétroactivement à la date du début de la possession. Plusieurs auteurs toutefois reconnaissent cet effet que l'on explique surtout par la nécessité de faire concorder le droit avec la situation de fait de sorte que les actes juridiques posés par le possesseur depuis le début de la possession deviennent inattaquables une fois la prescription acquise. Un auteur a fait une belle étude de cette question qui démontre la faiblesse des arguments invoqués en faveur de la rétroactivité et il conclut en ces termes :

C'est dire toute la circonspection qu'il faut avoir à l'égard d'une théorie de la rétroactivité de la prescription acquisitive qu'aucun texte de loi ne confirme dans son principe et dont les résultats escomptés au plan des effets pratiques sont soit contestables, soit susceptibles d'être autrement atteints.¹³

Si l'on revient au *Code civil du Québec*, on peut affirmer que le législateur, au moment de l'adoption de la réforme en 1994, n'a non seulement pas affirmé le principe de la rétroactivité de la prescription acquisitive, mais il a en plus instauré une protection au bénéfice des tiers de bonne foi qui aurait empêché totalement que l'on puisse invoquer la théorie de la rétroactivité de la prescription acquisitive pour faire radier un droit publié. C'est l'article 2962 C.c.Q. qui édictait cette protection en ces termes :

2962. Celui qui acquiert un droit réel sur un immeuble qui a fait l'objet d'une immatriculation, en se fondant de bonne foi sur les inscriptions du registre, est maintenu dans son droit, si celui-ci est publié.

13. François FRENETTE, « Prescription acquisitive et rétroactivité », (1986) 88 R. du N. 367.

Ce texte témoigne d'une intention claire du législateur de protéger les droits publiés en rendant tout à fait fiable le registre foncier. Il ne fait pas de doute qu'il aurait empêché le tribunal d'ordonner la radiation de l'hypothèque dans les circonstances ci-dessus relatées. Le fait que cet article ait été abrogé dans la foulée de la décision de ne pas poursuivre l'implantation de la réforme de la publicité foncière signifie-t-il que la protection qu'il offrait est totalement disparue de notre droit ? Certains pourraient le penser, mais ce serait une erreur. En fait l'article 2962 C.c.Q. n'était qu'une application particulière d'une théorie générale qui est acceptée depuis longtemps dans notre droit et qu'on appelle la théorie de l'apparence.

En matière d'hypothèque, la jurisprudence applique cette théorie de l'apparence en vertu de laquelle celui qui se présente aux yeux des tiers de bonne foi comme le propriétaire d'un immeuble peut valablement constituer une hypothèque opposable au véritable propriétaire. C'est une application de la maxime *error communis facit jus* (l'erreur commune fait le droit¹⁴).

Cette théorie a été invoquée notamment pour valider l'hypothèque consentie par un héritier apparent tenu de restituer l'immeuble aux véritables héritiers après que le testament sur lequel il fondait son droit eut été déclaré nul¹⁵. Au moment où l'héritier apparent a hypothéqué l'immeuble, ses droits sur celui-ci étaient publiés au registre foncier et le créancier ignorait complètement le vice du titre qui n'était pas apparent. Les deux conditions pour l'application de la théorie de l'apparence étaient présentes : la bonne foi du créancier qui a cru traiter avec le véritable propriétaire et l'erreur commune que toute autre personne aurait pu également commettre. Le tribunal, après une étude exhaustive de la doctrine et de la jurisprudence française et québécoise, n'hésite pas à reconnaître la validité de l'hypothèque consentie par l'héritier apparent, malgré l'absence d'un texte de loi sur lequel s'appuyer, parce que, affirme-t-il, cette théorie fait partie intégrante de notre droit.

Ainsi, la théorie de l'apparence a une portée générale en ce qu'elle a pour champ d'application le droit tout entier. Si le législateur a entrepris pour la première fois en 1994 de la codifier à l'article 1707 C.c.Q. sous le titre *De la situation des tiers à l'égard de la resti-*

14. Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 127.

15. *La Banque d'Épargne de la Cité et du District de Montréal c. Viau*, [1976] C.S. 901.

tution, cela ne signifie pas qu'elle ne trouve pas application dans d'autres circonstances chaque fois que ces deux conditions d'application sont réunies : bonne foi du tiers et erreur commune.

Il ne fait pas de doute que ces deux conditions, bonne foi et erreur commune, étaient présentes dans l'affaire *De Repentigny c. Fortin*. Le créancier qui s'est fié au registre foncier pour connaître l'identité du propriétaire au moment d'obtenir l'hypothèque était sans contredit de bonne foi. Ce registre ne pouvait pas révéler que l'immeuble concerné faisait alors l'objet d'une possession pouvant mener à la prescription acquisitive. Toute autre personne aurait, en consultant ce registre au même moment, commis la même erreur. Dans ces circonstances et nonobstant l'opinion du tribunal quant au caractère rétroactif de la prescription acquisitive, il fallait, en application de la théorie de l'apparence, reconnaître la validité de l'hypothèque consentie par le propriétaire apparent et non pas en ordonner la radiation. Autrement dit, même si l'on admet que la prescription acquisitive produit un effet rétroactif au jour de la possession, cela n'empêche pas d'en limiter les effets chaque fois que les conditions requises pour appliquer la théorie de l'apparence sont présentes parce qu'elle constitue, selon l'expression de Mazeaud, une exception générale à la règle de droit¹⁶.

En résumé, la théorie de l'apparence peut faire échec à la règle voulant que personne ne peut consentir plus de droit qu'il n'en détient et, en toute déférence, c'est ce qui aurait dû être décidé dans *De Repentigny c. Fortin*.

2. Servitude d'aspect et servitude de non-construction (*non aedificandi*)

Une servitude d'aspect prohibant la plantation d'arbres dans le but de protéger la vue du fonds dominant comprend-elle implicitement, à titre accessoire, une servitude de non-construction sur le fonds servant ? C'est cette question que la Cour supérieure a eu à trancher en 2011 dans *Hap-Locong c. D'Amours*¹⁷ et sur laquelle vient de se prononcer à son tour la Cour d'appel en 2012 dans un arrêt¹⁸ où elle confirme une partie de la décision de première ins-

16. H. MAZEAUD, « La Maxime *Error communis facit jus* », (1924) 23 *Rev. trim. dr. civ.* 959.

17. *Hap-Locong c. D'Amours*, 2011 QCCS 2322.

18. *Hap-Locong c. D'Amours*, 2012 QCCA 564.

tance et en infirme une autre. Même si cette problématique n'est pas nouvelle, elle est d'un intérêt certain pour la pratique notariale et mérite donc que l'on s'y attarde.

Les faits à l'origine de ce litige s'échelonnent sur plusieurs années et mettent en cause de nombreuses personnes propriétaires successifs des fonds dominant et servant, mais ils peuvent être réduits à quelques éléments essentiels. Ce sont les suivants.

Dans le but avoué de protéger la vue sur le fleuve St-Laurent, une servitude est constituée lors de la vente d'une partie du domaine sur lequel est érigé un manoir ancestral. Le fonds dominant est le lot sur lequel est bâti le manoir et le fonds servant est le lot vendu qui se situe entre le manoir et le fleuve. La servitude est en ces termes :

SERVITUDE D'ASPECT

L'acquéreur établit contre les lots ci-haut décrits au paragraphe « Désignation », une servitude réelle et perpétuelle au profit de la partie de la subdivision UN du lot originaire TROIS-D (3D-1 ptie) du même susdit cadastre, sur laquelle est érigée la maison communément appelée « Domaine Kilmarnock ».

Cette servitude constituera pour le propriétaire des fonds servants ou ses ayants droit, sur la lisière ci-après décrite des fonds servants, en une prohibition de planter ou de laisser pousser des arbustes ou des arbres d'une hauteur dépassant deux mètres (2 m.) du niveau du sol de façon à ne point obstruer la vue sur le Fleuve Saint-Laurent pour les propriétaires ou occupants du fonds dominant.

La lisière affectée par ladite servitude mesure soixante (60) pieds de profondeur à compter d'une ligne située à dix (10) pieds de la ligne arrière des lots par toute la largeur des dits lots constituant les fonds servants.

Le litige naît lorsque le propriétaire du fonds servant entreprend la construction d'une résidence de deux niveaux dont la surface au sol s'étend sur 50 % de l'assiette de la servitude d'aspect et qui nuit à la vue qu'a le propriétaire du fonds dominant sur le fleuve St-Laurent. Le premier prétend que cette servitude ne l'empêche pas de construire et le second soutient le contraire et demande la démolition de toute partie de la résidence qui excède 2 mètres au-dessus du niveau du sol. Le propriétaire du fonds servant s'appuie surtout sur la portion de la clause qui énonce *une prohibition de planter ou de laisser pousser des arbustes ou des arbres dépassant deux*

mètres, alors que le propriétaire du fonds dominant insiste plutôt sur la partie qui précise que la servitude est constituée afin de ne point obstruer la vue sur le fleuve Saint-Laurent pour les propriétaires ou occupants du fonds dominant.

Le juge de première instance entreprend méthodiquement d'analyser la clause constitutive. Il la scrute sous plusieurs angles et principalement sous celui de la rédaction proprement dite, de l'intention des parties et de la règle de l'interprétation restrictive.

Côté rédaction, il fait d'abord remarquer que le titre de la servitude mentionne qu'elle en est une « d'aspect » et non de vue ou de non-construction. Il ajoute que l'expression « non-construction » ne se retrouve nulle part dans la convention et qu'il n'y est question que de « prohibition de planter ou de laisser pousser des arbres ». Enfin, il estime que dans l'analyse d'une clause semblable, il est essentiel de distinguer ce qui décrit l'objet même de la servitude de ce qui en énonce la finalité et il conclut ainsi :

Les passages n'ayant pour utilité que de justifier la servitude ou en décrire les objectifs ne sont pas constitutifs de droit ; il en est ainsi – selon le tribunal – du passage de la clause mis en évidence par la demanderesse (« *ne point obstruer la vue sur le Fleuve...* »).¹⁹

[...]

À l'examen du texte littéral de cette clause de servitude, comme première démarche d'analyse, il est raisonnable de penser que la clause ne veut contrôler que la pousse des arbres et des arbustes. Si on avait voulu y créer une servitude de non construction, il aurait été fort simple de l'écrire, [...] ²⁰

Concernant la recherche de l'intention des parties, le tribunal rappelle que c'est au moment de la convention qu'il faut se placer pour la découvrir. Il examine pour ce faire une lettre écrite à cette époque par le propriétaire du fonds servant dans laquelle celui-ci énonce clairement qu'il est « prêt à mettre une disposition dans le contrat notarié à l'effet que les arbres pourront être limités à une certaine hauteur pour favoriser la vue de la Maison « Kilmarnock » » (le manoir). Cela lui confirme l'analyse littérale du texte de la servitude voulant que la restriction ne vise que la pousse des arbres.

19. *Hap-Locong c. D'Amours*, 2011 QCCS 2322, par. 39.

20. *Id.*, par. 43.

Enfin, le juge rappelle la règle d'interprétation maintes fois invoquée par la jurisprudence qui veut que les servitudes doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive et en faveur du fonds servant. Cela rend impensable, selon lui, qu'une servitude de non-construction de bâtiments qui est beaucoup plus contraignante qu'une servitude limitant la hauteur des arbres puisse être l'accessoire ou la conséquence implicite de cette dernière.

Tout cela amène le tribunal à rejeter la requête du propriétaire du fonds dominant visant la démolition d'une partie des constructions érigées sur l'assiette de la servitude d'aspect.

La Cour d'appel n'hésite pas à confirmer cette conclusion sur la base essentiellement de ce qu'elle qualifie de « principe cardinal ». Faisant allusion à la prétention du propriétaire du fonds dominant selon laquelle que les parties n'ont pas seulement voulu limiter la pousse des arbres à 2 mètres, mais aussi interdire la construction de toute construction dépassant cette hauteur, la Cour déclare :

Cette prétention ne saurait être retenue car elle heurte de plein fouet le principe cardinal voulant que la servitude doit être interprétée restrictivement, en faveur du fonds servant, parce qu'elle constitue une limite importante à l'exercice du droit de propriété de son titulaire.²¹

La Cour d'appel ajoute qu'il est établi depuis longtemps qu'une servitude prohibant de construire doit être stipulée clairement pour produire ses effets et elle cite à témoin un passage de l'arrêt *Leduc c. Sauvé* de 1955 qui exprime clairement ce point et qui résume bien ce qu'il faut retenir :

Disons qu'en matière de servitude, il ne peut être question de présomption ; il faut que le titre qui la crée soit complet par lui-même et qu'on y trouve le caractère de la servitude et les fonds qui y sont soumis.

La servitude *non aedificandi* est manifestement une restriction au droit de propriété et à l'exercice de la jouissance absolue de ce droit. Il faut donc, nécessairement, trouver dans les actes eux-mêmes une stipulation claire, non ambiguë et qui n'offre aucun doute sur la création de la servitude.²²

21. *Hap-Locong c. D'Amours*, 2012 QCCA 564, par. 7.

22. *Leduc c. Sauvé*, [1955] B.R. 85, 90.

Outre la question principale de la portée de la servitude d'aspect, il y a aussi une question secondaire qui a été soulevée dans l'affaire *Hap-Locong c. D'Amours*. Elle concerne la prescription extinctive de cette servitude. C'est le propriétaire du fonds servant qui, invoquant l'article 1191 par. 5 C.c.Q., soutient qu'elle s'est éteinte par le non-usage pendant 10 ans. Même si la décision sur la question principale enlève de l'importance à ce second aspect du problème, il y a quand même lieu de s'y attarder quelques instants, d'autant plus que la Cour supérieure et la Cour d'appel divergent sur un point crucial, celui du point de départ du délai de 10 ans.

La Cour supérieure, pour des motifs de droit transitoire, décide que l'examen peut se limiter à la période débutant le 1^{er} janvier 1994 jusqu'au jour du jugement. Ce point n'est pas controversé. Elle précise ensuite que la servitude est continue au sens de l'article 1179 C.c.Q., c'est-à-dire *qu'elle ne requiert pas le fait actuel de son titulaire*, et que la prescription d'une telle servitude commence à courir, selon l'article 1192 C.c.Q., *du jour où il est fait un acte contraire à son exercice*. Étant donné que la servitude prohibe de planter ou de laisser pousser des arbustes ou des arbres d'une hauteur dépassant 2 mètres du niveau du sol, le tribunal en conclut qu'il faut savoir s'il s'est écoulé, depuis 1994, dix années consécutives sans qu'une taille à 2 mètres de hauteur n'ait été faite de la végétation sur l'assiette de la servitude.

La preuve faite devant le tribunal démontre que de nombreux arbres de plus de 2 mètres de hauteur existaient sur l'assiette de la servitude en 1994. Elle établit aussi qu'aucune taille périodique n'a été pratiquée à 2 mètres de hauteur du sol entre 1994 et 2010 et que les arbres présents sur l'assiette ont poussé naturellement jusqu'à atteindre dans certains endroits une hauteur de 9 mètres. Compte tenu de ces faits, le tribunal de première instance déclare que la servitude d'aspect s'est éteinte par non-usage pendant 10 ans.

La Cour d'appel ne partage pas cette conclusion parce qu'elle ignore, explique-t-elle, que le but de la prohibition de laisser pousser des arbres est, selon les termes mêmes de la convention, « de ne point obstruer la vue sur le Fleuve Saint-Laurent pour les propriétaires ou occupants du fonds dominant ». Or, la preuve établit aussi que le propriétaire du fonds dominant n'a jamais eu la vue obstruée avant la construction de la résidence sur le fonds servant. Dans ces

circonstances, il serait inique aux yeux de la Cour d'appel que toute pousse au-delà de 2 mètres puisse lui être opposée comme moyen d'éteindre ses droits. Elle en conclut que la servitude existe donc toujours.

La Cour d'appel a raison de ne pas fixer le point de départ du délai de 10 ans à compter du jour où des arbres excédant 2 mètres ont poussé sur l'assiette de la servitude. Celle-ci a pour finalité de ne point obstruer la vue sur le fleuve et c'est seulement le jour où des arbres entravent cette vue que l'on peut affirmer, comme l'exige l'article 1192 C.c.Q., qu'il est fait un acte contraire à son exercice.

Cet arrêt de la Cour d'appel est conforme à la doctrine et à la jurisprudence. Il rappelle surtout qu'une servitude est une restriction à l'exercice du droit de propriété et qu'elle doit de ce fait être interprétée restrictivement et en faveur du fonds servant. L'interdiction de laisser pousser des arbres et l'interdiction de construire sont deux contraintes distinctes et on peut facilement comprendre que la seconde est beaucoup plus lourde que la première. Il est donc impossible de soutenir que la servitude de non-construction est un accessoire de la servitude qui prohibe la pousse d'arbres. C'est la leçon qu'il faut titrer de l'arrêt *Hap-Locong c. D'Amours* qui démontre toute l'importance de bien saisir la véritable intention des parties avant de rédiger la clause qui va créer la servitude. En l'espèce, le propriétaire du fonds dominant a perdu une grande partie de sa vue sur le fleuve. Et si c'était à refaire !

3. Clause de dation en paiement déguisée en vente immobilière

Jadis omniprésente sous le *Code civil du Bas Canada* dans les actes de prêt hypothécaire, la clause de dation en paiement a disparu totalement depuis que le *Code civil du Québec* prohibe à l'article 1801 C.c.Q. toute clause selon laquelle, pour garantir l'exécution de l'obligation de son débiteur, le créancier se réserve le droit de devenir propriétaire irrévocable du bien. Comme on le sait, le législateur a ajouté en contrepartie un recours hypothécaire, la prise en paiement, qui permet au créancier, selon des modalités strictes, de prendre en paiement le bien hypothéqué. Jusqu'à récemment, la jurisprudence ne fournissait pas beaucoup d'exemples en matière immobilière de tentatives de contourner cette

prohibition²³, mais voici qu'un cas vient de faire surface. Comme il met en cause un acte de vente notarié, il est pertinent d'en faire état dans le cadre de cette chronique, d'autant que la Cour d'appel a été amenée à se prononcer.

La Cour d'appel résume très bien en quelques mots les circonstances qui ont donné lieu à ce litige. Celui-ci met aux prises, constate ce tribunal, *un débiteur aux abois et un créancier âpre au gain*²⁴. Concrètement, il s'agit d'un débiteur pressé d'emprunter une somme de 53 000 \$ et d'un créancier disposé à consentir le prêt moyennant une formule particulière de garantie mise au point avec l'aide d'un notaire. On fait d'abord consentir par le débiteur une hypothèque conventionnelle, en l'occurrence de 3^e rang, sur une unité de copropriété résidentielle. Le même jour et en même temps, le débiteur signe aussi un acte de vente non daté en faveur du créancier dans lequel on peut lire :

LA PRÉSENTE VENTE est en outre consentie en paiement de toutes les sommes dues à l'acquéreur par le vendeur aux termes de l'acte de prêt en faveur de l'acquéreur ci-dessus analysé (*sic*) et publié à Montréal et suite au préavis d'exercice publié également à Montréal, DONT QUITTANCE FINALE.²⁵

Encore le même jour, le débiteur signe un troisième document intitulé « reconnaissance et mandat » par lequel il reconnaît avoir été informé par le notaire des exigences particulières du prêteur ainsi que des conséquences pouvant résulter d'un défaut de sa part de respecter ses obligations en vertu de l'acte de prêt. Ce document mandate le notaire en ces termes :

Compte tenu de ce qui précède, advenant la publication et l'expiration du délai stipulé à un préavis d'exercice (Avis de 60 jours), je mandate irrévocablement Me Michel Labrosse, notaire, afin que l'acte *de vente* soit présenté à M. Gaétan St-Pierre pour signature et que l'acte soit inscrit au Registre foncier.²⁶

Comme on pouvait s'y attendre, le débiteur fait défaut et le créancier signifie et publie un avis de 60 jours à l'expiration duquel

23. Voir *Laios c. Badescu*, 2002 CanLII 20395 (QC C.S.), J.E. 2002-1857. Il s'agissait d'une clause permettant à un des copropriétaires indivis de devenir l'unique propriétaire de l'immeuble pour le cas où l'autre manquerait à ses obligations. Elle a été jugée nulle en vertu de l'article 1801 C.c.Q.

24. *St-Pierre c. Lotfi*, 2012 QCCA 1436, par. 5.

25. *Id.*, par. 7.

26. *Id.*, par. 8.

ce dernier signe par l'intermédiaire d'un mandataire l'acte notarié de vente qui est daté de ce jour et publié le lendemain au registre foncier. Dépouillé de son immeuble, le débiteur poursuit le créancier et le notaire, alléguant que l'acte de vente et le mandat sont des faux, qu'ils sont de plus nuls pour vice de consentement et enfin qu'ils contreviennent à l'article 1801 C.c.Q. Le créancier rétorque qu'il n'a fait qu'exercer son recours de prise en paiement tel qu'énoncé dans son préavis d'exercice. Quel accueil les tribunaux ont-ils réservé aux arguments respectifs des parties ?

En Cour supérieure²⁷, le juge ne s'attarde pas, faute de toute preuve, sur la question de savoir si l'acte de vente et le mandat sont des faux et il ne tire aucune conclusion à ce sujet. Il retient par ailleurs la prétention du débiteur que la raison d'être de l'acte de vente et du mandat signés en même temps que le prêt hypothécaire ne lui a jamais été expliquée et qu'il a été induit en erreur. Voici comment il s'exprime :

Il y a eu fausses représentations et omission d'expliquer clairement le sens des documents que le demandeur et sa conjointe signaient. Cette façon de procéder est illégale. Le consentement du demandeur et de sa conjointe lors de la signature du contrat de vente a été vicié. Le tribunal considère qu'ils ont été induits en erreur par le notaire et ses explications sur les conséquences juridiques de l'acte qu'ils signaient. Dans un tel cas, la nullité de l'acte doit être prononcée.²⁸

Le juge de première instance donne aussi raison au débiteur concernant l'illégalité du procédé utilisé par le créancier. Affirmant que depuis 1994 la promesse de dation en paiement consentie à l'avance pour garantir un montant dû est interdite par l'article 1801 C.c.Q., il conclut ainsi :

Il semble raisonnable de soutenir que le créancier ne peut faire signer hors la présence du créancier un contrat de vente, qu'il pourra publier sans en aviser le débiteur et selon son bon vouloir. Surtout lorsque le débiteur confirme son intention de payer le créancier. Cette façon de procéder est illégale, abusive et constitue un exercice déraisonnable des prétendus droits du créancier.²⁹

La Cour d'appel ne retient que l'argument fondé sur l'article 1801 C.c.Q. Compte tenu de la preuve soumise, ce tribunal hésite à

27. *St-Pierre c. Lotfi*, 2010 QCCS 2946.

28. *Id.*, par. 66.

29. *Id.*, par. 80.

déclarer que le débiteur a signé l'acte de vente en raison de fausses représentations du créancier et du notaire. Il s'agit plutôt à ses yeux du cas d'un débiteur pris à la gorge qui consent à des mesures qu'il espère salvatrices, mais dont il mesurera ultérieurement la dureté véritable. Il n'est pas nécessaire de toute façon de statuer sur cet aspect du litige puisque, selon la Cour d'appel, la nullité de l'acte de vente s'impose en raison de l'article 1801 C.c.Q. :

Cette disposition d'ordre public vise précisément à empêcher les dations en paiement ou, pour reprendre les termes de l'appelant, les « délaissments volontaires » consentis par avance et qui ne se font pas strictement dans les conditions prévues par le chapitre que le *Code civil* consacre à l'exercice des droits hypothécaires. L'acte de vente, ici, a été exigé par l'appelant en vue de contourner ces exigences, qui sont toutes d'ordre public, et l'on ne peut certainement pas y voir, dans les circonstances, une forme de délaissement volontaire de la part de l'intimé au sens de l'article 2764 C.c.Q.

Évidemment, le fait que l'appelant a demandé que soit signé un acte de vente distinct de l'acte de prêt hypothécaire, plutôt que d'inclure une clause de dation en paiement dans ce dernier, ne change rien à l'affaire, la manœuvre enfreignant clairement l'article 1801 C.c.Q. L'acte de vente dans son entièreté est donc réputé non écrit au sens de cette disposition et, partant, nul.³⁰

Comme on le constate, l'article 1801 C.c.Q. est une disposition dont la portée est très large. Sa formulation englobe non seulement les clauses de dation en paiement proprement dites, mais toutes formes de mesures destinées à permettre à un créancier, pour garantir l'obligation de son débiteur, *de devenir propriétaire irrévocable du bien ou d'en disposer*. Celui qui entreprend de contourner cette prohibition s'attaque à une mission impossible. Comme le dit le proverbe : « Qui s'y frotte, s'y pique. »

4. Copropriété indivise et requête en bornage

Le *Code civil du Québec* a modifié les normes régissant la copropriété indivise. Le changement le plus notable est celui qui a mis fin à la règle de l'unanimité qui prévalait sous le *Code civil du Bas Canada* pour toute décision concernant le bien indivis. À la place, le législateur a instauré un régime de gestion du bien indivis qui tient compte de la nature de l'acte posé. C'est l'article 1026 C.c.Q. qui

30. *St-Pierre c. Lotfi*, 2012 QCCA 1436, par. 22-23.

l'établit. S'il s'agit d'une décision relative à l'administration du bien, la loi exige non plus l'unanimité des indivisaires, mais une double majorité, en nombre et en parts. Pour toutes les autres décisions susceptibles de toucher plus substantiellement le bien, le législateur a maintenu la règle de l'unanimité.

Le recours à ce nouveau régime n'est vraiment utile que lorsqu'il y a plus de deux indivisaires. Quand il n'y en a que deux, la règle de l'unanimité et celle de la double majorité aboutissent au même résultat. C'est pour toutes les autres situations que la distinction concernant la nature de l'acte à intervenir prend toute son importance. Même si le texte de l'article 1026 C.c.Q. permet le plus souvent, à cause des exemples qu'il fournit, de trouver facilement à quelle catégorie une décision projetée appartient, il arrive que des doutes surgissent. C'est ce qui s'est produit dans *Gestion Novyro c. Paquette*³¹.

Dans cette affaire, il s'agit de quatre indivisaires en parts égales de terrains. L'un d'entre eux, pour des raisons qui ne sont pas exposées, décide de présenter une requête en bornage. Les trois autres indivisaires contestent le droit du premier de présenter une telle requête. Les prétentions des opposants reposent sur le second alinéa de l'article 1026 C.c.Q. Ils affirment qu'une requête en bornage est un acte important qui nécessite l'unanimité des indivisaires parce qu'il est susceptible d'apporter des modifications substantielles au bien. L'indivisaire qui demande le bornage rétorque qu'il est propriétaire de la totalité des terrains indivis pour une quote-part de 25 % et non pas seulement propriétaire de 25 % de ceux-ci. S'appuyant sur ce titre de propriétaire de la totalité, il invoque, pour justifier son droit d'agir seul, l'article 978 C.c.Q. qui reconnaît le droit à tout propriétaire d'obliger son voisin au bornage.

Le tribunal rejette sans hésitation et avec raison ce dernier argument qui laisse entendre qu'il y aurait contradiction entre les articles 1026 et 978 C.c.Q. Il explique que l'article 1026 C.c.Q. ne va pas à l'encontre de l'article 978 C.c.Q., mais qu'il vient préciser, en cas d'indivision, comment exercer le droit au bornage que ce dernier article reconnaît à tout propriétaire. Il donne par ailleurs raison aux trois indivisaires opposants dans les termes suivants :

Une requête en bornage est une décision d'administration. Le bornage peut apporter des modifications substantielles au terrain existant. La

31. *Gestion Novyro c. Paquette*, 2012 QCCS 799.

demanderesse ne peut, seule, introduire ce recours sans le consentement unanime des autres propriétaires par indivis tel que le prévoit l'article 1026, al. 2 C.c.Q.³²

Deux remarques s'imposent sur ce passage. Il découle clairement de l'article 1026 C.c.Q. qu'un indivisaire seul ne peut jamais prendre une décision relative à un bien indivis quelle que soit la nature de celle-ci. Cela suffisait en l'espèce pour trancher le litige puisque la requête en bornage était le fait d'un seul des quatre indivisaires. Le tribunal a toutefois décidé de poursuivre l'analyse et de rechercher sous quel alinéa de l'article 1026 C.c.Q. tombe la requête en bornage. C'est intéressant de le savoir, mais encore faut-il éviter en y répondant de créer de la confusion.

Lorsque le tribunal, dans l'extrait ci-dessus, qualifie la requête en bornage de « décision administrative », il s'oriente vers le premier alinéa de l'article 1026 C.c.Q. qui utilise nommément cette notion pour traiter des actes qui ne requièrent pas l'unanimité. Or, on comprend de ce qui suit que l'opinion du juge indique qu'une telle requête tombe sous le coup du second alinéa de l'article 1026 C.c.Q. et qu'elle ne peut être déposée que du consentement unanime des indivisaires. C'est ce qu'il écrit en toutes lettres. Il aurait alors fallu, pour plus de clarté, éviter de qualifier une telle requête de « décision administrative ». Malgré ce qui n'est peut-être en fin de compte qu'un lapsus, le tribunal a-t-il raison d'exiger l'unanimité des indivisaires pour le dépôt d'une requête en bornage ?

L'argument principal invoqué par le tribunal pour exiger l'unanimité est que *le bornage judiciaire peut apporter des modifications substantielles au terrain existant*. Cet argument n'est compatible qu'avec la thèse voulant qu'un bornage est translatif et non seulement déclaratif. Il suppose qu'au terme du bornage, un terrain peut gagner ou perdre en superficie. Ce n'est toutefois pas la thèse qui prévaut. La doctrine soutient que le bornage n'est pas constitutif de droits et que son effet est seulement déclaratif de droits. Voici ce qu'écrit Pierre-Claude Lafond :

Le bornage n'est pas constitutif de droits. Son effet est strictement *déclaratif de droits*, en ce qu'il ne fait que constater une situation factuelle. Son but est de constater, de reconnaître, de clarifier ou de préciser un *droit préexistant*. Il n'a pas pour fonction de transmettre un droit de propriété ni de créer de droits nouveaux, mais de reconnaître

32. *Id.*, par. 15.

la titularité antérieure de ce droit. Il ne change rien à la situation juridique gouvernant les parties. D'aucune manière il n'entend indiquer qui est propriétaire de telle partie de terrain ou de tel fonds. Acte purement déclaratoire, son seul rôle consiste à fixer de façon définitive la ligne de division entre deux fonds.³³

Cette opinion est aussi celle de la jurisprudence. Le passage suivant d'un arrêt de la Cour d'appel le confirme :

Le bornage n'a rien changé à l'état de droit régissant les parties. Il n'a fait que le déclarer. En ce sens, le bornage n'a pas un effet rétroactif, mais plutôt un effet déclaratif de la position qu'a toujours eu la ligne séparatrice des propriétés. La ligne déclarée par l'arpenteur est celle qui a toujours prévalu malgré la croyance erronée des voisins.³⁴

Vu sous cet angle et contrairement à ce qu'affirme le tribunal dans *Gestion Novyro c. Paquette*, le bornage n'est pas susceptible d'apporter des modifications substantielles au bien puisqu'il ne fait que constater une situation factuelle. Il ne modifie pas le droit de propriété des parties, il ne fait qu'indiquer où se trouve la ligne séparative des fonds. En ce sens et en toute déférence pour l'opinion du tribunal, il entre dans la catégorie des décisions relatives à l'administration du bien indivis. Il ne requiert donc pas l'unanimité des indivisaires, mais une majorité en nombre et en parts.

5. Les obligations de faire non publiées imposées au propriétaire du fonds servant : la jurisprudence fait-elle fausse route ?

Deux décisions de la Cour supérieure, la première rapportée en 2007 et la seconde en 2012, font peser sur les épaules de l'examineur de titres un très lourd fardeau. Le notaire étant le plus souvent celui qui procède à un tel examen, cette jurisprudence le concerne directement. Même si la première décision date de quelques années, la seconde lui est si intimement liée qu'il est difficile d'aborder l'une sans l'autre. Rappelons d'abord les grandes lignes

33. Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 299. Voir dans le même sens : Jean GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, 2^e éd., Sherbrooke, Les Éditions Quid Juris inc., 1994, p. 242 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 179, par. 246.

34. *Trudel c. Gingras*, [1996] R.D.I. 187 (C.A.).

de la décision de 2007, l'affaire *Les Cinémas RGMF inc. c. Immeubles Jean Robert Grenier et al.*³⁵.

Lors de la vente d'un immeuble grevé d'une servitude de passage et de stationnement, le notaire constate que cette servitude a été publiée par extrait seulement. Convaincu que tout ce qui peut se retrouver dans l'acte constitutif de la servitude et qui n'apparaît pas dans l'extrait publié n'est pas opposable au futur acquéreur du fonds servant, il ne se renseigne pas davantage sur le contenu de cet acte, tout en informant l'acquéreur de l'existence de la servitude et de son opinion quant à l'inopposabilité de ce qui n'est pas publié. Une fois la vente conclue, l'acquéreur apprend que l'acte constitutif met à la charge exclusive du propriétaire du fonds servant *les travaux de construction, de réfection, d'entretien, de réparation et de déneigement de l'assiette* de la servitude. Comme l'acquéreur refuse de se sentir lié par cette obligation de faire que ne révèle pas l'extrait publié, le propriétaire du fonds dominant demande au tribunal de déclarer opposables à l'acquéreur et ses ayants droit toutes les conditions d'exercice de la servitude. Le juge décide que ces obligations mentionnées à l'acte constitutif sont des obligations de faire rattachées à la servitude au sens de l'article 1178 C.c.Q. et qu'elles n'avaient pas à être publiées pour être opposables à l'acquéreur et ses ayants droit. Il ne s'agit pas, précise-t-il, d'obligations personnelles, mais plutôt d'une charge réelle, d'obligations *propter rem* auxquelles l'acquéreur est tenu en sa qualité de propriétaire³⁶.

Dans la seconde décision, l'affaire *Immeubles Jean-Robert Grenier inc. c. Allard*³⁷, il s'agit d'un litige qui implique, en demande, le propriétaire du fonds servant à qui le jugement de 2007 a rendu opposables les charges non publiées rattachées à la servitude de passage et, en défense, le notaire qui a omis d'informer celui-ci de l'existence de ces charges. Le demandeur veut tenir le notaire responsable des dommages qu'il dit avoir subis en raison de l'ignorance des charges non publiées. Il allègue que le notaire a commis une faute lors de l'examen des titres en n'obtenant pas une copie de l'acte comportant les conditions d'exercice de la servitude et qu'il a manqué à son devoir de conseil en omettant de l'informer de ces conditions qui n'apparaissaient pas dans l'extrait publié.

35. *Les Cinémas RGMF inc. c. Immeubles Jean Robert Grenier et al.*, 2007 QCCS 5979.

36. *Id.*, par. 60-61.

37. *Immeubles Jean-Robert Grenier inc. c. Allard*, J.E. 2012-729 (C.S.), 2011 QCCS 7480.

Le tribunal donne raison au demandeur sur ces deux points et il s'appuie essentiellement pour ce faire sur une décision, *Dufault c. Laferrière*³⁸, dans laquelle la responsabilité d'un notaire a été retenue pour n'avoir pas informé son client de l'existence et de la portée de servitudes. À la différence toutefois avec la présente affaire, les servitudes en question étaient intégralement publiées et si le notaire n'a fourni aucune information à leur sujet, c'est parce qu'il était d'opinion qu'il ne s'agissait pas de véritables servitudes réelles. Cette différence est fondamentale et, à notre humble avis, l'affaire *Dufault* ne pouvait pas servir de précédent pour décider de la responsabilité d'un notaire qui n'a pas informé un client de charges non publiées rattachées à une servitude. En fin de compte et bien que tenu responsable, le notaire n'a pas été condamné à payer les dommages réclamés parce que le tribunal n'a pu trouver dans la preuve un lien de causalité entre la faute et les dommages allégués. Ce n'est toutefois qu'une victoire à la Pyrrhus parce que sur le fond de la question, la responsabilité du notaire a été retenue.

On voit bien maintenant le lien étroit qui existe entre la décision de 2007 et celle de 2012. N'eût été de la première qui déclare opposables à un tiers acquéreur des charges non publiées, la seconde n'aurait jamais existé. On ne peut pas concevoir en effet que quelqu'un puisse réclamer des dommages pour avoir été tenu dans l'ignorance de charges si celles-ci ne lui sont pas opposables et qu'il n'est pas lié par elles. On ne peut pas non plus imaginer qu'un tribunal tienne un examinateur de titres responsable de n'avoir pas divulgué à son client une information qui lui est inopposable et qu'il n'a donc pas d'intérêt réel à connaître. C'est la déclaration d'opposabilité de la première décision qui entraîne le second litige et qui sous-tend la décision de tenir le notaire responsable. Cet édifice qu'est en train de construire la jurisprudence repose essentiellement sur cette base. Est-elle solide ou fragile ? C'est la seule question qui reste et comme elle trouve sa source dans la décision de 2007, c'est à elle qu'il faut revenir pour tenter d'y répondre.

Dans l'affaire *Les Cinémas RGMF inc.*, il y avait une circonstance particulière qui a été soulignée par le tribunal, mais dont on n'a pas su tirer, cela dit en toute déférence, les conclusions qui en découlaient. On se souvient que la servitude en cause avait été publiée par extrait et non pas au moyen de l'acte constitutif

38. *Dufault c. Laferrière*, AZ-00026425 (C.S.). Appels principal et incident rejetés, C.A., n° 500-09-009362-005, le 25 septembre 2002, AZ-02019666 (C.A.).

lui-même. L'extrait comportait la qualification du droit, savoir une servitude réelle et perpétuelle de passage et de stationnement, ainsi qu'une description de l'assiette de la servitude. On avait cependant omis les passages de l'acte constitutif qui précisaient l'étendue des droits et obligations des parties en regard de l'entretien de la servitude. C'est ce qui a donné naissance au litige. Comme l'a bien noté le tribunal, cette publication par extrait a eu lieu le 27 juin 1995. C'est la circonstance particulière.

Pour mesurer l'importance de ce fait, il faut se rappeler que la date du 27 juin 1995 se situe dans la première phase d'implantation de la réforme de la publicité foncière introduite par le *Code civil du Québec*. Cette phase a débuté le 1^{er} janvier 1994 et a pris fin le 31 août 1995. Ceux qui l'ont vécue se rappelleront les cafouillages auxquels elle a donné lieu, principalement en ce qui concerne l'inscription d'un droit par la présentation de l'acte constitutif lui-même. Plusieurs se voyaient refuser l'inscription à cause des règles qui imposaient un contenu restrictif à la réquisition. C'est ce qui a conduit des praticiens à recourir à l'inscription par extrait ou par sommaire afin d'éviter ces refus. Face à la grogne croissante engendrée par cette phase d'implantation chaotique, le législateur décida de l'interrompre et de revenir pour l'essentiel au système de publicité antérieur à la réforme. Il le fit par la *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l'application de la réforme du Code civil et d'autres dispositions législatives*³⁹ et par le *Règlement modifiant le Règlement provisoire sur le registre foncier*⁴⁰.

Parmi les problèmes les plus sérieux résultant de cette phase d'implantation, il y avait ceux qui découlaient de l'utilisation par les praticiens du mode d'inscription par extrait, comme dans la présente affaire. Ce procédé consistait à extraire de l'acte constitutif les passages jugés nécessaires aux fins de la publicité et à omettre tous les autres. On ne pouvait pas joindre à la réquisition copie de l'acte constitutif, si bien que celui-ci n'était pas conservé dans les archives du registre foncier.

Conscient que des éléments inhérents à un droit admis à la publicité avaient pu ainsi être omis, le législateur, au moment où il stoppait l'implantation de la réforme, ajouta l'article 149.2 à la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* afin de combler cette

39. L.Q. 1995, c. 33.

40. G.O.Q., 1995, II. 3793.

lacune. Il permettait de présenter, pendant une période déterminée, une copie authentique de l'acte constitutif accompagnée d'un avis établissant le lien entre cet acte et l'extrait publié. À compter de l'inscription de l'avis, et sous réserve des droits antérieurement publiés des tiers de bonne foi, on ne pouvait plus porter atteinte aux droits des parties à la réquisition pour absence d'indication quant à l'étendue d'un droit ou pour l'insuffisance ou l'imprécision dans la qualification ou l'étendue d'un droit si l'acte constitutif joint à l'avis permettait de suppléer à ces lacunes.

Cet article n'avait qu'un but facilement perceptible, celui d'éliminer des problèmes d'opposabilité dus à l'insuffisance ou l'imprécision dans la qualification ou l'étendue d'un droit publié par extrait. Le remède était simple. Il suffisait de produire une copie de l'acte constitutif accompagné d'un avis. À défaut de ce faire, le problème d'opposabilité subsistait, cela va de soi. Ce remède n'a pas été utilisé dans l'affaire *Les Cinémas RGMF inc.* et le tribunal a jugé que ce n'était pas nécessaire pour rendre opposables les conditions d'exercice de la servitude. Voici comment il s'exprime :

Par ailleurs, la qualification et l'étendue du droit sont clairement indiquées dans la réquisition d'inscription publiée sous le numéro 253 072 et le notaire Pépin n'avait pas à se prévaloir des dispositions des articles 149.1 et 149.2 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* citée plus avant.

Après analyse et vu ce qui précède, le Tribunal conclut que les conditions de servitude mentionnées à l'acte de vente du 23 juin 1995 sont opposables à la défenderesse et ses ayants droit.⁴¹

On touche ici au cœur du problème. Si les obligations de faire imposées au propriétaire du fonds servant par l'acte constitutif de la servitude concernent *la qualification ou l'étendue* du droit publié, le recours à l'article 149.2 précité s'imposait pour les rendre opposables aux tiers parce que la réquisition par extrait les omettait complètement. Dans le cas contraire, cet article ne recevait pas application. On connaît la décision du tribunal, mais, avec respect, elle ne convainc pas.

Le droit dont la publication est en cause ici est une servitude réelle de passage et de stationnement, ce qui a été précisé dans la

41. *Les Cinémas RGMF inc. c. Immeubles Jean Robert Grenier et al.*, 2007 QCCS 5979, par. 63-64.

réquisition. Le droit a donc été correctement qualifié et il n'y a pas d'insuffisance ou d'imprécision à cet égard. L'assiette de la servitude a aussi été décrite dans la réquisition et cet aspect de l'étendue de la servitude ne pose pas non plus problème. Mais le concept d'« étendue » ne se limite pas à l'assiette. L'article 1178 C.c.Q. précise bien que l'obligation de faire imposée au propriétaire du fonds servant est rattachée à la servitude et en constitue un accessoire. À ce titre, elle fait partie intégrante de la servitude. En l'espèce, le propriétaire du fonds dominant peut non seulement exiger du propriétaire du fonds servant le droit de passer et de stationner sur l'assiette de la servitude, il peut aussi l'obliger à l'entretenir à ses frais.

Dans son sens le plus usuel, le terme « étendue » signifie, en parlant d'un droit, sa portée ou son extension. C'est bien de cela qu'il s'agit ici. L'objet principal de la servitude, c'est le passage et le stationnement ; l'objet accessoire, c'est l'entretien de l'assiette. Le fait que la réquisition soit muette sur ce dernier point entraîne *une insuffisance ou une imprécision dans l'étendue du droit* qui nécessitait le recours à l'article 149.2. Faute de ce faire, cet élément accessoire de la servitude ne peut pas être opposé à un possesseur de bonne foi. C'est ce qui ressort de cet article et ce qui aurait dû être la conclusion du tribunal.

Même en dehors du cadre restreint de l'article 149.2, le problème du défaut de publication des obligations de faire rattachées à une servitude doit trouver une solution identique. Les seules dispositions du *Code civil du Québec* en matière de servitude et de publicité foncière suffisent à cette fin. Il n'est pas non plus nécessaire de trancher la difficile question de la nature juridique de ces obligations pour parvenir à la solution. À compter du moment où l'article 1178 C.c.Q. dit qu'elles se rattachent à la servitude et qu'elles en sont des accessoires, il importe moins de démontrer si elles sont des obligations personnelles, des obligations *propter rem* ou des charges réelles. Le lien qu'établit la loi entre la servitude et ces obligations suffit pour aboutir à la conclusion que, tout comme la servitude elle-même, ces obligations suivent l'immeuble en quelques mains qu'il passe à la condition *sine qua non* que le titre qui les crée soit publié. Voici pourquoi.

L'assujettissement du titre de la servitude à la publicité foncière pour son opposabilité aux tiers est incontestable et incontesté. L'article 1182 C.c.Q. ne laisse planer aucun doute à ce sujet. Ce titre

constitutif de la servitude qui doit être publié, c'est aussi celui qui constate les obligations de faire imposées au propriétaire du fonds servant. L'article 1185 C.c.Q. le laisse clairement entendre lorsqu'il parle du propriétaire du fonds servant *chargé par le titre* de faire les ouvrages nécessaires pour l'usage et la conservation de la servitude. Pourquoi y aurait-il alors deux régimes juridiques concernant un même titre ? L'un assujettissant le titre à la publicité pour la servitude principale, l'autre l'en dispensant pour ses accessoires. Nul indice en ce sens ne peut être trouvé dans aucun texte. Au contraire, tout indique que si le législateur a décidé que ces accessoires lient tout propriétaire du fonds servant au point où il doit abandonner la propriété de celui-ci, en tout ou en partie, pour s'en libérer⁴², c'est à la condition bien sûr qu'elles lui soient opposables comme la servitude principale elle-même. Choisir de publier la servitude au moyen d'un extrait authentique de l'acte constitutif en omettant ses accessoires que sont les obligations de faire, c'est priver celles-ci de toute opposabilité aux tiers.

Encore une fois avec respect, nous ne pouvons pas accepter la conclusion à laquelle le tribunal en arrive dans l'affaire *Les Cinémas RGMF inc. c. Immeubles Jean Robert Grenier* selon laquelle les obligations de faire rattachées à une servitude sont opposables aux tiers sans publicité⁴³. Il en va de même de la décision dans l'affaire *Immeubles Jean-Robert Grenier inc. c. Allard* où le tribunal tient un notaire responsable pour n'avoir pas recherché et divulgué à son client ces mêmes obligations. Cette seconde décision repose sur la même fausse prémisse, soit l'opposabilité aux tiers des obligations de faire non publiées. Jusqu'à ce que cette jurisprudence soit renversée, il faut cependant en tenir compte. C'est ce que l'on appelle la force du précédent !

42. Art. 1185 C.c.Q.

43. D'autres auteurs ont également critiqué cette décision et contesté ses conclusions. Voir François FRENETTE et François BROCHU, « Revue sélective de la jurisprudence 2008 – Biens », (2009) 111 *R. du N.* 45 ; Pierre DUCHAINE, « L'extrait mis sur le même pied que le sommaire... et plus encore », *Entracte*, 2008, vol. 17, n° 3, p. 13.