

## BILAN DÉCENNAL DE LA RÉFORME DU DROIT DES BIENS

François FRENETTE

Volume 105, numéro 2, septembre 2003

10<sup>E</sup> ANNIVERSAIRE DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045919ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045919ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

FRENETTE, F. (2003). BILAN DÉCENNAL DE LA RÉFORME DU DROIT DES BIENS. *Revue du notariat*, 105(2), 309–364. <https://doi.org/10.7202/1045919ar>

# **BILAN DÉCENNAL DE LA RÉFORME DU DROIT DES BIENS**

**François FRENETTE\***

INTRODUCTION . . . . .	313
PARTIE I- LA RÉFORME DU DROIT DES BIENS : EFFETS ET RÉACTIONS . . . . .	313
A. La banalisation d'une ancienne catégorie d'immeubles . . . . .	313
B. La prise en charge par le curateur public des meubles oubliés. . . . .	315
C. Le classement à parfaire des modifications de la propriété . . . . .	316
D. La poursuite de la désaffectation pour l'usufruit . . . . .	318
E. Le rappel à l'ordre du législatif au judiciaire concernant l'emphytéose . . . . .	320
F. La servitude dans l'orbe de la temporalité. . . . .	321
G. La fiducie à la recherche de son accomplissement . . . . .	322
PARTIE II- LA RÉFORME DU DROIT DES BIENS : DIFFICULTÉS D'INTERPRÉTATION . . . . .	324
A. Les immeubles et le nouveau défi de leur qualification . . . . .	324
B. Les eaux souterraines et leur statut juridique. . . . .	327

---

\* LL.D. Notaire à Québec et professeur associé à la Faculté de droit de l'Université Laval.

C. La propriété immobilière et certaines de ses règles particulières . . . . .	331
a) Les troubles de voisinage . . . . .	331
1. La sphère propre aux troubles de voisinage .	331
2. Le fondement de la responsabilité pour troubles de voisinage . . . . .	334
b) L'empiètement . . . . .	337
1. La propriété du sol usurpé . . . . .	337
2. La propriété des constructions et plantations occupant l'espace usurpé . . . . .	338
D. La propriété superficière et les problèmes liés à sa spécificité . . . . .	339
a) La faiblesse de certains textes. . . . .	339
1. L'identification de l'objet de la propriété superficière. . . . .	339
2. La disparition de la modalité superficière en cas de perte totale . . . . .	340
b) Les difficultés associées à la notion et à la publication de la modalité de propriété superficière. . . . .	342
1. La notion même de modalité de propriété superficière. . . . .	342
2. Les modes d'établissement de la propriété superficière. . . . .	345
3. Le cadre dans lequel s'insèrent les modes d'établissement de la propriété superficière. . . . .	348
4. La publication de la modalité de propriété superficière. . . . .	349

E. La copropriété par indivision et les problèmes liés à sa spécificité . . . . .	352
a) La faiblesse de certains textes. . . . .	352
1. Le domaine de l'indivision . . . . .	352
2. Les fruits et revenus. . . . .	354
3. La publication de la convention d'indivision et la nature des droits rendus opposables aux tiers. . . . .	354
4. Les conséquences du partage . . . . .	355
b) Les difficultés associées à certains aspects de la modalité de propriété . . . . .	357
1. La notion même de copropriété par indivision . . . . .	357
2. L'usage et la jouissance exclusive du bien commun. . . . .	357
3. Le sort de l'hypothèque consentie par un indivisaire . . . . .	358
4. La durée de l'indivision et du droit de provoquer le partage. . . . .	358
F. La servitude personnelle et l'effet pervers d'une expression . . . . .	360
CONCLUSION . . . . .	363



## **INTRODUCTION**

Faire le bilan de la réforme du droit des biens suivant sa présentation au *Code civil du Québec* le 1<sup>er</sup> janvier 1994 oblige à prendre la mesure uniquement de ce qui a alors été modifié, sans chercher à dresser l'état complet d'une matière dont le champ traditionnel a été considérablement élargi par le législateur. Les modifications apportées à l'ancien Code n'ont au demeurant pas toutes la même importance. Aussi, avons-nous choisi d'ignorer, sauf exception, les cas de simple réécriture et les cas de simple consécration législative d'une règle issue du droit positif. Les apports de nouveauté ne présentant pas de défi majeur au plan de la compréhension ont également été ignorés. L'ampleur et/ou la spécialité de certaines réformes ont par ailleurs incité à déléguer de traitement auprès de collègues<sup>1</sup>. Au bout du compte, notre bilan portera donc, d'une part, sur la trace laissée dans un certain nombre de cas par le processus même de la réforme et, d'autre part, sur l'examen d'un certain nombre de situations où la réforme s'est avérée parfois incomplète, parfois difficile d'entendement. Ce dernier volet sera, il fallait s'y attendre, nettement plus technique que le premier.

## **PARTIE I- LA RÉFORME DU DROIT DES BIENS : EFFETS ET RÉACTIONS**

### **A. La banalisation d'une ancienne catégorie d'immeubles**

Des développements d'ordre technologique et l'évolution de l'économie avaient, bien avant la recodification de 1994, érodé les fondements de la classification traditionnelle des biens en meubles et immeubles. La fixité absolue de certaines choses par opposition à la mobilité de d'autres était en effet devenue relative et le portefeuille de valeurs mobilières avait pris le pas sur la fortune

---

1. François Brochu pour la possession et la prescription, Christine Gagnon pour la copropriété divise et Diane Bruneau sur un point particulier en matière de fiducie.

immobilière<sup>2</sup>. Le législateur a malgré tout retenu la distinction classique parce qu'elle était à ce point tissée dans la fibre de nos lois qu'il eût été extrêmement ardu de réécrire l'ensemble des dispositions gouvernant la vie en société sur la base d'un autre critère de différenciation des biens. Les articles 899 à 907 C.c.Q. n'ont donc plus pour fonction de traduire les valeurs à l'origine de l'ancienne distinction, mais uniquement de servir de boîte d'aiguillage en vue de l'application de règles particulières<sup>3</sup>.

Bien que conservée, la *summa divisio* des biens a été épurée, d'une part, par l'élimination formelle des sous-distinctions connues au sein des deux grandes catégories de biens et, d'autre part, par une actualisation des textes portant sur les notions retenues qui fondaient les sous-distinctions gommées<sup>4</sup>. C'est ce travail d'épuration, apparemment anodin, qui a non seulement eu un impact important, mais qui est à la source de difficultés dont l'examen se fera dans la deuxième partie des présentes<sup>5</sup>.

Le développement lent et constant du commerce et de l'industrie au cours des siècles derniers faisait mentir le vieil adage *res mobilis, res vilis*. La catégorie des immeubles par destination fut donc créée pour que les meubles associés à la nouvelle économie puissent participer aux avantages réservés à ces immeubles traditionnels qu'étaient la terre et les bâtiments. Un de ces avantages était sans conteste, pour les propriétaires, la faculté de pouvoir les hypothéquer en vue d'obtenir du crédit et, pour le créancier, de pouvoir profiter des droits de suite et préférence pour recouvrer son dû. Fruit d'une fiction juridique, la nouvelle catégorie d'immeubles a constamment sollicité l'attention des auteurs et des tribunaux sous l'ancien Code. Les commentaires étaient à foison, et les arrêts abondaient. Or, tout cela est du passé maintenant. Les immeubles par destination n'existent plus et le principe sous-jacent à l'article 903 C.c.Q. exclut désormais le service rendu à l'exploitation d'une entreprise ou à la poursuite d'activités sur l'immeuble<sup>6</sup>. Qui plus

2. Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2000, p. 53.

3. Pour les intérêts pratiques de la distinction entre meubles et immeubles, voir : Pierre-Claude LAFOND, *Précis du droit des biens*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1999, p. 48-58.

4. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 525 et 527. Ci-après cité : *Commentaires du ministre de la Justice*.

5. *Infra*, p. 324.

6. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 48.

est, l'hypothèque mobilière est désormais permise<sup>7</sup> et le meuble hypothéqué reste meuble aux fins d'exécution de la sûreté nonobstant son immobilisation subséquente suivant l'article 903 C.c.Q.<sup>8</sup> *Ayant perdu leur utilité, les immeubles visés par ledit article 903 C.c.Q. ont donc cessé d'intéresser.* La doctrine en traite sommairement par devoir et les tribunaux ont cessé d'être régulièrement sollicités aux fins de qualification en la matière<sup>9</sup>.

### **B. La prise en charge par le curateur public des meubles oubliés**

La recodification de 1994 a permis de rassembler et d'uniformiser nombre de dispositions éparses relatives au sort des meubles perdus ou oubliés. L'opération a été réalisée sur la base de principes clairs et simples, savoir : que ces biens continuent d'appartenir à leur propriétaire<sup>10</sup>, qu'ils ne peuvent dès lors s'acquérir par occupation mais par prescription seulement<sup>11</sup> et, enfin, que le détenteur d'iceux doit tenter de retrouver les propriétaires en titre ou ayants droit en vue d'effectuer une restitution<sup>12</sup>.

Cette réforme du droit en la matière a entraîné quelques années plus tard, soit en 1997, une modification importante à la *Loi sur le curateur public*<sup>13</sup>, modification visant à asseoir l'autorité et à détailler la gestion du curateur public à l'égard de biens non réclamés principalement sous forme de dépôts d'argent ou de valeurs mobilières associées, à la seule exception des dépôts inactifs pour dix ans dans les banques régies par la *Loi sur les banques*. Essentiellement, ces biens doivent, dans le respect des formalités et des délais imposés aux débiteurs ou détenteurs, être remis au curateur public qui en aura la simple administration jusqu'à leur liquidation, si besoin était, et transmission au minis-

7. Art. 2660 C.c.Q.

8. Art. 2672 C.c.Q.

9. Les seules décisions qui présentent un intérêt sont : *Construtek G.B. c. Laforge*, [1998] R.D.I. 137-144 (C.Q.); *Lafrance et al. c. Lanouette et al.*, [1998] R.D.I. 163-165 (C.Q.); *Compagnie Montréal Trust c. Richard*, [1998] R.D.I. 321-324 (C.Q.); *Axor construction Canada Ltée et al. c. 3099-2200 Québec Inc.*, [2002] R.D.I. 26-32 (C.A.).

10. Art. 939 C.c.Q., 1<sup>er</sup> alinéa.

11. Art. 939 C.c.Q., 2<sup>e</sup> alinéa, ainsi que les articles 941 et 946 C.c.Q. *a contrario*.

12. Art. 940 C.c.Q.

13. *Loi modifiant la Loi sur le curateur public et d'autres dispositions législatives relativement aux biens soumis à l'administration provisoire du curateur public*, L.Q. 1997, c. 80, art. 8 et 9.



tère des Finances pour qu'ils soient versés au fonds consolidé du revenu. Tout ayant droit aux sommes ainsi acquises à l'État jouit toutefois d'un droit de récupération imprescriptible, sauf si le montant de la somme est inférieur à 500 \$<sup>14</sup>.

### **C. Le classement à parfaire des modifications de la propriété**

Le *Code civil du Bas Canada* reconnaissait bel et bien, au titre du Livre Deuxième, que la propriété était susceptible de « différentes modifications »<sup>15</sup>, mais c'est à la doctrine que revient le mérite d'avoir su départager ces modifications diverses en modalités et démembrements du droit de propriété. Le législateur a fait sienne cette distinction dans le *Code civil du Québec* sans s'astreindre toutefois à toute la logique qu'elle commandait.

Il se trouve ainsi que la propriété inaliénable n'est pas annoncée à l'article 1009 C.c.Q. Il en est en effet traité au titre « Des restrictions à la libre disposition de certains biens »<sup>16</sup> plutôt qu'à celui consacré aux « Modalités de la propriété »<sup>17</sup>. Le geste a pour conséquence de ne pas favoriser une perception de la propriété inaliénable sous son vrai jour, d'en décourager l'étude, notamment quant à l'opportunité de son domaine restreint<sup>18</sup>, et, enfin, de contribuer pour partie à la défaveur de l'une de ses plus anciennes manifestations qu'est la substitution<sup>19</sup>.

Il se trouve aussi que le démembrement d'accession, consacré par l'article 1110 C.c.Q., et, de façon incidente, par le premier alinéa de l'article 1200 C.c.Q., n'est pas mentionné à l'article 1119 C.c.Q. Les dispositions afférentes au droit d'accession apparaissent toutes au titre même « De la propriété » et visent principalement, en matière d'accession artificielle immobilière, à liquider un conten-

---

14. *Loi sur le curateur public*, L.R.Q., c. C-81, art. 241-243.

15. L'intitulé du Livre Deuxième était « Des Biens, de la propriété et de ses différentes *modifications* » (notre italique).

16. Art. 1212-1255 C.c.Q.

17. Art. 1009-1118 C.c.Q.

18. La donation ou le testament (art. 1212 C.c.Q.). Il existe une inaccessibilité de droit et de principe dans le cas du droit d'usage (art. 1173 C.c.Q.). La règle de l'article 1212 C.c.Q. est par ailleurs systématiquement tournée en matière de financement hypothécaire avec l'interdiction faite au débiteur, sous peine de défaut et de perte du bénéfice du terme, de disposer de son bien.

19. Art. 1218 C.c.Q. et s.

tieux probable entre le propriétaire d'un bien-fonds et un possesseur d'icelui. Ce traitement de la règle de l'accession en vase clos et sans jamais prendre en compte quand et comment la force de ce *droit attaché à la qualité de propriétaire*<sup>20</sup> peut être tempéré, est en grande partie à l'origine d'une méconnaissance persistante de la propriété superficielle en droit positif<sup>21</sup>.

Il appert par ailleurs que le législateur s'est préoccupé de regrouper sous le couvert des démembrements de la propriété uniquement les droits réels de jouissance. Or, tous les droits réels procèdent de la propriété parce que ce droit contient en germe l'ensemble des services et utilités susceptibles d'être tirés d'un bien<sup>22</sup>, y compris la faculté de pouvoir escompter la valeur pécuniaire de ce bien. Et la lecture en séquence du premier alinéa de l'article 911 C.c.Q., du deuxième alinéa de l'article 947 C.c.Q., de l'article 1119 C.c.Q. et de l'article 2660 C.c.Q. permet donc d'inclure tout naturellement l'hypothèque parmi les démembrements de la propriété. L'absence de *Commentaires du ministre de la Justice* à cet effet a pour inconvénient d'entretenir un discours creux sur les traits *secondaires* de l'hypothèque (*i.e.* droit réel accessoire, droit de garantie, sûreté), sur des traits qui évitent d'avoir à démontrer en quoi l'hypothèque constitue vraiment un droit réel. Par voie de conséquence, la problématique liée à l'objet de l'hypothèque par opposition à l'objet des autres démembrements nommés de la propriété est rarement abordée<sup>23</sup>.

Ajoutons, enfin, que l'introduction formelle de la notion de démembrement au Code a été faite en des termes qui écartent une fois pour toutes l'idée de *numerus clausus* en la matière<sup>24</sup>, mais que celle relative à la modalité de propriété s'est accompagnée de

---

20. Art. 948 C.c.Q. : « *La propriété d'un bien donne droit à ce qu'il produit et à ce qui s'y unit, de façon naturelle ou artificielle, dès l'union. Ce droit se nomme droit d'accession.* » (Nos italiques).

21. *Infra*, p. 342.

22. S. NORMAND, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 31; P.-C. LALOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 183-185.

23. Voir : François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.* 803-822.

24. L'article 1119 C.c.Q. énonce que « L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont **des** démembrements du droit de propriété » et non pas sont les démembrements du droit de propriété. L'absence de *numerus clausus* pour les démembrements de la propriété est maintenant chose unanimement acquise en droit positif québécois.

commentaires qui trahissent une incapacité certaine à traduire le phénomène de façon adéquate et complète<sup>25</sup>.

#### **D. La poursuite de la désaffectation pour l'usufruit**

L'usufruit est, parmi les démembrements traditionnels de la propriété, celui qui, lors de la recodification de 1994, a subi le plus grand nombre de retouches. Ces retouches, qui rendent le manie-ment du droit beaucoup plus souple, augmentent tout naturelle-ment l'attrait de l'institution pour en favoriser l'épanouissement dans la modernité<sup>26</sup>.

Avec le recul du temps, il semble cependant que les efforts du législateur en vue d'assurer à l'usufruit une nouvelle place au soleil ont été vains. Par exemple, en matière successorale, qui a été sa terre d'élection pendant si longtemps, l'usufruit n'arrive pas à con-trer l'avance grandissante et constante de la fiducie. Cette avance, la fiducie l'avait déjà bien amorcée avant la réforme du Code parce qu'elle constituait un instrument mieux adapté à la transmission et à la gestion de fortunes à caractère mobilier plutôt qu'immobilier. Les nouvelles mesures en matière d'usufruit de créances et autres valeurs mobilières de tout genre sont ainsi arrivées trop tard pour freiner le mouvement vers la fiducie, et ce d'autant plus que la fiducie a bénéficié dans le même temps d'attentions particulières de la part du législateur pour en faciliter et en encourager l'emploi<sup>27</sup>.

En matière immobilière par ailleurs, domaine d'application traditionnelle de l'usufruit, « la conciliation des intérêts divergents de l'usufruitier et du nu-proprétaire<sup>28</sup> » n'a pas suffi pour lancer la

---

25. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 556 : « On traite des modalités de la propriété lorsque les règles de droit régissent les rapports de plusieurs personnes qui ont un droit de propriété complet comportant tous les attributs de la propriété, usage, jouissance et libre disposition ». Pareille description, qui pourrait fort bien correspondre à celle de propriétaires voisins, n'indique pas en quoi il y a manière d'être particulière du droit de propriété. Certes, la modalité n'emporte pas éclatement de faisceau des prérogatives de la propriété, n'infléchit pas le droit de son titulaire à la qualité pleine et entière de propriétaire, mais elle ne s'analyse par ailleurs pas en soi, fondamentalement, en « règles de droit régissant les rapports de plusieurs personnes ». Voir : François FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. I, « Personnes, successions, biens », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 671-672.

26. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 660-662.

27. *Ibid.*, p. 746-747.

28. *Ibid.*, p. 661.

carrière de ce droit en matière de protection de l'environnement, carrière aux perspectives d'avenir brillantes prédisait-on pourtant<sup>29</sup>. En effet, c'est à la « réserve naturelle volontaire » et non à l'usufruit que le législateur québécois a eu recours pour favoriser la conservation des sites naturels privés en cette province, conservation justifiée pour des raisons tant d'ordre écologique, culturel, historique que patrimonial<sup>30</sup>. Cette réserve grève le bien-fonds visé et son établissement peut être fait à perpétuité<sup>31</sup>. Enfin, il est extrêmement douteux que le recours à l'usufruit pour l'établissement de droits de jouissance à temps partagé sur les parties privatives d'un immeuble tenu en copropriété divise puisse constituer une voie d'avenir pour ce démembrement de la propriété, voire une planche de salut. En effet, l'expérience passée était fondée sur la prémisse, malheureusement fautive, que l'ancien article 689 C.c.B.C. ne s'appliquait pas entre co-usufruitiers. Le nouveau Code éclaircit ce point<sup>32</sup>. L'effet combiné des articles 1014 et 1058 C.c.Q. sera par ailleurs de réserver cette niche particulière au domaine de l'indivision conventionnelle entre copropriétaires d'une ou plusieurs unités.

En somme, le démembrement d'usufruit n'était plus de son temps bien avant l'adoption du nouveau Code et le processus de révision, quoique réussi sur le plan technique, est survenu trop tard pour changer les habitudes établies d'avoir recours à d'autres mécanismes apparemment mieux adaptés à la satisfaction des besoins changeants de notre société.

Comme diminutif de l'usufruit, le droit d'usage de l'article 1172 C.c.Q. aurait dû connaître un sort identique à ce démembrement classique de la propriété. Or, il n'en est rien, plus particulièrement en ce qui a trait au droit d'usage appliqué à une maison, qui poursuit son adaptation aux nouvelles dispositions le concernant sans trop déborder le cadre étroit des rapports familiaux<sup>33</sup>. Bref, il répond toujours à un besoin et son avenir semble très bien assuré.

---

29. Denis-Claude LAMONTAGNE, « D'antiques institutions juridiques au service d'un nouvel environnement », (1991-92) 94 *R. du N.* 131.

30. *Loi sur les réserves naturelles en milieu privé*, L.Q. 2001, c. 14.

31. *Ibid.*, art. 1.

32. Art. 911 C.c.Q., 1<sup>er</sup> alinéa : « On peut, à l'égard d'un bien, être titulaire, seul ou avec d'autres, d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel ou encore être possesseur du bien. » (Nos italiques).

33. Voir notamment : *St-Jean c. St-Jean et al.*, [2002] R.D.I. 99 (C.S.); *Faucher et al. c. Faucher*, [2001] R.D.I. 275 (C.S.).

### E. Le rappel à l'ordre du législatif au judiciaire concernant l'emphytéose

La survenance de certains événements graves avait conduit le législateur à faire une mise en application anticipée d'une partie de la réforme du droit des biens ayant trait à l'emphytéose<sup>34</sup>. Le nouveau Code a donc surtout servi à qualifier adéquatement ce droit comme démembrement de la propriété<sup>35</sup> et, par voie de conséquence, à extirper l'institution millénaire du cadre et du vocabulaire de son ancien mode de constitution, savoir : le bail<sup>36</sup>. Depuis lors, l'emphytéose continue plus que jamais de servir, sur le plan juridique, de cheville ouvrière dans le domaine de l'exploitation profitable des immeubles principalement en milieu urbain, et ce sans trop retenir l'attention du droit positif.

Voilà tout à coup qu'une affaire assez simple à résoudre est portée devant le tribunal en 1997 et tranchée en Cour d'appel trois ans plus tard au mépris, malheureusement, des textes et des conséquences liées aux textes gouvernant le droit d'emphytéose. En un mot, la Cour d'appel<sup>37</sup> a refusé de reconnaître que l'emphytéote était, en raison du droit d'accession dont s'était départi le nu-propriétaire lors de la cession en emphytéose, propriétaire superficielle des améliorations qu'il réalisait. C'était là accréditer en très peu de mots une idée formulée à une époque où il suffisait trop souvent d'énoncer une opinion sans avoir à en démontrer le bien-fondé, la pertinence véritable<sup>38</sup>. Au résultat, en l'espèce,

34. *Loi modifiant le Code civil en matière de copropriété et d'emphytéose*, L.Q. 1988, c. 16; François FRENETTE, « Intervention récente du législateur en matière d'emphytéose et de copropriété », (1988) 5 *C.P. du N.* 469, 477-478.

35. Art. 1119 C.c.Q.; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 701.

36. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 700.

37. *H.L.P. Société en commandite c. Beauport (Ville de)*, [2000] R.J.Q. 1095 (C.A.).

38. L'honorable Louis LeBel, qui a rédigé le jugement, accepte la position de feu J.-G. Cardinal qui, en deux petites phrases, avait dit sans plus d'explication que « L'emphytéote n'est ni propriétaire du sol, ni des plantations, ouvrages ou constructions. Il ne détient qu'un droit démembrement dans ces choses ». (Jean-Guy CARDINAL, *Le droit de superficie*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1957, p. 176). Le temps a sans doute manqué au savant juge, d'une part, de lire l'**Avant-propos** de J.-G. Cardinal à l'effet que le texte de sa thèse publié avait « été ensuite revu et amendé » et, d'autre part, de prendre connaissance du texte de la **conclusion** de l'auteur mentionnant « Enfin, le droit de superficie se rencontre souvent lié à l'emphytéose dans des constructions faites pour faciliter un développement domiciliaire à bas prix. Aux termes de ces contrats le preneur est tenu d'apporter des améliorations au fonds et de payer le canon, tout en demeurant *propriétaire* de certains ouvrages qu'il érige lui-même » (à suivre...)

aucun droit de mutation n'était exigible dans certains cas d'aliénation complète de droits par l'emphytéote. Comme le législateur avait toutefois cheminé en accord avec la doctrine depuis nombre d'années, il s'est empressé de contrecarrer les effets de la décision de la Cour d'appel en amendant la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* pour qu'une cession de la propriété des améliorations, faite isolément ou dans le cadre d'une aliénation totale de droits, soit considérée comme un « transfert » au sens de ladite loi<sup>39</sup>.

### F. La servitude dans l'orbe de la temporalité

Si la réforme du droit des biens a transformé les anciennes servitudes dérivant de la situation des lieux et celles établies par la loi en « règles particulières à la propriété immobilière »<sup>40</sup>, elle n'a, sauf pour ce qui a trait à leurs causes d'extinction<sup>41</sup>, peu ou pas touché aux servitudes établies par le fait de l'homme, appelées servitudes tout court dans le nouveau Code<sup>42</sup>. Rien ne mérite donc que nous nous attardions sur un droit aussi peu réformé si ce n'est pour dire, outre nos remarques en deuxième partie du présent exposé<sup>43</sup>, qu'il ne faudrait peut-être pas sous-estimer l'importance et, partant, l'impact à moyen terme d'un changement d'apparence insignifiante, changement qui autorise le rachat de la servitude de passage lorsqu'il n'y a pas d'état d'enclave<sup>44</sup>. Le principe du rachat avait d'abord, faut-il le rappeler, été appliqué à toute espèce de servitudes<sup>45</sup>, le législateur acceptant à la dernière heure seulement d'en limiter la portée à la servitude de passage<sup>46</sup>. Il s'agit donc d'une première atteinte à la perpétuité *par nature* des servitudes, trait caractéristique de ce démembrement aujourd'hui perçu par

---

(...suite)

(*Ibid.*, p. 252; notre italique). Au demeurant, il est curieux que, six ans après la mise en vigueur du *Code civil du Québec*, l'emphytéose soit encore un bail emphytéotique et l'emphytéote un preneur pour ce savant juge. Il est tout aussi curieux que la contradiction entre la *ratio* du jugement et le premier alinéa de l'article 1040 C.c.Q. lui ait échappé.

39. *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., c. D-15.1, art. 1.

40. Art. 976-1008 C.c.Q.

41. *Le rachat*, art. 1191(4) et 1189-1190 C.c.Q.

42. Art. 1177 C.c.Q. ainsi que le chapitre III du Titre IV du Livre IV *Des Biens*, chapitre intitulé « Des servitudes ».

43. *Infra*, p. 360.

44. Art. 1189 C.c.Q.

45. *Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18, art. 1212.

46. Art. 1189-1190 C.c.Q.

plusieurs comme un obstacle au changement, lequel est devenu la norme de fonctionnement en société. Les vingt ans restant à courir au délai fixé par l'article 64 de la *Loi d'application*<sup>47</sup> s'écouleront sans doute avant que nous assistions à une montée en masse des propriétaires de fonds servant vers les tribunaux, mais il ne faudrait pas être surpris si, entre-temps et à la faveur d'une accélération de la cadence du changement des mœurs en société, l'idée d'une généralisation de la règle du rachat s'impose au point de pouvoir retenir à nouveau l'attention du législateur.

Il ne faut évidemment pas faire de la perpétuité *par nature* des servitudes un absolu en soi. La pertinence d'un mécanisme d'ajustement en ce domaine ne peut en effet être remise en cause, mais il y a et il y aura toujours des *situations*, notamment en matière de protection de l'environnement compris dans son sens le plus large, où la *pérennité est une nécessité*. Elle est parfois le seul frein à une exploitation indue des immeubles basée sur l'appât du gain.

### **G. La fiducie à la recherche de son accomplissement**

La fiducie définie comme patrimoine d'affectation autonome sans titulaire et sur lequel le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire n'ont aucun droit réel<sup>48</sup>, a été sans conteste l'innovation majeure de la révision du Code civil en droit des biens. La fiducie étant et ayant toujours été une forme de détention d'un bien pour autrui, son rapatriement à la matière des biens était inéluctable dès lors que l'institution était distinguée de son mode de constitution. Sous le *Code civil du Bas Canada*, le mode de constitution autorisé avait en effet inutilement confiné *le trust* au domaine des libéralités entre vifs et à cause de mort<sup>49</sup>, occultant de ce fait une bonne partie de l'essentiel en l'espèce.

La redéfinition de la fiducie comme patrimoine sans sujet de droit avait pour but, d'une part, de liquider un virulent contentieux sur la nature de l'institution en droit civil québécois<sup>50</sup> et, d'autre

47. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57; 30 ans à compter de l'entrée en vigueur du C.c.Q.

48. Art. 1261 C.c.Q.

49. Art. 981a) C.c.B.C.

50. Sylvio NORMAND et Jacques GOSELIN, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », (1990) 31 *C. de D.* 681-729; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 741 et 749.

part, d'offrir aux justiciables québécois, notamment aux gens d'affaires, un outil comparable, de par l'étendue de son nouveau champ d'application et la souplesse de sa réglementation, au *trust* employé partout ailleurs au Canada et aux États-Unis<sup>51</sup>. Il n'y a aucun doute que le premier objectif a été atteint bien que le choix du moyen pour l'atteindre nous apparaisse toujours contestable tellement il n'était pas et n'est pas, nonobstant toute prétention contraire, en harmonie avec les principes du droit civil<sup>52</sup>. Nous sommes, quant au deuxième objectif, assez loin du compte cependant.

Métamorphosée par la réforme, la fiducie du nouveau Code est tout autant en rupture avec la tradition du droit anglais d'où l'institution est issue<sup>53</sup>. Partant, les conseillers juridiques d'entreprises américaines et canadiennes la proposent peu ou pas à leurs clients faisant ou désirant faire affaires au Québec. Pour l'heure, la fiducie n'attire donc pas de nouveaux capitaux et n'empêche pas de façon significative l'exode du capital québécois vers des lieux où les montages financiers se font et se défont suivant les usages bien établis en common law. Peu de juristes québécois par ailleurs semblent intéressés à tirer vraiment parti, sur le plan de la recherche fondamentale et appliquée, du riche potentiel de la fiducie d'utilité privée, *seul patrimoine à but constituant une véritable nouveauté en la matière*. Le descriptif évocateur et sommaire de cette espèce de fiducie tient généralement lieu d'étude; ce qui laisse temps et place au développement des créneaux traditionnels que sont la rédaction de testament, la planification fiscale et successorale, les sûretés, l'analyse comparative, etc. Cet état des choses changera sans doute avec le temps, du moins l'espérons-nous.

Si la doctrine québécoise s'est montrée un tant soit peu conservatrice dans le maniement de l'institution fiduciaire, il est à signaler que l'État n'a pas hésité à y avoir recours dans le domaine

---

51. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 741, 750-751.

52. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 742. Les difficultés à surmonter et les ajustements à faire auraient pu être aplanis, d'une part, par l'introduction de la règle de la divisibilité du patrimoine et, d'autre part, par la reconnaissance que le droit de propriété et la détention de son titre n'obligent pas forcément à jouir du bien.

53. Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 29, 34, 39; John E.C. BRIERLEY, « Titre sixième – De certains patrimoines d'affectation – Les articles 1256-1298 », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 1, « Personnes, successions, biens », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 735, 739-745.



de l'administration publique. La *Loi sur la Financière agricole du Québec* prévoit non seulement que cette société mandataire de l'État « peut constituer et administrer tout patrimoine fiduciaire »<sup>54</sup>, mais aussi que les Fonds d'assurance-récolte et le Fonds d'assurance-stabilisation des revenus agricoles « constituent des patrimoines fiduciaires administrés par la Financière agricole du Québec »<sup>55</sup>. La *Loi modifiant la Loi sur la santé et la sécurité du travail et d'autres dispositions législatives*<sup>56</sup> sert pour sa part de fondement à la constitution en bonne et due forme d'une fiducie d'utilité sociale, le Fonds de la santé et de la sécurité du travail, affectée 1) au versement des sommes ou prestations auxquelles peut avoir droit toute personne en vertu des lois administrées par la Commission de la santé et sécurité du travail et 2) à l'atteinte de toute autre fin prévue par ces lois<sup>57</sup>. D'autres applications sont à prévoir pensons-nous.

## **PARTIE II- LA RÉFORME DU DROIT DES BIENS : DIFFICULTÉS D'INTERPRÉTATION**

### **A. Les immeubles et le nouveau défi de leur qualification**

L'article 900 C.c.Q. énumère un certain nombre de biens corporels qui, dans leur état habituel et normal, ont pour trait commun d'être immobiliers, d'avoir une assiette fixe, et ce par opposition à tous ces autres biens corporels qui, dans leur état habituel et normal, se caractérisent par leur mobilité intrinsèque ou extrinsèque. L'article 900 C.c.Q. ne contient toutefois pas de définition de cette catégorie de biens corporels, autrefois connue sous le nom *d'immeubles par nature* sans être davantage définie *in se*. Le recours à l'exemple parlant plutôt qu'à la définition permettant de cerner le genre, a pour résultat de rendre l'occupation juridique de la troisième dimension beaucoup plus difficile. La dimension verticale a en effet pris, dans le développement du centre urbain des grandes villes, une importance considérable et le traitement des difficultés y associées s'accommode mal avec des idées liées à une vision purement planimétrique de la réalité. Cette question sera abordée dans le cadre de nos propos portant sur la propriété superficielle<sup>58</sup>.

54. *Loi sur la Financière agricole du Québec*, L.Q. 2000, c. 53, art. 22(7).

55. *Ibid.*, art. 70.

56. *Loi modifiant la Loi sur la santé et la sécurité du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2000, c. 76.

57. *Ibid.*, art. 2.

58. *Infra*, p. 340.

Les constructions et les ouvrages à caractère permanent qui se trouvent sur un fonds de terre sont les « bâtiments » de l'ancien article 376 C.c.B.C., suivant l'interprétation qu'en avait donné le droit positif au moment de la réforme du Code<sup>59</sup>. Cette simple mesure d'actualisation de la règle de droit sur laquelle les tribunaux n'ont pas eu encore à se prononcer vraiment, donne lieu à de légers égarements en doctrine.

Sous l'ancien Code comme sous le nouveau, les fonds de terre et les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s'y trouvent sont placés sur un pied d'égalité. Dans leur état normal et naturel ils ont tous une assiette fixe, laquelle leur a été assignée par la nature dans le cas du sol et par l'homme dans le cas des constructions et ouvrages à caractère permanent. Ces derniers ne sont donc pas une émanation du premier, un sous-produit d'icelui; le sol est tout simplement l'exemple par excellence d'un bien à assiette fixe, l'exemple par excellence donc d'un immeuble<sup>60</sup>.

Aussi, est-il inquiétant de lire aujourd'hui que la catégorie des immeubles par nature « regroupe [...] les fonds de terre, les constructions ou ouvrages à caractère permanent *intégrés* à un fonds de terre »<sup>61</sup> ou, encore que les constructions et ouvrages à caractère permanent « Sans être intrinsèquement immeubles en raison de leur nature, [...] deviennent immeubles lorsqu'ils adhèrent au sol, parce qu'ils rejoignent le sol, *font corps avec lui* et acquièrent de la sorte un caractère de stabilité »<sup>62</sup>. Pareil discours, bien qu'il soit suivi de propos démontrant que les auteurs concernés n'ont pas perdu tout sens des distinctions, *laisse d'une part entendre que la règle de l'article 901 C.c.Q. pourrait s'appliquer aux « bâtiments » et traduit d'autre part une perception de la relation entre le sol et les constructions et ouvrages à caractère permanent s'y trouvant qui favorisera une intensification du lien physique et matériel nécessaire à la qualification de ces derniers comme immeubles*. Or, la lecture combinée du premier alinéa de l'article 900 et de l'article 901 C.c.Q. indique bien que cette dernière disposition soit réservée aux meubles qui font partie intégrante des constructions et ouvrages à caractère permanent. De plus, l'adhérence au sol

---

59. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 529.

60. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 61.

61. Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002, n° 58 (nos italiques).

62. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 65 (nos italiques).

selon le premier alinéa de l'article 900 C.c.Q. aussi bien qu'au sens même du terme ne requiert pas l'incorporation au sol au sens strict. La définition du terme adhérence correspond plutôt à ce qui est énoncé à l'article 903 C.c.Q., soit : état de deux corps étroitement unis, attachés entre eux<sup>63</sup>. Ainsi, lorsque les *Commentaires du ministre de la Justice* mentionnent que le premier alinéa de l'article « clarifie donc la règle eu égard au caractère immobilier des constructions ou ouvrages qui adhèrent au fonds et la notion de permanence vient accroître le caractère de stabilité de ces biens »<sup>64</sup>, les mots « qui adhèrent au fonds » renvoient à et équivalent à « qui s'y trouve »<sup>65</sup> et l'expression « notion de permanence » renvoie à et équivaut aux termes « à caractère permanent »<sup>66</sup> employés pour dépeindre la « stabilité »<sup>67</sup> qui sied habituellement à ce type de biens. *Bref, la permanence, comme l'indique si bien le premier alinéa de l'article 900 C.c.Q., est un trait des constructions et des ouvrages et non une caractéristique du lien d'adhérence, lequel ne comprend pas l'incorporation au sens strict du terme.*

Considérons, en terminant, le deuxième alinéa de l'article 900 C.c.Q. Les termes de la disposition donnent à entendre que le législateur a procédé à une codification de la notion de meuble par anticipation pour le cas seulement des fruits et autres produits du sol et non pas pour celui, fort courant, des constructions, ouvrages à caractère permanent ou partie intégrante d'iceux vendus pour les matériaux provenant de leur démolition. Les *Commentaires du ministre de la Justice* sous l'article 900 C.c.Q.<sup>68</sup> ne permettent pas de conclure que la restriction était voulue, recherchée. Par ailleurs, les arrêts rendus et publiés depuis 1994 traitent d'hypothèses carrément envisagées par le libellé du deuxième alinéa de l'article 900 C.c.Q.<sup>69</sup>. Éventuellement, les tribunaux auront donc à décider en donnant une interprétation restrictive du fameux deuxième alinéa de l'article 900 C.c.Q., ou en considérant les fruits et autres produits du sol comme des exemples liés au contexte des végétaux et minéraux abordés par ledit alinéa, exemple n'excluant pas

63. Adhérence : état d'une chose qui adhère, tient fortement à une autre. Adhérer : tenir fortement par un contact étroit de la totalité ou de la plus grande partie de la surface. (*Le Petit Robert I*).

64. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 529.

65. Art. 900 C.c.Q., 1<sup>er</sup> alinéa.

66. *Ibid.*

67. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 529.

68. *Ibid.*

69. *Lessard c. Charplan Inc.*, [1994] R.D.I. 181 (C.S.) – arbres à abattre; *Maurice c. Morin et al.*, [1995] R.D.I. 10 (C.S.) – gravier à extraire.

l'éventualité de meubles par anticipation en rapport avec les constructions, les ouvrages à caractère permanent et les parties intégrantes d'iceux visés par le premier alinéa du même article. La notion même de meuble par anticipation n'autorise d'ailleurs aucune discrimination en l'espèce, ce que démontre on ne peut mieux l'article 2698 C.c.Q. qui envisage l'application de ladite notion dans le cadre d'une affectation hypothécaire.

### **B. Les eaux souterraines et leur statut juridique**

L'eau est essentielle à la vie au même titre que l'air et la lumière. D'emblée, elle est ainsi considérée, par le Code civil<sup>70</sup> et par le droit positif québécois<sup>71</sup>, comme une chose commune (*res communis*), une chose qui n'est pas susceptible d'appropriation privée par les particuliers ou par l'État. Les particuliers ne peuvent qu'en user et l'État que veiller à sa gestion et préservation dans l'intérêt de la collectivité. Cette belle unanimité au plan même du principe tend toutefois à s'effriter lorsqu'il s'agit de prendre en compte *le cas des eaux souterraines par opposition aux eaux courantes de surface*<sup>72</sup>.

Le *Code civil du Bas Canada* ne traitait pas spécifiquement de l'eau souterraine, mais stipulait, à l'article 502 C.c.B.C., que la personne ayant « une source dans son fonds peut en user et en disposer à sa volonté ». Suivant l'opinion dominante, cela signifiait forcément que le propriétaire du fonds comprenant une source était propriétaire de la source et, partant, de l'eau de la source; la maxime *cujus est solum ejus debet esse usque ad coelum et usque ad infernos* consacrée par l'article 414(1) C.c.B.C. étant par ailleurs accessoirement invoquée au soutien de ce raisonnement. De là vint tout naturellement l'idée que le statut et le régime des eaux souterraines et des eaux de source étaient identiques. Ces eaux étaient donc des biens et, à ce titre, sujets au droit de libre disposition de leur propriétaire<sup>73</sup>. Et l'État n'était pas réfractaire à ce genre de logique lorsque la recodification fut entreprise, même si sa position n'était pas étalée au grand jour.

70. Art. 913 C.c.Q. 2<sup>e</sup> alinéa *a contrario*; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 577.

71. S. NORMAND, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 62; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n<sup>o</sup> 258.

72. Sur la question, lire : M. CANTIN CUMYN et C. SKRINDA, « L'eau, chose commune : un statut juridique à confirmer », (2000) *R. du B. can.* 398.

73. Sur la question, lire : René DUSSAULT et Louis BERGEAT, *Traité de droit administratif*, Québec, P.U.L., T. 2, 2<sup>e</sup> éd., 1986, p. 116-118.

Le premier alinéa de l'article 980 C.c.Q. reprend ainsi la règle de l'article 502 C.c.B.C. en supprimant seulement les mots « à sa volonté » quant au droit d'user et de disposer d'une source. Le premier alinéa de l'article 951 C.c.Q., pour sa part, reproduit *ne varietur* le texte de l'article 414(1) C.c.B.C. voulant que « la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous ». C'est dans ce contexte à portée très mesurée en espèce que s'inscrivent, à l'article 913 C.c.Q., d'une part, la reconnaissance de l'existence des *res communes*, déjà énoncée à l'article 585 C.c.B.C., et, d'autre part, l'exception, de droit tout à fait nouveau, rendant susceptible d'appropriation l'eau qui, non destinée à l'utilité publique, est recueillie et mise en récipient. L'eau souterraine dite également minérale, captée et embouteillée, est donc devenue un bien à l'occasion de la réforme du Code, un bien et une ressource dont la protection contre l'épuisement ne relèverait pas, sauf exception, de l'État mais bien de toute autre personne ayant également droit à cette eau<sup>74</sup>.

Peu de temps après la mise en vigueur du nouveau Code, la consommation de l'eau est devenue un sujet de grande actualité au Québec comme ailleurs. Parmi toutes les questions soulevées et débattues, celles ayant trait à l'exploitation indue de la ressource, notamment par captage des eaux souterraines, étaient fort préoccupantes. Le gouvernement n'eut d'autre choix que de faire face. Une consultation publique sur la gestion de l'eau dans la perspective d'un développement durable fut tenue. Les documents publiés par le ministère de l'Environnement et de la Faune avant et à l'occasion de cette consultation ont *alors* révélé, sans détours ni ambages, que le gouvernement adhérait fermement à l'idée d'une propriété des eaux souterraines fondée sur celle du sol les contenant, propriété emportant un droit de puiser restreint uniquement par l'article 982 C.c.Q.<sup>75</sup> Se sentant de ce fait pris, pour étendre son contrôle sur l'usage de la ressource, entre l'expropriation des eaux souterraines et leur qualification comme *res communes*, le gouvernement opta, en 1999, pour la simple interdiction de

74. Art. 982 C.c.Q.

75. *La politique de protection et de conservation des eaux souterraines*, Gouvernement du Québec, ministère de l'Environnement et de la Faune, Document de travail, juin 1997; *Plan d'action de la politique de protection et de conservation des eaux souterraines*, Gouvernement du Québec, ministère de l'Environnement et de la Faune, Projet avril 1996; *La gestion de l'eau au Québec*, document de consultation publique, Gouvernement du Québec, ministère de l'Environnement, 1999 (ISBN-2-500-338448).

transférer hors Québec les eaux de surface et les eaux souterraines qui y sont prélevées<sup>76</sup>. L'interdiction, justifiée par la seule nécessité de prévenir les atteintes à l'environnement pouvant provenir de tels transferts hors Québec, « n'est toutefois pas applicable aux eaux prélevées pour être commercialisées comme eaux de consommation humaine, pour autant que ces eaux soient emballées au Québec dans des contenants de 20 litres ou moins »<sup>77</sup>. Le geste était pour le moins extrêmement timide, mais par ailleurs nullement en contradiction avec la mesure d'exception prévue au deuxième alinéa de l'article 913 C.c.Q.

*Bien que l'existence du deuxième alinéa de l'article 913 C.c.Q. soit indéniable, l'heure est venue pour le gouvernement, pensons-nous, de faire une nouvelle lecture des règles qui l'ont entraîné à percevoir l'eau souterraine comme un bien. L'enjeu est en effet trop important pour qu'il s'en tienne à une vision des choses fondée tant sur une interprétation contestable de certaines dispositions du Code que sur une appréciation dépassée du régime naturel des eaux.*

Le premier alinéa de l'article 980 C.c.Q., comme l'ancien article 502 C.c.B.C., porte sur la source qui n'est pas la tête d'un cours d'eau de surface et qui ne tombe pas sous le coup d'application de l'article 979 C.c.Q. relatif à l'écoulement naturel des eaux. La disposition traite donc de l'émergence d'eau en provenance d'une nappe aquifère superficielle, dite également phréatique, et où la faiblesse du débit de l'eau émergente permet qu'elle soit absorbée par le sol entourant son point de sortie de terre. Le législateur a établi que le propriétaire ayant ainsi source dans son fonds « peut en user et en disposer », c'est-à-dire en faire emploi suivant le besoin, y compris pour la consommation humaine et domestique. *D'une part* donc, il n'est pas question audit article de résurgence, c'est-à-dire d'une réapparition à la surface du sol de l'eau d'une rivière souterraine ni, *d'autre part*, de propriété de l'eau souterraine sous forme de nappe; ce que confirme le texte de l'article 982 C.c.Q. en distinguant non seulement entre la source (*i.e.* l'émergence de l'eau) et la nappe d'eau souterraine, ainsi

---

76. *Loi visant la préservation des ressources en eau*, L.Q. 1999, c. 63, qui fut suivie de la *Loi modifiant la Loi visant la préservation des ressources en eau*, L.Q. 2001, c. 48, devenue L.R.Q., c. P-18.1.

77. L.R.Q., c. P-18.1, art. 2(2). Pareille disposition ne protège aucunement contre l'épuisement de la ressource, mais elle protège certainement d'autres intérêts.

qu'entre la source, la nappe d'eau souterraine et la rivière souterraine, mais aussi en qualifiant d'**usage** le droit de la personne ayant accès à cette ressource.

Considérons à présent le premier alinéa de l'article 951 C.c.Q. voulant que « La propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous. » Il est unanimement admis que cette disposition traduit bien l'omnipotence du droit de propriété appliqué à un fonds : des cieus aux enfers. L'image est forte et séduisante, mais ce n'est qu'une image sans correspondance aucune depuis longtemps avec la réalité où un propriétaire n'a juridiquement droit qu'à l'espace *utile* en surface et en sous face de sa parcelle, *le seul espace qui soit d'ailleurs vraiment susceptible d'appropriation privée*<sup>78</sup>. Une telle image, tout aussi évocatrice que périmée, ne peut honnêtement pas servir de fondement, même à titre accessoire, à la qualification des eaux souterraines comme biens sous le contrôle absolu du propriétaire du fonds dans lequel ces eaux seraient situées. Et cela d'autant plus que la propriété requiert, comme tout droit réel, un objet déterminé et délimité<sup>79</sup>. Or, les eaux souterraines sont en perpétuel mouvement, rapide pour les rivières, lent et cyclique pour les nappes. *Elles ne se prêtent par conséquent pas à détermination et délimitation en fonction de la longueur et de la largeur d'une surface donnée au sol, c'est-à-dire en fonction des dimensions d'un lot de cadastre.*

Au terme de notre étude des principales dispositions du *Code civil du Québec* invoquées par le gouvernement pour asseoir son opinion sur la qualification de l'eau souterraine comme un bien, force est de constater que cette opinion est erronée. Certes, il n'est pas nouveau que la main droite (l'exécutif) ignore ce que la main gauche (le législatif) a fait. L'intérêt général commande cette fois cependant que la méprise cesse pour que l'État assume sans réticence ni arrière-pensée toute l'autorité à sa disposition en matière de gestion de l'eau. Aussi serait-il opportun que le premier alinéa de l'article 913 C.c.Q. soit légèrement modifié pour que l'eau soit, au même titre que l'air, voire la lumière, identifiée comme chose commune. Pour l'heure, il faut le déduire par le biais de l'exception du deuxième alinéa de l'article. Ce deuxième alinéa

78. S. NORMAND, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 187; Christine GAGNON, « Applications contemporaines de la propriété superficielle et questions pratiques incidentes », (2002) 1 *C.P. du N.* 25, 31.

79. S. NORMAND, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 29-30; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 177-178; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n° 103.

devrait même disparaître ou, se lire à tout le moins comme suit : l'air et l'eau recueillis et mis en récipient sont également régis par des lois d'intérêt général. L'article 951 C.c.Q. pourrait demeurer inchangé parce que le libellé de son deuxième alinéa permet déjà à l'État d'exercer un contrôle sur des opérations de captage. Quant à l'article 982 C.c.Q., il n'exclut pas l'intervention de l'État tout en autorisant celle du citoyen pour veiller à la préservation de la ressource.

### **C. La propriété immobilière et certaines de ses règles particulières**

Les articles 976 à 1008 C.c.Q. ne font pas que reprendre et mettre à jour les dispositions de l'ancien Code relatives aux servitudes dérivant de la situation des lieux et aux servitudes établies par la loi. Les règles particulières à la propriété immobilière comprennent également des nouveautés issues de l'évolution du droit positif. Parmi ces nouveautés, il appert que les prescriptions relatives aux troubles de voisinage et aux empiètements ne sont pas couchées en des termes qui donnent entièrement satisfaction.

#### ***a) Les troubles de voisinage***

Le domaine propre aux troubles de voisinage n'est pas encore clairement circonscrit et le fondement de la responsabilité pour tels troubles continue d'être une pomme de discorde au sein de la communauté juridique québécoise<sup>80</sup>.

##### *1. La sphère propre aux troubles de voisinage*

L'article 976 C.c.Q. codifie « la doctrine et la jurisprudence sur les troubles de voisinage; cette doctrine et cette jurisprudence ont été élaborées avant tout sur la base de l'abus de droit de propriété, pour ensuite obtenir un cadre particulier d'application relativement aux troubles de voisinage »<sup>81</sup>. Ces propos du ministre de la Justice confirment clairement l'autonomie du concept de troubles de voisinage, autonomie acquise au détriment du terrain occupé

---

80. Nous reprenons une partie de nos propos dans : François FRENETTE, « Les troubles de voisinage », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit immobilier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 145-152.

81. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 573.



par la notion de l'abus de droit. Ils permettent aussi d'utiliser l'abus de droit comme repoussoir pour arriver à mieux cerner ce qui caractérise les troubles de voisinage.

L'article 7 C.c.Q. dispose de l'abus de droit de propriété en général et, par voie de conséquence, de l'abus de droit de propriété. Comme l'article 6 C.c.Q., « il introduit au Code une règle reposant sur le respect des principes de justice et de valeurs morales et sociales dans l'exercice des droits en indiquant les deux axes de l'abus de droit : l'intention de nuire ou l'acte excessif et déraisonnable »<sup>82</sup>.

Du texte des articles 976 et 7 C.c.Q., ainsi que des *Commentaires du ministre de la Justice* les accompagnant, il suit que les troubles de voisinage et l'abus de droit de propriété ne peuvent plus être mélangés depuis la révision du Code civil et que tout exercice des prérogatives de la propriété entrepris avec une malveillance arrêtée ou empreint d'excès et de déraison, n'est pas un trouble de voisinage. L'existence d'arrêts où l'une ou l'autre notion sont encore confondues ne peut donc que surprendre<sup>83</sup>.

Sachant que le trouble de voisinage doit se distinguer de l'abus de droit de propriété et que la qualification ne dépend ni d'une intention malicieuse ni d'un geste excessif et déraisonnable posé par un propriétaire dans l'exercice de son droit, voyons comment le texte et le contexte de l'article 976 C.c.Q. peut nous aider à cerner de plus près le concept de trouble de voisinage.

L'article 947(1) C.c.Q. définissant la propriété annonce l'article 976 C.c.Q., qui a, lui, pour fonction de servir de disposition générale aux différentes sections composant le chapitre sur les règles particulières à la propriété immobilière. Selon la logique de la démarche suivie par le législateur, il apparaît ainsi que les *troubles de voisinage s'insèrent dans une problématique mettant exclusivement en cause des propriétaires dont les immeubles doivent être avoisinants ou contigus, et ce pour des actes qu'ils posent chez eux*. L'article 976 C.c.Q. ne peut donc recevoir une interprétation libérale et être appliqué à tout titulaire d'un droit réel ou personnel

---

82. *Ibid.*, p. 8.

83. *Lessard c. Dupont Baudoin*, [1997] R.D.I. 45, p. 50 (C.S.); *Trahan c. Toupin*, J.E. 98-1492 (C.Q.); *Hogues ès qualité c. Brassard ès qualité*, [1997] R.D.I. 563, 564 (C.S.); *Norbert c. Lavoie*, C.A., n° 500-09-000660-944, 18 novembre 1998, p. 6.

de jouissance dans un immeuble. Cela excéderait le but poursuivi par la disposition, but qui est, suivant les *Commentaires du ministre de la Justice*, de maintenir la paix non pas entre les citoyens vivant en société en général, mais entre propriétaires voisins seulement<sup>84</sup>.

Il importe d'ajouter à ce stade que le trouble de voisinage doit, considérant la finalité de la disposition pertinente, être afférent à la conduite d'un voisin dans l'exercice de son droit de propriété et non pas simplement correspondre à un acte posé par un voisin comme il aurait pu l'être par n'importe quelle autre personne. Tel que mentionné, l'article 947(1) C.c.Q. qui définit la propriété, annonce l'article 976 C.c.Q. en prévoyant des *restrictions ayant trait à l'exercice de ce droit* et non à l'exercice de tout autre droit ou faculté dont un propriétaire d'immeuble pourrait être titulaire ou bénéficiaire. *Les actes entrant dans le domaine de la liberté individuelle ne relèvent donc pas des troubles de voisinage s'ils sont posés par un ou plusieurs propriétaires voisins*<sup>85</sup>.

L'article 976 C.c.Q. pose d'abord et avant tout « le principe de la tolérance que l'on se doit dans des rapports de voisinage »<sup>86</sup>. L'idée même de tolérance sous-entend, quant aux inconvénients auxquels elle réfère, une certaine forme de récurrence, de continuité, de répétition peu susceptible de se rencontrer en dehors du cadre relativement stable découlant de la relation du voisinage. *Le trouble de voisinage ne peut donc englober l'acte isolé, furtif, passager, dans sa survenance comme dans ses effets, et ce même si cet acte exprime l'exercice d'un attribut consacré de la propriété.*

Jusqu'à présent, le texte de l'article 976 C.c.Q. nous a fourni des paramètres relativement simples et stables pour délimiter le terrain réservé aux troubles de voisinage. Il appert qu'il n'est toutefois pas possible de borner ce terrain parce que le dernier point de référence, la dernière borne demeure flottante. En effet, cette borne est représentée par l'inconvénient normal du voisinage, qui se situe en deçà de la tolérance réciproque que les propriétaires voisins se doivent en fonction tant de la nature et de la situation de leurs

---

84. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 569.

85. Par exemple, un voisin qui parle ou tousse trop fort, qui fume comme une cheminée, qui pratique ouvertement le nudisme ou le voyeurisme, dont les enfants crient à s'époumoner, dont le chien est bruyant ou malodorant ou, enfin, dont le volume des appareils de son est toujours très élevé.

86. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 573.

propriétés, que des usages locaux. *Partant, s'il est facile de savoir que le trouble de voisinage doit être porteur d'un inconvénient grave, anormal, intolérable dans le contexte d'un rapport de voisinage, il est par ailleurs extrêmement difficile de déterminer, suivant la conclusion de l'article 976 C.c.Q., le degré de tolérance admissible dans l'exercice des prérogatives de la propriété suivant la nature ou la situation des immeubles du voisinage ou suivant les usages locaux.* D'une part, les usages locaux ne sont pas toujours définis et ils ont tendance à évoluer. D'autre part, la nature d'un immeuble peut être empreinte d'ambivalence et sa situation dans l'environnement est fonction du caractère changeant ou non de cet environnement. Dans ces conditions, la délimitation du champ des troubles de voisinage est, de cas en cas, forcément laissée à la souveraine appréciation du tribunal dont le jugement rendu aujourd'hui sera tout naturellement révisé demain en fonction de l'évolution des habitudes de vie des propriétaires dans un milieu donné. Il est tout au plus possible, à la consultation des arrêts rendus, de noter que la licéité ou non de l'activité poursuivie par un propriétaire n'est pas un facteur déterminant en la matière et que la norme d'appréciation d'une conduite en milieu rural diffère de celle applicable en milieu urbain, où l'on distinguera également le caractère résidentiel, commercial ou industriel du quartier. À cet égard, il n'y a rien de très nouveau depuis la recodification de 1994. Seuls les cas d'illustration ont changé par rapport à l'ancienne jurisprudence.

## 2. *Le fondement de la responsabilité pour troubles de voisinage*

La question du fondement de la responsabilité pour troubles de voisinage était déjà fort débattue avant 1994. L'article 976 C.c.Q., qui est venu codifier le droit positif en la matière, n'a malheureusement pas mis un terme à ce débat.

La communauté juridique québécoise est essentiellement divisée en deux camps, où s'opposent partisans d'une responsabilité sans faute<sup>87</sup> et partisans d'une responsabilité pour faute, sous forme de négligence<sup>88</sup>.

---

87. Adrien POPOVICI, « La poule et l'homme : sur l'article 976 C.c.Q. », (1997) 99 R. du N. 214, 231, 236 et 247; Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 123, 127, 133-134 et 136; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 447.

88. S. NORMAND, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 103; D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n<sup>os</sup> 234-236.

Dans l'affaire *Lessard et al. c. Bernard et al.*, portant sur la fumée produite par un système de chauffage, le tribunal estime, au sujet de l'article 976 C.c.Q., qu' :

Il n'est plus question ici de faute. Le propriétaire devient responsable de plein droit sans qu'il y ait faute dès que l'utilisation de son droit a pour effet de causer préjudice à autrui si ce préjudice dépasse les inconvénients normaux que chacun est tenu de subir. Dès que l'usage du droit de propriété cause à autrui un préjudice qui dépasse la norme généralement admise des inconvénients normaux du voisinage, eu égard aux circonstances, l'usager du droit devient alors responsable du préjudice causé en raison du fait que son droit est utilisé de manière excessive et anormale. Le droit de jouir de sa propriété s'arrête où celui du voisin commence.<sup>89</sup>

Bref, c'est la preuve et uniquement la preuve d'un dommage réel tenant à l'exercice de la propriété qui engage la responsabilité et non pas la faute commise dans l'exercice de ce droit. Nombre d'arrêts sont invoqués à l'appui de cette position par le tribunal, dont *Katz c. Reitz*<sup>90</sup> sur lequel nous reviendrons sous peu.

Dans l'affaire *Tang c. Murraine et al.* portant sur l'égouttement des eaux de surface entre terrains de niveaux différents, le tribunal se repose entièrement et exclusivement sur les propos du juge Lajoie dans *Katz c. Reitz* à l'effet que :

L'exercice du droit de propriété, si absolu soit-il, comporte l'obligation de ne pas nuire à son voisin et de l'indemniser des dommages que l'exercice de ce droit puisse lui causer. Cette obligation existe, même en l'absence de faute, et résulte alors du droit du voisin à l'intégrité de son bien et à la réparation du préjudice qu'il subit contre son gré, des travaux faits par autrui pour son avantage et profit.<sup>91</sup>

En somme, la responsabilité du propriétaire tient au seul fait du dommage causé dans l'exercice de son droit même s'il n'a pas commis de faute, et ce parce que le voisin n'est pas tenu de subir tel dommage.

89. [1996] R.D.I. 209, 210 (C.S.); voir aussi *Laberge et al. c. Boudreau*, [2001] R.D.I. 764, p. 768 (C.Q.).

90. [1973] C.A. 230.

91. [1997] R.D.I. 555, 556 (C.S.). Voir aussi *Gourdeau et al. c. Letellier de St-Juste et al.*, [2002] R.D.I. 236, 237 (C.A.).

Dans l'affaire *Gagnon et al. c. Caron et al.* au sujet des odeurs, du bruit et de l'accumulation de graisse provenant de l'exploitation d'un casse-croûte, nous pouvons lire par ailleurs que :

Le tribunal n'a pas à chercher de faute spécifique dans le cas d'un tel trouble de voisinage; il n'a qu'à constater que l'usage que fait Gestion de son droit de propriété est incompatible et empêche les demandeurs de jouir également de leur droit de propriété. La balance des droits respectifs en présence est rompue, de sorte qu'il y a lieu d'en rétablir l'équilibre [...].

Depuis longtemps, la jurisprudence est à cet effet, et le *Code civil du Québec* l'a avalisée en la codifiant (art. 947 et 976 C.c.Q.).<sup>92</sup>

Les décisions rendues en matière de troubles de voisinage où une faute a été relevée à la charge du propriétaire ne sont malheureusement pas toujours très circonstanciées. Tel est le cas dans l'affaire *Mendel c. Les Entreprises Pemik Inc. et al.*<sup>93</sup> où le tribunal rappelle simplement que l'absence de faute n'exclut pas la conduite négligente. L'arrêt *Messier c. Construction D. Caron* au sujet de la coupe d'arbres en bordure de propriétés voisines est par ailleurs à l'effet, comme l'a déjà soutenu M<sup>e</sup> C. Masse<sup>94</sup>, qu'il est possible de « voir à l'énoncé de l'article 976 C.c.Q. une présomption de faute lorsque les inconvénients normaux du voisinage excèdent les limites de la tolérance »<sup>95</sup>. C'est toutefois dans l'arrêt *Christopoulos c. Restaurant Mazurka Inc. et al.*<sup>96</sup> au sujet de l'effondrement d'un bâtiment ayant entraîné la chute d'un mur de l'immeuble voisin, que la Cour d'appel du Québec reprend le problème à la base et prend appui sur une décision de la Cour suprême du Canada<sup>97</sup>, pour écarter clairement toute l'autorité de l'arrêt *Katz c. Reitz* servant depuis trop longtemps de pierre angulaire à la théorie de la responsabilité sans faute en la matière.

Nous pensons personnellement que le texte de l'article 976 C.c.Q. n'a nullement trait à la responsabilité. Si le législateur avait voulu établir à cette occasion un régime d'exception à la responsa-

92. [1997] R.D.I. 579, 581 (C.S.).

93. [1997] R.D.I. 100 (C.S.).

94. Claude MASSE « Les conditions générales de la responsabilité pour le fait personnel », dans ÉCOLE DU BARREAU, *Collection de droit*, vol. 4, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995-1996, p. 25, 31.

95. [1996] R.D.I. 471, 473 (C.Q.).

96. C.A., n<sup>o</sup> 500-09-001810-93, 16 mars 1998, p. 47-53.

97. *Lapierre c. Canada (Procureur général)*, [1985] 1 R.C.S. 241.

bilité basée sur la faute, il avait toute liberté de le faire lors de la révision du Code. L'article 976 C.c.Q. ne révèle absolument pas que la règle générale du Code fondée sur la faute a été modifiée.

Quoi qu'il en soit, la question du fondement de la responsabilité pour troubles de voisinage risque d'être débattue encore longtemps parce que les développements de la technologie font que, dans bien des cas, il est apparemment impossible de relever une faute à la charge du propriétaire qui, dans l'exercice de son droit a néanmoins posé préjudice à son voisin.

### **b) L'empiètement**

Les articles relatifs à l'empiètement ne sont pas libellés en des termes qui permettent de répondre facilement à toutes les questions soulevées par ce phénomène relativement courant, en particulier celles se rapportant soit à la propriété du sol usurpé, soit à la propriété des constructions et plantations occupant l'espace usurpé<sup>98</sup>.

#### *1. La propriété du sol usurpé*

L'article 992 C.c.Q. n'envisage que l'hypothèse, la plus fréquente et la plus problématique en général, de l'empiètement par voie de construction partielle sur le fonds voisin. Le vocabulaire employé par le législateur ne laisse aucun doute à ce sujet. Ce genre d'empiètement ne prive jamais celui qui le subit de la propriété de son fonds. Cette propriété lui est en effet toujours reconnue, sous la seule réserve de l'impossibilité d'obtenir la démolition dans le cas d'un empiètement mineur non préjudiciable ayant été réalisé de bonne foi.

Le premier alinéa de l'article 985 C.c.Q. traite de l'anticipation par branches et racines. En ce qui a trait aux branches en provenance du fonds voisin, aucun espace au sol n'est envahi ou occupé de façon irrégulière. La perte de propriété au sol ne peut donc pas être envisagée, semble-t-il. L'empiètement par racines n'entraîne pas d'usurpation d'une parcelle en surface du fonds et il ne peut davantage être question de perte de propriété, semble-t-il. En prenant en compte cependant qu'un fonds de terre est un bien

---

98. Voir : François FRENETTE, « La problématique de l'empiètement », (1999) 101 R. du N. 97-113.

corporel à trois et non à deux dimensions (longueur et largeur), la vraie question devient celle de la propriété de la partie de l'immeuble usurpée par la présence des ramifications aériennes ou souterraines d'un plant d'arbre situé sur le fonds voisin. Comme le propriétaire du fonds envahi a le droit d'exiger leur coupe, il faut voir dans ce droit de coupe, reporté dans son exercice jusqu'au jour où branches et racines nuisent sérieusement à l'usage de l'immeuble subissant leur avance, la confirmation d'une absence d'expropriation pour cause d'utilité privée en la matière.

Reste, enfin, le cas de l'empiètement sous forme de simple occupation partielle de l'immeuble d'autrui, cas que ne considèrent en aucune façon le premier alinéa de l'article 985 C.c.Q. et l'article 992 C.c.Q. Le propriétaire foncier victime d'un tel empiètement peut cependant s'opposer à toute usurpation sur la base des articles 912 et 953 C.c.Q. Il va de soi que le débat entre propriétaires voisins sera clos si la preuve démontre que la prescription est légalement acquise en faveur de l'auteur de l'empiètement. Dans l'hypothèse contraire, la victime de l'empiètement obtiendra, du fait de la reconnaissance judiciaire de son droit de propriété, la restitution de la parcelle usurpée.

## 2. *La propriété des constructions et plantations occupant l'espace usurpé*

La première et la plus importante des questions en la matière est celle relative aux règles de droit applicables. Il faut reconnaître, pensons-nous, que ces règles sont d'abord *celles de l'accession* parce que l'empiètement donne lieu à un conflit de propriétés survenant à l'occasion de l'incorporation d'une chose accessoire à une chose principale; le fonds de terre étant en l'espèce toujours considéré comme élément principal. L'empiètement *ne pouvant être qualifié d'impenses*, il faut par ailleurs accepter de considérer les articles 985 et 992 C.c.Q. comme des dispositions ayant principalement trait au règlement de comptes *consécutif au jeu de l'accession*, règlement commandant le respect d'un certain ordre séquentiel que ne dévoile pas le texte de ces articles. Enfin, il faut prendre acte du fait que le traitement de *l'empiètement aérien exige une réévaluation de ce qu'est un fonds de terre* pour que les dispositions afférentes au droit d'accession puissent recevoir application. Au résultat, la question principale est d'un maniement complexe et il est difficile d'imaginer qu'elle recevra en peu de temps un traitement égal chez tous.

## **D. La propriété superficière et les problèmes liés à sa spécificité**

Ayant acquis droit de cité au Code lors de la réforme de 1994, la propriété superficière est gouvernée par un nombre relativement restreint de dispositions dont le texte ne prête pas souvent flanc à la critique. Ce qui est toutefois préoccupant en la matière ce ne sont pas tellement ces légères faiblesses de rédaction de la part du législateur, mais plutôt les difficultés certaines qu'éprouvent plusieurs membres de la communauté juridique à reconnaître ce qu'est vraiment la propriété superficière.

### **a) La faiblesse de certains textes**

#### *1. L'identification de l'objet de la propriété superficière<sup>99</sup>*

L'article 1011 C.c.Q. définissant la propriété superficière stipule qu'elle a pour objet une *construction*, un *ouvrage* ou une *plantation* situés sur l'immeuble d'autrui. La limpidité du texte donne à penser qu'il suffit, pour épuiser le sujet, d'épiloguer sur l'infinie variété des constructions, ouvrages ou plantations pouvant illustrer l'objet de la propriété superficière. Il y a plus cependant. En énumérant les biens sur lesquels la propriété superficière peut porter plutôt que d'indiquer la nature des biens susceptibles d'une telle propriété, en identifiant l'objet de la propriété superficière en fonction de son **espèce**, *i.e.* construction, ouvrage ou plantation, plutôt qu'en fonction de son **genre**, *i.e.* immeuble selon l'article 900 C.c.Q., le législateur a, par inadvertance, omis le sol. Or, il n'est de doute que la propriété superficière ne peut pas être réservée aux seuls cas où l'espace tridimensionnel est construit ou occupé par un ouvrage ou une plantation. Elle comprend également le cas où cet espace tridimensionnel dans le fonds d'autrui est occupé uniquement par les éléments constitutifs du sol<sup>100</sup>. L'essentiel est et demeure, en l'espèce, la superposition d'immeubles appartenant à des propriétaires différents, et non pas l'aspect formel de ces immeubles.

---

99. Nous reprenons une partie de nos propos dans François FRENETTE, *La propriété superficière*, dans Chambre des notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Doctrine, Document 5, Montréal, 1997, nos 9-10.

100. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 656 : « Ainsi le propriétaire d'un terrain bâti peut vendre le bâtiment, soit le fonds de terre, soit un volume donné dans le tréfonds ». (Nos italiques).



Qu'en est-il par ailleurs de l'espace au-dessus du sol ? Cet espace peut-il, lorsqu'il n'est pas cerné ou occupé par une construction, un ouvrage ou une plantation, être dissocié du fonds aux fins de détention en propriété superficière ? Il faut, en toute logique, répondre par l'affirmative. Il le faut parce que le Code ne considère pas la propriété d'un bien-fonds comme étant simplement celle d'une surface plane, mais plutôt, comme le précise l'article 951 C.c.Q., celle d'un volume comprenant dessus et dessous répartis de chaque côté d'un axe central correspondant à la surface du sol; les limites de ce volume ne s'étendant pas *coelum usque ad infernos*, mais plutôt, puisqu'il s'agit d'un bien, uniquement à ce qui y est susceptible d'appropriation privée. Il faut également répondre par l'affirmative à la question posée parce qu'il n'y a pas de *différence essentielle* entre le volume situé au-dessus de la ligne du sol et celui situé en dessous de cette ligne, mais *seulement une différence de consistance*. En effet, dans les deux cas, il y a corps, il y a matière, présent, une fois, à l'état gazeux (21 % d'oxygène, 78 % d'azote, 1 % d'argon et autres gaz rares) et, l'autre fois, à l'état solide (sable, calcaire, substances colloïdales de nature minérale ou organique). Le volume sis au-dessus de la face du sol n'est pas et ne constitue donc pas, comme certains l'ont prétendu, un vide. Les lois de la physique et non celles de la métaphysique exercent leur empire sur cet espace et ces lois ne fournissent aucun fondement à une discrimination sur le plan de la dissociabilité en fonction soit de la consistance de la matière, soit d'un axe représenté par la surface du sol. Le propriétaire d'un terrain peut donc, tout comme il peut le faire pour une partie du sous-sol, détacher au profit de quelqu'un d'autre un espace défini au-dessus du sol, un volume non construit mais néanmoins délimité par cotes d'altimétrie<sup>101</sup>.

## 2. La disparition de la modalité superficière en cas de perte totale

Passons maintenant au premier alinéa de l'article 1115 C.c.Q. traitant de l'extinction de la propriété superficière suite à la perte totale des constructions, ouvrages ou plantations en faisant l'objet. Le législateur **paraît** vouloir réserver ce cas d'extinction à l'hypo-

101. Voir : René SAVATIER, *La propriété de volume dans l'espace et la technique des grands ensembles immobiliers*, D. 1976, c. XVIII, p. 102 et s.; Jean-Pierre MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 161-162; Pierre WALET et Pierre CHAMBELLAND, *La construction en volumes*, Paris, Masson, 1989.

thèse où la propriété superficière résulte de la division de l'objet du droit de propriété du tréfoncier. Les *Commentaires du ministre de la Justice* écartent cependant une interprétation aussi littérale du texte de l'article. Suivant ces *Commentaires*, la propriété superficière **peut ne pas se terminer** par la disparition de son objet si elle a été établie par cession du droit d'accession ou renonciation au bénéfice de l'accession parce que, « dans ces derniers cas, la reconstruction reste **en principe** possible »<sup>102</sup>. C'est là reconnaître que la propriété superficière, comme tout droit réel, ne peut jamais survivre à la disparition de son objet, mais qu'elle peut renaître ultérieurement **si** les termes et conditions du contrat d'origine afférents au jeu de l'accession ne l'interdisent pas. Il appert donc, dans ce contexte, que le législateur a voulu, au premier alinéa de l'article 1115 C.c.Q., se prononcer dans le cas uniquement où la disparition de l'objet de la propriété superficière était certaine et définitive. Il aurait pu s'exprimer plus clairement, certes ! Mais cette faiblesse ne peut servir de point d'appui à une interprétation tronquée de ses intentions.

L'interprétation littérale du premier alinéa de l'article 1115 C.c.Q. ne peut être retenue en prétendant que « la renonciation au bénéfice de l'accession par le tréfoncier équivaut à l'aliénation d'un volume : d'où le fait que la perte totale de l'objet inséré dans l'espace ne mette pas fin à la modalité ou à la propriété superficière »<sup>103</sup>. Si la renonciation au bénéfice de l'accession constituait vraiment l'aliénation d'un volume, volume que l'auteur nomme « espace constructible »<sup>104</sup> et qu'il identifie comme étant une partie de l'immeuble du tréfoncier lors de l'aliénation<sup>105</sup>, alors, manifestement, cet auteur confond ce mode de constitution de la propriété superficière avec la division de l'objet du droit de propriété et méconnaît dès lors fondamentalement ce qu'est la renonciation au bénéfice de l'accession.

Quoique n'étant pas véritablement restrictive, est aussi inacceptable l'interprétation du premier alinéa de l'article 1115 C.c.Q. tendant à démontrer que la disposition sonne le glas d'une des deux composantes seulement de la propriété superficière, soit celle de la modalité de la propriété portant sur un des objets énumérés à

---

102. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 658.

103. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n° 449.

104. *Ibid.*, n° 430.

105. *Ibid.*, n° 431.

l'article 1110 C.c.Q., mais non pas celle du « démembrement du droit de propriété fondé sur le droit d'accession »<sup>106</sup>. Pareille interprétation emporte acceptation que la propriété superficière est un droit composite; ce qui est faux comme nous aurons l'occasion de le démontrer sous peu<sup>107</sup>. La chose serait vraie au demeurant qu'elle obligerait à accepter que la propriété superficière, *i.e.* droit réel portant sur un immeuble, existe toujours nonobstant l'absence d'objet, et ce jusqu'à ce que celui bénéficiant de la soi-disant deuxième composante reconstruise; ce qui est évidemment impossible encore une fois. *La question n'est pas de savoir si la « composante modalité » peut revivre après perte totale de son objet, mais plutôt celle de savoir si elle existe toujours après que la destruction vient d'avoir lieu, et ce sans égard aux modes de constitution prévus à l'article 1110 C.c.Q.*

**b) Les difficultés associées à la notion et à la publication de la modalité de propriété superficière**

1. *La notion même de modalité de propriété superficière*

S'interrogeant sur la *nature de la propriété superficière*, certains sont d'avis qu'il s'agit d'un *droit composite* formé d'un *élément principal*, la *propriété superficière*, et d'un *élément accessoire*, le *droit au site*, dont la nature varie suivant le cas, disait J.-G. Cardinal, père de la théorie du droit composite et pour qui *l'union des deux éléments doit être désignée sous le terme de « droit de superficie »*<sup>108</sup>.

Cette théorie du droit composite connaît des variantes. Dans un cas, la propriété superficière est une modalité de la propriété, mais également, de façon accessoire, un démembrement du droit de propriété parce que « la propriété du tréfoncier est grevée des servitudes accessoires à l'exercice des droits superficiaires »<sup>109</sup>. Dans un autre cas, la propriété superficière est un droit composite réunissant, comme élément principal, la propriété superficière au sens de l'article 1011 C.c.Q., et, comme élément accessoire, un

106. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 706.

107. *Infra*, p. 342-344.

108. J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, *supra*, note 38, p. 147.

109. D.-C. LAMONTAGNE, *op.cit.*, *supra*, note 61, n° 428, voir n° 448.

« droit de superficie », c'est-à-dire un démembrement de la propriété de la nature d'un droit d'usage<sup>110</sup>.

Le message véhiculé par la théorie du droit composite est, nonobstant ses variantes, que la propriété superficière ne se présente jamais seule. Elle est toujours accompagnée, superposition d'immeubles oblige, d'un droit à l'usage du tréfonds. Faut-il cependant, pour traduire cette réalité et dans le cadre d'un questionnement sur la nature d'un droit qui nous est déjà révélée par les articles 947 et 1011 C.c.Q., invoquer l'existence d'un droit hybride issu du croisement d'un plein droit de propriété sur un immeuble et d'un droit réel ou personnel d'usage dans un autre immeuble ? Le droit civil ignore ce genre de croisement et il faut donc répondre par la négative. Aussi, la propriété superficière n'est-elle pas plus un droit composite que la propriété d'un immeuble enclavé, où le droit de passage sur le fonds d'autrui pour accéder à la voie publique est un accessoire indispensable à l'exercice du droit de propriété dans le fonds enclavé. Dans l'un et l'autre cas, il y a plein droit de propriété dans un bien doublé d'un droit réel ou personnel d'usage dans un autre bien. Les deux droits vont de pair mais ne se confondent pas pour former une nouvelle entité juridique.

Revenons sur les propos de feu J.-G. Cardinal pour mieux comprendre comment le dérapage a pu se produire. Pour ce dernier, il était essentiellement question de *droit de superficie*. C'est le titre même de sa thèse, comme nous le savons tous, où il démontre que *ce droit* est de la nature d'un *droit de propriété* qui, pour son plein exercice, *se double d'un droit au sol*<sup>111</sup>. Le terme *modalité* n'est employé dans le cœur de son ouvrage que pour désigner les *variétés possibles du droit de superficie*<sup>112</sup>. Considérant la façon dont M<sup>e</sup> J.-G. Cardinal s'exprimait, il lui était loisible de faire l'équation suivante : droit de superficie = propriété d'un immeuble superposé + droit au sol dans un autre immeuble. Bref, le *droit de superficie* est un *droit composite*. Et il avait raison en son temps, soit en 1957, dans le respect du vocabulaire qui était alors le sien.

110. P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 671; Suzanne GRONDIN, « Propriété superficière et emphytéose », dans *Droit immobilier québécois*, Farnham, Publications CCH/FM, 1996, p. 6001, 6025, 6028, 6035, 6053 et 6055-6057. C'est S. Grondin qui, à la p. 6055 a utilisé l'expression « droit de superficie » pour qualifier le droit d'usage du tréfonds. Qui plus est, pour elle, le droit accessoire à l'usage du tréfonds est une « composante intrinsèque de la propriété superficière » (p. 6035).

111. J.-G. CARDINAL, *op. cit.*, *supra*, note 38, p. 147-148.

112. *Ibid.*, p. 98-100, 147.

Le processus de réforme s'est achevé plus de 35 ans après la proposition de M<sup>e</sup> Cardinal et le législateur a choisi à ce moment de s'exprimer dans ses propres termes sur le sujet. Une lecture globale de l'évolution du droit de propriété depuis la codification de 1866 l'a d'abord incité, comme nous l'avons déjà signalé, à reconnaître que toutes les manières d'être de la propriété prenaient la forme soit d'une modalité de la propriété, soit d'un démembrement de la propriété; d'où le deuxième alinéa de l'article 947 C.c.Q. La démonstration faite en doctrine que la superposition d'immeubles résultant d'une dérogation à la règle de l'accession ne constituait pas un démembrement de la propriété, a ensuite conduit le législateur à loger ce phénomène à l'enseigne des modalités de la propriété; d'où les articles 1090 et 1011 C.c.Q. Cette modalité de la propriété, enfin, il l'a réglementée dans ce qu'elle a de particulier seulement, laissant subsister toutes les autres dispositions applicables en matière de propriété et renvoyant à la convention pour ce qu'il en était de l'usage du tréfonds (louage, usufruit, usage au sens de 1172 C.c.Q., emphytéose ou servitude) et, à son défaut, aux servitudes nécessaires à cet effet, lesquelles existeront de plein droit; d'où l'article 1111 C.c.Q.

*Le législateur n'a donc pas défini, ni cherché à définir le « droit de superficie ». S'étant rendu, pendant la réforme, à l'évidence qu'une propriété pleine et entière pouvait se manifester dans un immeuble en état de superposition, il consacre plutôt le fait d'une telle manifestation en accolant au droit de propriété l'épithète qui qualifiait le mieux cette manière d'être d'un droit dont la nature n'était pas mise en doute; d'où, d'une part, la **propriété superficière** et, d'autre part, la définition de l'article 1011 C.c.Q. précisant que « la **propriété** superficière est **celle** des constructions, [...] ». Au résultat, l'expression « droit de superficie » n'a aucune connotation légale au *Code civil du Québec* et il ne peut en être trouvé la moindre trace dans les *Commentaires du ministre de la Justice*.*

Ceci étant dit, est-il aujourd'hui possible d'avancer que la propriété superficière est une modalité de la propriété et, **en même temps**, un démembrement de la propriété, démembrement qui aurait pour nom « droit de superficie » ? Seulement si l'antithèse entre modalité et démembrement de la propriété ne heurte pas la logique, seulement si qualifier les choses autrement que le législateur l'a fait est une vertu reconnue.

En conclusion, l'esprit de la réforme en matière de propriété, le respect des textes et le bon sens commandent, *d'une part*, d'accepter que la nature de la propriété superficière soit déjà arrêtée au Code par les articles 1009 et 1011 C.c.Q. et, *d'autre part*, d'écarter tout recours à une théorie du droit composite pour décrire le compagnonnage de droits portant sur des immeubles différents lorsque la propriété superficière se manifeste.

## 2. Les modes d'établissement de la propriété superficière

L'existence de la propriété superficière requiert, du fait de la superposition inévitable d'immeubles en l'espèce, que l'obstacle posé par le fonctionnement habituel de la règle de l'accession ait été au préalable écarté d'une manière ou l'autre. L'article 1110 C.c.Q. indique de façon péremptoire les trois moyens d'y parvenir. Cette disposition a reçu un traitement pour le moins surprenant chez certains auteurs.

Les cas de figure sont nombreux. Il y a d'abord l'attitude consistant à ignorer, pendant un certain temps, la cession du droit d'accession lors du traitement de la matière réservée à l'« acquisition » de la propriété superficière<sup>113</sup> pour, plus tard, indiquer, par voie de note infrapaginale, que toute la différence entre la cession du droit d'accession et la renonciation au bénéfice de l'accession se résume à celle entre bonnet blanc et blanc bonnet<sup>114</sup>. Il y a aussi la tactique de l'esquive consistant à refuser l'étude de la cession du droit d'accession au motif qu'elle « demeure exceptionnelle et, surtout, associée à l'emphytéose »<sup>115</sup>. Vient ensuite l'expression d'opinion faisant de la cession du droit d'accession un démembrement de la propriété, certes ! mais un démembrement qui crée un « droit de superficie »<sup>116</sup>. Vient également le cas, assez grave, où la renonciation au bénéfice de l'accession est considérée comme un démembrement de la propriété<sup>117</sup>. Enfin, il faut signaler la prise de position suivant laquelle la renonciation au bénéfice de l'accession équivaut, d'une part, à une cession du droit de

113. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, nos 433-445, dans la 2<sup>e</sup> éd. de 1997.

114. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 432, note 9b), dans la 4<sup>e</sup> éd. de 2002.

115. C. GAGNON, *op. cit.*, *supra*, note 78, p. 32.

116. S. GRONDIN, *op. cit.*, *supra*, note 110.

117. C. GAGNON, *op. cit.*, *supra*, note 78, p. 35.

construire ou de planter de la part du tréfoncier et, d'autre part, à l'aliénation d'un espace, d'un volume donnant immédiatement naissance à la propriété superficière<sup>118</sup>.

Comme le législateur ne s'exprime pas en vain et que les *Commentaires du ministre de la Justice* expliquent plutôt clairement ce qui distingue la cession du droit d'accession de la renonciation au bénéfice de l'accession<sup>119</sup>, il faut faire montre d'une certaine désinvolture, d'un certain manque de sérieux pour affirmer aux yeux de la communauté juridique tout entière que l'essentiel de cette distinction n'est autre que celui qui sépare blanc bonnet de bonnet blanc. Prendre appui sur l'auteur de pareille désinvolture et invoquer le caractère plutôt exceptionnel de la survenance de la cession du droit d'accession pour s'abstenir d'un examen au fond de ce mode d'établissement de la propriété superficière, c'est par ailleurs se priver d'une occasion pour mieux déceler ce qui différencie telle cession de droit de la renonciation au bénéfice de l'accession. Cela est tellement vrai que ladite renonciation au bénéfice de l'accession devient, tant pour l'auteure qui avait repoussé du revers de la main l'étude de la cession du droit d'accession que pour l'auteure s'y étant consacré sans pour autant, ce qui est surprenant, en tirer profit, un démembrement de la propriété<sup>120</sup>. Comme la renonciation au bénéfice de l'accession n'équivaut pas, suivant les *Commentaires du ministre de la Justice*<sup>121</sup>, à cession du droit d'accession qui, elle, constitue un démembrement de la propriété, il faut, pour affirmer que ladite renonciation au bénéfice de l'accession constitue un démembrement de la propriété, démontrer non seulement que le bénéficiaire de la renonciation au bénéfice profite d'une utilité quelconque dans

118. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n° 440.

119. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 656.

120. C. GAGNON, *op. cit.*, *supra*, note 78, p. 35; S. GRONDIN, *op. cit.*, *supra*, note 110, p. 6055. À la page précédente (p. 6054), S. Grondin avait pourtant affirmé au sujet de la renonciation au bénéfice de l'accession : « Contrairement à la cession du droit d'accession, le propriétaire du terrain conserve ses droits liés à l'accession mais renonce à les exercer au profit du superficière ».

121. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 656. Nous rappelons que la renonciation au bénéfice de l'accession s'analyse en un **droit personnel**. La personne profitant de la renonciation au bénéfice de l'accession est créancière de l'obligation *de ne pas faire* du tréfoncier (art. 1373 C.c.Q.), créancière de l'engagement de ce dernier à ne pas se prévaloir de son droit de devenir propriétaire du bien qui s'adjoint accessoirement au fonds. F. FRENETTE, *op. cit.*, *supra*, note 99, p. 14.

le tréfonds, mais que cette utilité a bel et bien été détachée du faisceau des prérogatives de la propriété du tréfoncier et que cette utilité peut être décrite et différenciée des autres démembrements connus du droit de la propriété. Créer un démembrement de la propriété sans se soucier de le rattacher au faisceau des prérogatives du droit dont il émane, c'est oublier qu'un démembrement de la propriété est forcément un droit réel, c'est en effet oublier tout ce qui sépare un droit réel d'un droit personnel. Le locataire et l'usufruitier ont l'un et l'autre droit à l'usage du bien d'autrui. Ce n'est toutefois pas l'utilité qu'ils ont l'un et l'autre du bien d'autrui qui les différencie, mais plutôt la nature du droit donnant accès à cette utilité. **Affirmer, et c'est tout ce qui a été fait, ce n'est pas démontrer.** Non seulement n'y a-t-il pas eu démonstration, mais, **dans un cas**, le propriétaire aurait, dans le cadre de la renonciation au bénéfice de l'accession, conservé « ses droits reliés à l'accession »<sup>122</sup> en se défaisant néanmoins partiellement du droit d'accession pour produire un démembrement de la propriété simultanément à la création des *superficies*<sup>123</sup>. **Dans l'autre cas**, la renonciation au bénéfice de l'accession qui a été analysée en démembrement de la propriété se transformerait en modalité de la propriété lors de la réalisation des *superficies*<sup>124</sup>. Avec égard et respect, l'annonce soit d'un nouveau démembrement de la propriété, soit d'une mutation de démembrement à modalité de la propriété, soit d'une métamorphose d'un droit personnel en un droit réel, devrait être pour le moins précédée, non pas d'une appréciation sommaire, mais bien d'une étude poussée de ce qui tend et sous-tend les notions afférentes à un droit réel, un droit personnel, un droit de propriété, aux démembrements de la propriété et aux modalités d'icelle. En l'espèce, pareille étude aurait évité bien des égarements.

En terminant sur ce chapitre, mentionnons que **pour en arriver à assimiler** la renonciation au bénéfice de l'accession à la cession d'un droit de construire ou de planter entraînant l'aliénation d'un volume représentant de suite l'objet de la propriété superficielle<sup>125</sup>, il faut **non seulement confondre** la renonciation

122. S. GRONDIN, *op. cit.*, *supra*, note 110, p. 6054.

123. *Ibid.*, p. 6055.

124. C. GAGNON, *op. cit.*, *supra*, note 78, p. 35 : « Après l'addition de l'immeuble accessoire, ce démembrement se transformera. Le bénéficiaire de la renonciation verra son droit *se transformer en une modalité de la propriété* : le droit de propriété superficielle » (nos italiques).

125. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n° 440 avec note infrapaginale correspondante.



au bénéfice de l'accession avec l'une de ses manifestations sous forme tacite, **non seulement juger inopportune** la précision des *Commentaires* à l'effet que la propriété superficière a pour objet les constructions, ouvrages ou plantations, réalisés subséquemment à la renonciation au bénéfice de l'accession<sup>126</sup>, **mais également méconnaître** tout ce qui sépare la renonciation au bénéfice de l'accession de la division de l'objet du droit de propriété comme mode d'établissement de la propriété superficière.

### 3. *Le cadre dans lequel s'insèrent les modes d'établissement de la propriété superficière*

Le vocabulaire de l'article 1110 C.c.Q. n'est absolument pas celui de particuliers qui transigent en vue d'une propriété superficière. Ce vocabulaire est réservé au juriste qui, lui, présente et explique les choses aux parties avec des schèmes de pensée et des modèles de transaction qui sont à leur portée, qui leur sont familiers. Le contrat nommé que les parties finissent par signer en arrive ainsi à occuper tout l'avant-scène et à nuire bien souvent à la preuve d'une volonté certaine d'établissement de la modalité de propriété superficière.

Quand la vente, l'échange et la donation entraînent une division de l'objet de propriété du tréfoncier, il n'échappe à personne que l'acte porte, à titre principal, sur la propriété superficière et, à titre accessoire, sur un droit quelconque à l'usage du sol qui, en cas d'oubli, profitera de la prévoyance du législateur à l'article 1111 C.c.Q.

Quand par ailleurs la cession du droit d'accession ou la renonciation au bénéfice de l'accession s'insère, comme c'est presque toujours le cas, dans le cadre d'un arrangement sur l'usage du tréfonds entre son propriétaire et l'auteur des constructions, plantations ou ouvrages éventuels sur icelui, ledit arrangement prend l'apparence du contrat principal et laisse croire qu'il a lui-même donné vie à la propriété superficière. *Le fait que l'acte portant sur le droit accessoire à l'usage du sol masque l'entente principale sur une propriété superficière en devenir entraîne souvent un relâchement dans l'obligation de bien camper le mode d'établissement qui permettra à cette propriété de voir effectivement le jour.* Ce danger est

---

126. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, p. 656.

plus élevé dans tous les contrats axés sur le droit de construire : bail à construction, bail avec permission de construire, simple permission de construire ou, enfin, contrat de superficie présenté comme une version élaborée de la simple permission de construire.

#### 4. *La publication de la modalité de propriété superficière*

Qu'en est-il à présent de la question de l'opposabilité de la propriété superficière, bref de la nécessité ou non de procéder à publication pour lui donner plein effet vis-à-vis des tiers. Comme la propriété superficière est un droit réel immobilier, la doctrine québécoise soutient tout naturellement mais sans plus amples explications qu'elle est soumise à la publicité en vertu du premier alinéa de l'article 2938 C.c.Q.<sup>127</sup>. L'arrêt *Léveillé c. Caisse populaire Desjardins de Ste-Anne-Des-Plaines*<sup>128</sup> peut être cité à l'appui de cette position. Quatre autres décisions sont toutefois à l'effet contraire. Dans l'affaire *Texaco Canada Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*<sup>129</sup>, le juge F.-Michel Gagnon estime que l'article 35 de la *Loi sur la fiscalité municipale*<sup>130</sup> contient une exemption en faveur de la Couronne pour ce qui a trait à « l'enregistrement »<sup>131</sup>. Les juges G. Mercure dans l'affaire *Blanchet c. Claude*<sup>132</sup>, C. Picard dans l'affaire *Les Placements Bernard Fradet Inc. c. Banque Nationale du Canada et al.*<sup>133</sup> et P. Vézina dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Les développements de demain Inc. et al.*<sup>134</sup> fondent, quant à eux, leur arrêt sur le raisonnement suivi par le juge Jacques dans l'affaire *Boily c. Tremblay et al.*<sup>135</sup>, savoir plus précisément :

Par ailleurs, exiger l'enregistrement d'un titre reconnu par la réfutation de l'article 415 C.c. ou par la prescription acquisitive serait exiger l'impossible, puisqu'il résulte de faits auxquels la loi elle-même attache des conséquences juridiques.<sup>136</sup>

127. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 6; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 677; S. GRONDIN, *op. cit.*, *supra*, note 110, p. 6080; S. NORMAND, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 191; C. GAGNON, *op. cit.*, *supra*, note 78, p. 38-42.

128. [1994] R.D.I. 255 (C.S.).

129. [1995] R.J.Q. 602 (C.Q.).

130. L.R.Q., c. F-2.1.

131. [1995] R.J.Q. 602, 606 (C.Q.).

132. [1994] R.D.I. 697, 701-702 (C.S.).

133. [1998] R.D.I. 619, 621 (C.S.) (en appel).

134. [2001] R.D.I. 436 (C.S.).

135. [1976] C.S. 1774.

136. Page 15 du texte intégral non publié du jugement.

Que faut-il penser de tout cela ? *Dans un premier temps*, l'argument du juge F.-M. Gagnon dans l'affaire Texaco paraît un peu spécieux et n'aurait au demeurant qu'une portée fort restreinte en faveur de la Couronne dans le cadre étroit de la *Loi sur la fiscalité municipale*. Pour ce qui a trait aux propos du juge Jacques par ailleurs, il y a manifestement méprise parce que la propriété superficière ne résulte pas de *faits* auxquels la loi attache des conséquences, mais bel et bien d'un *acte juridique* sous la forme d'un des trois modes constitutifs énumérés à l'article 1110 C.c.Q. *Dans un deuxième temps*, et afin de mieux comprendre, il faut peut-être brosser un tableau succinct concernant la publicité de cette modalité de la propriété.

Un des effets attachés à la publicité d'un droit est son opposabilité aux tiers nous dit l'article 2941 C.c.Q. Par ailleurs, ce que requiert le premier alinéa de l'article 2938 C.c.Q., qui énonce un principe général en la matière que ne contenait pas le *Code civil du Bas Canada*, c'est la publicité non pas du droit réel immobilier, mais bien son acquisition, sa constitution, sa reconnaissance, sa modification, sa transmission et son extinction. L'*acte* pourvoyant à la *constitution* de la propriété superficière par voie de division de l'objet est donc soumis à la publicité en toute circonstance<sup>137</sup>, sauf dispense expresse prévue en loi. Cet acte devra être notarié en minutes s'il s'agit d'une donation<sup>138</sup> et l'écrit sera nécessaire s'il s'agit d'une vente ou d'un échange afin de respecter les prescriptions de l'article 2982 C.c.Q. afférentes à la réquisition d'inscription. Pour ce qui a trait à la cession du droit d'accession, elle *n'est pas en soi constitutive de propriété superficière* parce que cette propriété immobilière n'a pas encore d'objet au moment où ladite cession est consentie. L'acte portant cession du droit d'accession est cependant lui-même soumis à la publicité parce qu'il s'agit d'un acte qui pourvoit à l'acquisition d'un droit réel immobilier. Les prescriptions relatives à la réquisition d'inscription devront être également respectées<sup>139</sup>. Comme il s'agit d'un acte duquel la propriété superficière résultera, au sens de l'article 1110 C.c.Q., aucune autre publicité ne sera requise lorsque les *superficies* verront le jour. En ce qui concerne enfin la renonciation au bénéfice de l'accession, elle *n'est également pas constitutive en soi de*

137. Page 16 du texte intégral non publié du jugement *Boily c. Tremblay et al.*, il est admis, sur la base de l'article 2098 C.c.B.C., que tel est le cas dans cette hypothèse.

138. Art. 1824 C.c.Q., 1<sup>er</sup> alinéa.

139. Art. 2982 C.c.Q.

*propriété superficière* parce que cette propriété immobilière n'a pas encore d'objet sur quoi porter à l'instant où la renonciation est consentie. L'acte portant renonciation au bénéfice de l'accession n'est toutefois pas soumis à la publicité parce qu'il *n'a pas trait en lui-même* à l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission ou l'extinction d'un droit réel immobilier, bien que, nous le reconnaissons, la propriété superficière *en résultera* ultérieurement lors de la réalisation des *superficières*. La renonciation au bénéfice de l'accession s'analyse plutôt en un droit personnel<sup>140</sup>, un droit qui n'est ni *soumis* à la publicité en vertu d'une disposition expresse de la loi<sup>141</sup> ni *admis* à la publicité suivant les articles 2939 et 2940 C.c.Q. Si la renonciation expresse ou tacite au bénéfice de l'accession est contenue dans un acte accordant la jouissance personnelle<sup>142</sup> ou réelle<sup>143</sup> du tréfonds au bénéficiaire, cet acte pourrait lui-même être soumis à la publicité en vertu du 1<sup>er</sup> ou du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 2938 C.c.Q.<sup>144</sup> et aucune autre publicité ne serait requise pour la propriété superficière *résultant* de la renonciation au bénéfice de l'accession quand les *superficières* se matérialiseront. Par ailleurs, si la renonciation tacite ou expresse au bénéfice de l'accession n'était pas consentie par écrit, le troisième alinéa de l'article 2938 C.c.Q. et l'article 2982 C.c.Q. empêcheraient toute publication. Et la seule façon de contourner l'obstacle et, partant, de rendre la propriété superficière opposable aux tiers une fois qu'elle aurait objet sur quoi porter, serait alors pour le tréfoncier de faire dresser un acte récongnitif s'il était l'auteur de la renonciation<sup>145</sup> ou, à défaut, un acte de cession de droits emportant division de l'objet<sup>146</sup>.

L'application du premier alinéa de l'article 2938 C.c.Q. étant certaine en matière de propriété superficière, qu'en est-il maintenant des articles 3030 et 3054 C.c.Q. ? Leur pertinence est

---

140. F. FRENETTE, *supra*, note 121.

141. Art. 2938 C.c.Q., 3<sup>e</sup> alinéa.

142. Louage notamment.

143. Usage, usufruit, emphytéose et servitude.

144. L'article 1852 C.c.Q. prévoit textuellement la possibilité de publier un bail.

145. Nous aurions alors une « reconnaissance » d'un droit réel immobilier au sens du premier alinéa de l'article 2938 C.c.Q.

146. La renonciation au bénéfice de l'accession consentie par l'auteur du tréfoncier ne pouvait, comme droit personnel, lier que cet auteur et le bénéficiaire de la renonciation. L'accession a donc déjà joué en faveur de l'acquéreur subséquent du fonds au moment de son acquisition et il n'a d'autre choix, s'il accepte l'idée qu'un tiers puisse être propriétaire superficière et veut le doter d'un titre valable, que de procéder à une *division de l'objet*.

indéniable lorsque la propriété superficière résulte de la division de l'objet du droit de propriété portant sur l'immeuble du tréfoncier<sup>147</sup>. Un morcellement à la verticale est un morcellement au même titre que celui opéré à l'horizontale. Si la propriété superficière résulte de la cession du droit d'accession ou de la renonciation au bénéfice de l'accession, la publication se fera, dans le respect de ce que nous avons établi au paragraphe précédent, contre le numéro de cadastre du tréfonds parce que la transaction comprenant ces modes de constitution ne donne pas immédiatement naissance à la propriété superficière. Une fois que cette dernière aura un objet, le propriétaire superficière aura le loisir d'en requérir l'immatriculation, loisir qui, vu l'article 3054 C.c.Q., se transformera en obligation si un acte d'aliénation est envisagé<sup>148</sup>.

### **E. La copropriété par indivision et les problèmes liés à sa spécificité**

Le chapitre du Livre des biens réservé à la copropriété par indivision contient, comme il arrive souvent lorsqu'il y a apport de nouveauté sur une institution considérée dans son ensemble, un certain nombre de lacunes dans les textes de loi. L'introduction même de la réglementation afférente à la copropriété par indivision a par ailleurs donné lieu à des commentaires, à des interprétations qui cadrent mal avec les tenants et aboutissants de cette modalité de la propriété<sup>149</sup>.

#### **a) La faiblesse de certains textes**

##### *1. Le domaine de l'indivision*

L'indivision est un *état*, l'état d'un bien qui n'est pas divisé, fractionné, partagé pour correspondre à la mesure des intérêts respectifs des multiples titulaires du droit portant sur ce bien ou

---

147. François BROCHU, « Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau *Code civil du Québec*, et le rôle des principaux intervenants », (1994) 34 *C. de D.* 949, 966; C. GAGNON, *op. cit.*, *supra*, note 78, p. 40-41; *contra* : S. GRONDIN, *op. cit.*, *supra*, note 110, p. 6081-6082.

148. C. GAGNON, *op. cit.*, *supra*, note 78, p. 41-42, avec réticence cependant à cause des coûts élevés dans certains cas, notamment les empiètements, *contra* : S. GRONDIN, *op. cit.*, *supra*, note 110, p. 6081-6082.

149. Nous reprenons une partie de nos propos dans François FRENETTE, « La copropriété par indivision : souplesse et déficience de la réglementation d'un état désormais durable », (1998) *C.B.R. can.* 428, 444-449.

relatif à ce bien. Le texte des articles 1012 à 1037 C.c.Q. indique on ne peut mieux que *c'est cet état*, habituellement qualifié d'indivision ordinaire en doctrine parce que la volonté d'un seul indivisaire peut en principe y mettre un terme, *que le législateur voulait doter d'un régime juridique de base*. Or, la place de ces dispositions au Titre troisième du Livre IV du Code consacré aux Biens, le deuxième alinéa de l'article 1010 C.c.Q. ainsi que le libellé du Chapitre Deuxième dudit Titre troisième restreignent la portée du cadre légal général des susdits articles 1012 à 1037 C.c.Q. au cas de l'indivision de biens détenus en propriété. Ce cas est de plus opposé, aux articles 1010(3) et 1038 et suivants C.c.Q., à **un** cas possible seulement d'indivision forcée où la volonté d'un seul indivisaire est impuissante à provoquer le partage, soit celui portant sur les parties communes d'un complexe immobilier affectées au service des composantes de ce complexe détenues en propriété exclusive. Encore une fois limitée au cas de cotitularité d'un droit de propriété, cette hypothèse d'indivision forcée est, contradictoirement, qualifiée de copropriété divise. Il appert, au résultat, que le législateur a éprouvé des difficultés aux plans de l'ordonnancement et de la terminologie<sup>150</sup>.

Une fois notés les choix de mots malheureux du législateur et son manque de méthode dans le traitement de la cotitularité des droits, il ne semble échapper à personne que la copropriété n'est pas l'indivision, que tout droit, personnel ou réel, peut être détenu par plus d'un titulaire et, enfin, que la cotitularité de tout droit quelconque a pour objet un bien échappant à un découpage correspondant à la mesure des intérêts des cotitulaires<sup>151</sup>.

À la décharge du législateur, il faut par ailleurs dire qu'il avait prévu, à l'article 911(1) C.c.Q. situé au tout début du Livre Des Biens, que l'« on peut, à l'égard d'un bien, être titulaire, *seul ou avec d'autres*, d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel, ou encore être possesseur du bien ». Il illustre son propos d'application quand il traite, aux articles 1122 et 1166(2) C.c.Q., d'usufruit conjoint. Il en est de même à l'article 1196 C.c.Q. lorsque le législateur consacre l'existence de la coemphytéose divise d'un immeuble résultant d'une déclaration, laquelle doit être distinguée de la coemphytéose tout court. Enfin, le ministre de la Justice reconnaît

---

150. Voir : M. CANTIN CUMYN, « L'indivision », dans *Mélanges Germain Brière*, Coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1993, p. 328-333.

151. *Thivierge c. Lapointe*, [1994] R.D.I. 434-437, 436 (C.S.).

lui-même, dans ses *Commentaires*, qu'il y a indivision uniquement sur une partie définie et délimitée de l'immeuble dans cette forme de modalité de la copropriété improprement dénommée copropriété divise<sup>152</sup>.

En conclusion, les articles 1012 à 1037 C.c.Q. constituent bel et bien le droit commun à toute forme d'indivision et s'appliquent, *mutadis mutandis* à toute situation de cotitularité de droit, la règle particulière l'emportant toujours sur la règle générale lorsque le texte de loi est précis.

## 2. *Les fruits et revenus*

Considérant les articles 949, 1019, 1126, 1129-1130 et 2925, il aurait été suffisant de dire, à l'instar de la règle énoncée au début de l'article 1017 C.c.Q. pour l'accession, que les fruits et revenus du bien appartiennent à tous les copropriétaires en proportion de leur part. C'était trop simple. Pour des raisons on ne peut moins évidentes et qui ne peuvent être celles avancées par les commentaires erronés du ministre de la Justice<sup>153</sup> ou les observations de notre confrère S. Binette<sup>154</sup>, le législateur a, à l'article 1018 C.c.Q. *paraphrasé* l'article 815-10 du Code civil français. Au résultat, « les fruits et revenus du bien accroissent à l'indivision » alors que l'indivision ne constitue pas une entité juridique autonome. Les copropriétaires doivent de plus réclamer leur dû à la manière d'un vulgaire créancier, alors que leur droit à cet égard tient à la propriété détenue dans le bien. Enfin, confondant perception des fruits et revenus par les copropriétaires et leur paiement à ces derniers, un processus de refractionnement à l'infini d'une portion des fruits et revenus est inutilement mis sur pied.

## 3. *La publication de la convention d'indivision et la nature des droits rendus opposables aux tiers*

La lecture combinée des articles 1014 et 2938 C.c.Q. permet de comprendre que la convention d'indivision afférente à un bien *meuble* ne peut être rendue opposable aux tiers par voie de publication, ce qui est surprenant. L'expression « portant sur un immeu-

152. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 592-593.

153. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 598.

154. Serge BINETTE, « De la copropriété indivise et divise et de la propriété superficière », (1988) 3 *C.P. du N.* 107, n° 19.

ble » et le fait que la publication prescrite se fasse par le biais d'une inscription au registre foncier *donnent par ailleurs à croire* que ce sont des droits réels immobiliers qui seront rendus opposables aux tiers. Une technique de rédaction différente aurait été appréciée.

Il est indéniable, quoique étonnant, que la convention d'indivision afférente à un ou plusieurs biens meubles ne puisse pas être publiée, d'une part, parce qu'elle ne porte pas sur les droits soumis à la publicité en vertu des deux premiers alinéas de l'article 2938 C.c.Q. et, d'autre part, parce que l'article 1014 C.c.Q. exclut l'application du dernier alinéa de l'article 2938 C.c.Q. C'est ce même dernier alinéa de l'article 2938 C.c.Q., qui, grâce à la prescription de l'article 1014 C.c.Q., permet la publication de la convention d'indivision portant sur un immeuble, les deux premiers ne pouvant recevoir application en l'espèce. En effet, la convention d'indivision relative à un immeuble détenu en copropriété diffère du contrat établissant pareille copropriété. De plus et hormis l'insertion d'une hypothèque croisée à la convention, cette dernière ne contient pas de dispositions relatives à l'acquisition, la transmission ou l'extinction d'un droit réel immobilier, mais simplement des engagements entre copropriétaires sur la façon dont ils entendent exercer collectivement leurs droits sur l'immeuble. Aucun des exemples donnés à l'article 1014 C.c.Q. ne s'analyse d'ailleurs en un droit réel immobilier. La convention d'indivision relative à un immeuble étant porteuse de droits personnels, ces derniers ne pouvaient, comme l'exige l'article 2938 C.c.Q., être publiés sans prescription de la loi à cet effet, laquelle est prévue à l'article 1014 C.c.Q.

Avec le nouveau Code civil et l'élargissement des règles en matière de publicité, il faut en conclusion retenir que *l'opposabilité aux tiers n'est plus liée en aucune façon à la nature du droit publié*. Les effets de la publicité sont, comme l'indique bien l'article 2941 C.c.Q., accordés sans égard au fait que le droit publié soit de nature réelle ou personnelle. Ce qui importe tout simplement, c'est que tels droits soient soumis ou admis à la publicité.

#### 4. *Les conséquences du partage*

Le problème des effets du partage se pose en termes relativement simples. D'une part, il y a l'article 884 C.c.Q. relatif à l'indivision successorale établissant que le partage est *déclaratif* de propriété et que cet effet déclaratif rétroagit à la date d'ouverture de la succession. La disposition reproduit sensiblement le droit de l'ancien Code sur la question<sup>155</sup>. D'autre part, il y a le troisième ali-



néa de l'article 1037 C.c.Q. relatif à toute indivision ne résultant pas d'une succession et où le législateur stipule que le partage est alors *attributif* du droit de propriété. La disposition est nouvelle, modifie le droit antérieur en la matière et trouve sa justification dans les « difficultés d'administration majeures » que soulèverait la rétroaction après plusieurs années<sup>156</sup>.

Bien entendu, les termes *déclaratif* et *attributif*, qui paraissent s'opposer, ne sont pas définis au Code civil. Ils ne peuvent l'être adéquatement que si le partage est lui-même défini, cerné dans ce qu'il a de plus essentiel. Les enjeux sont considérables sur le plan de la consolidation des droits. Il en est de même quant aux impacts fiscaux.

Le débat centré sur les effets du partage suivant qu'il met fin à une indivision successorale ou non, consiste essentiellement à découvrir si le partage attributif opère transfert de propriété<sup>157</sup>; tous admettant en effet que le partage déclaratif n'entraîne pas tel transfert.

La solution au problème nous vient de M<sup>e</sup> L. Laflamme<sup>158</sup> qui, prenant appui sur l'article 1010 C.c.Q., note que tout *partage met fin à une modalité* de propriété et, partant, que les copartageants étaient *déjà* propriétaires. Le partage *en soi* ne peut donc être translatif de propriété. Il le devient seulement quand un indivisaire reçoit plus que ce à quoi il avait droit en vertu de sa quote-part. Le partage est dit « déclaratif » lorsqu'il reconnaît une exclusivité de propriété sur bien ou des biens délimités à compter de l'ouverture de la succession en matière successorale et « attributif » lorsque l'exclusivité en question, et non le droit lui-même, est reconnue seulement à compter de la date du partage. La Cour supérieure, faut-il s'en surprendre, a acquiescé à la justesse de ce point de vue dans une affaire relative à l'application de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*<sup>159</sup>.

---

155. Art. 746 C.c.B.C.

156. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 610.

157. D.-C. LAMONTAGNE, soutient que le partage attributif emporte transfert de propriété (*op. cit.*, *supra*, note 61, n<sup>o</sup> 368).

158. Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1999, p. 186-191 et 228-231; voir aussi : S. NORMAND, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 145; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 555-557; Luce SAMOISSETTE, « La propriété indivise du Code civil du Québec : quelques considérations fiscales », (1993) 24 *R.D.U.S.* 185, 194.

159. *Sasseville c. Dolbeau (Ville de)*, [1997] D.C.Q.I. 628 (C.Q.).

**b) Les difficultés associées à certains aspects de la modalité de propriété**

1. *La notion même de copropriété par indivision*

Il convient dès l'abord de relever l'existence d'une double méprise chez nombre de juristes et qui constitue, nonobstant les variantes dans sa formulation, à affirmer, d'une part, que la copropriété par indivision « a pour effet de fractionner le droit de propriété entre les indivisaires »<sup>160</sup> et, d'autre part, dans le prolongement de cette première idée, que chaque copropriétaire est investi de deux droits portant l'un, sur une quote-part du droit de propriété et, l'autre, sur le bien tenu en indivision<sup>161</sup>.

La copropriété par indivision *n'est pas l'addition, la somme totale de propriétés individuelles portant sur le même bien, mais plutôt et simplement la propriété de ce bien détenu par plusieurs. La pluralité des titulaires du droit n'emporte donc pas fractionnement du droit de propriété puisqu'un tel fractionnement serait en contradiction avec la qualification même de modalité de propriété en l'espèce.* Comme le rappelait si bien notre collègue M. Cantin Cumyn, qui citait alors C. Atias, la copropriété par indivision « ne modifie pas la structure du droit auquel elle s'applique »<sup>162</sup>. Au demeurant, un arrêt rendu depuis la recodification rejette toute idée d'une multiplicité de droits de propriété dans la copropriété par indivision<sup>163</sup>.

2. *L'usage et la jouissance exclusive du bien commun*

À ce stade, il importe de préciser que l'usage et la jouissance exclusive du ou de parties du bien tenu en indivision ne constitue pas un droit réel au sens des articles 1172 et suivants C.c.Q. ou un droit au louage selon les articles 1851 et suivants C.c.Q. qui s'ajouterait et se superposerait au droit du copropriétaire. Ce dernier est déjà propriétaire et a tout naturellement droit à l'usage

160. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n° 346.

161. À titre d'exemple : Germain BRIÈRE, *Traité de droit civil, Les successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 844.

162. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, *supra*, note 150, p. 331.

163. *Marquis & al. c. Varennes (Ville de)*, [1995] R.D.I. 275-277. Selon le tribunal, l'acquisition d'un immeuble par deux personnes, pour demie indivise chacune, n'est pas constitutive de deux droits de propriété distincts dans ledit immeuble.

et à la jouissance du bien tenu en indivision. La décision de justice ou la convention d'indivision sert donc seulement à aménager dans le temps et à circonscrire dans l'espace les modalités d'exercice de ce droit. L'indemnité payable, s'il en est, correspond ainsi à compensation pour perte de jouissance et non pas à considération pour cession de droit réel ou personnel de jouissance<sup>164</sup>. Il suit également dès lors que l'indemnité ne peut constituer un revenu au sens de l'article 910 C.c.Q.

### 3. *Le sort de l'hypothèque consentie par un indivisaire*

La propriété permet à son titulaire d'utiliser son droit comme instrument de crédit. Cet avantage est restreint en matière de copropriété par indivision parce que le résultat du partage peut compromettre l'existence ou la qualité de la sûreté consentie sous forme d'hypothèque. Conscientes du risque, les institutions de crédit ont tendance à l'éviter en prêtant le moins possible aux copropriétaires de biens tenus en indivision.

Les aléas de l'article 2679 C.c.Q. qui vont de la disparition de l'hypothèque, à sa réduction ou à un report sur des biens de nature volatile, sont quelque peu réduits pour le créancier dans l'hypothèse où le débiteur hypothécaire a, lui et les autres copropriétaires, signé une convention reportant le partage. En pareil cas, le partage survenant avant l'arrivée du terme prévu à cette convention est, suivant l'article 1021 C.c.Q., inopposable au créancier hypothécaire s'il n'a pas consenti audit partage ou si son débiteur ne conserve pas la propriété d'une partie quelconque de l'ancien bien tenu en indivision. Ce dont le créancier a encore à craindre cependant c'est que son débiteur reçoive une parcelle du bien proportionnellement inférieur à la mesure des intérêts antérieurement détenus dans le titre de propriété. Mais il y a pire. Si le partage survient après l'arrivée du terme arrêté à la susdite convention reportant le partage, le créancier tombe alors sous le coup d'application de l'article 2679 C.c.Q., déjà considéré ci-dessus. Sur la base du texte des dispositions citées, le financement hypothécaire en matière de copropriété par indivision sera donc toujours problématique.

---

164. *L'arrêt Gagnon c. Angers & al.*, [1996] R.D.I. 507-508 (C.A.), qui a aussi pour intérêt de reconnaître que l'usage et la jouissance de la propriété peuvent être exercés alternativement ou simultanément par les copropriétaires, parle bien d'indemnité.

Un créancier peut toujours réduire les risques inhérents à l'hypothèque consentie par un copropriétaire en faisant appel à diverses techniques comme le cautionnement, la solidarité entre le débiteur et les autres copropriétaires ou l'hypothèque additionnelle consentie par un autre ou tous les autres copropriétaires pour garantir l'exécution de l'obligation du débiteur-copropriétaire. Toutes ces techniques et autres du même genre ont pour résultat de réduire le crédit des autres copropriétaires qui viennent au secours d'un des leurs. Elles ne sont donc pas pratiques, bien qu'elles aient été souvent inévitables jusqu'à ce jour.

Il faut, pour contourner la difficulté et comme l'explique très bien M<sup>e</sup> L. Laflamme<sup>165</sup>, prendre justement avantage des effets liés à la publication des dispositions de la convention d'indivision pour y insérer des stipulations pour autrui en faveur du créancier hypothécaire, stipulations rendant inopposable à ce créancier tout partage susceptible de porter préjudice à sa sûreté. C'est simple, c'est clair, c'est plein de bon sens et en rien contraire aux dispositions du *Code civil du Québec*.

#### 4. *La durée de l'indivision et du droit de provoquer le partage*

Il n'y a pas de terme préfixe à la copropriété par indivision. Elle dure tant et aussi longtemps que décision n'est pas prise par les copropriétaires en vertu des articles 1031<sup>166</sup> ou 1036 C.c.Q.<sup>167</sup>. Certes ! ce ne sont pas telles décisions qui en soi entraînent la disparition de cette modalité de la propriété. Elles doivent être suivies d'un partage ou, pour l'article 1036 C.c.Q., d'une aliénation si les copropriétaires le souhaitent; ce qui nous conduit à la grande règle de base de l'article 1037 C.c.Q. voulant que l'indivision se termine par le partage ou l'aliénation du bien, sans égard à la qualification de l'acte s'y rapportant.

Le droit de provoquer le partage n'est pas assujéti en loi, a-t-il été décidé, à aucune condition préalable<sup>168</sup> et il prime, sauf circonstances exceptionnelles, le droit d'obtenir du tribunal un sursis

---

165. L. LAFLAMME, *op. cit.*, *supra*, note 158, p. 212-219.

166. Si la conversion en copropriété divise est recherchée.

167. Si une perte ou une expropriation d'importance conduit à mettre fin à la copropriété.

168. *Boutin c. Boutin & al.*, [1995] R.D.I. 175-177.

à partage immédiat a-t-il été également décidé<sup>169</sup>. Enfin, la disposition de la convention d'indivision rendant, par voie de pénalité, plus onéreux l'exercice du droit de provoquer le partage n'est pas contraire à la règle introductive de l'article 1030 C.c.Q. et ne constitue pas pour autant une renonciation anticipée à tel droit<sup>170</sup>.

Il suit que la *durée de la copropriété par indivision est indéterminée* et que la convention d'indivision ne prévoyant aucun terme à l'indivision n'est entachée d'aucune illégalité pour autant<sup>171</sup>. Pareille indivision ne prendra cependant pas fin, comme cela a déjà été avancé<sup>172</sup>, à la date du 30<sup>e</sup> anniversaire de la signature de la convention, mais perdurera tant que le partage ou l'aliénation ne surviendra pas. En effet, *il ne faut pas confondre la convention reportant le partage, convention qui ne peut excéder 30 ans selon le deuxième alinéa de l'article 1013 C.c.Q., avec la convention d'indivision, dont la durée de vie n'est pas arrêtée au Code*. Il ne faut pas davantage imaginer que l'arrivée du terme prévue à la convention d'indivision ne reportant pas le droit au partage entraîne en soi et, par enchantement, la disparition de la copropriété à ce moment précis.

#### **F. La servitude personnelle et l'effet pervers d'une expression**

Il a, semble-t-il, suffi que les servitudes cessent d'être qualifiées de « réelles » par le nouveau Code pour que les références aux servitudes personnelles se multiplient en doctrine et en jurisprudence. Certains pourront s'en réjouir puisque la servitude personnelle était sensément méconnue<sup>173</sup>. En réalité, il n'y a jamais eu de véritable méconnaissance sur ce qu'était effectivement la servitude personnelle. Ce n'est que l'expression même de « servitude personnelle », déjà connue des Codificateurs de 1866, qui a longtemps été utilisée avec réserve, voire parcimonie, en droit positif québécois. Cet état de chose a cessé peu de temps avant la réforme<sup>174</sup>.

169. 2967-6566 *Québec Inc. c. 2847-3254 Québec Inc. & al.*, [1996] R.D.I. 454-455.

170. 2855-7346 *Québec Inc. c. 2847-3254 Québec Inc. & al.*, [1994] R.D.I. 601-608.

171. *Ibid.*

172. S. BINETTE, *op. cit.*, *supra.*, note 154, n° 47, p. 612.

173. Camille CHARRON, « Ce droit réel méconnu : la servitude personnelle », (1982) 42 *R. du B.* 466.

174. M. CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3-56.

Maintenant que son emploi est devenu courant dans le langage juridique, nous assistons cependant à une forme de détournement de fonction, de dérapage sémantique qui doit être dénoncé.

Situons le problème dans son contexte. Le législateur français a, au moment de l'adoption du Code civil en 1804, qualifié le démembrement de servitude de *service foncier*. Le qualificatif choisi constituait un rappel et une précision à l'effet que la propriété foncière, affranchie par la Révolution des nombreuses charges asservissant à la fois le titre et la personne de son titulaire, ne saurait à l'avenir tolérer sous forme de servitude que les restrictions et assujettissements dans l'intérêt d'un autre immeuble. Les autres démembrements de la propriété au bénéfice d'une personne ne furent par ailleurs pas désignés sous le nom de « servitude personnelle » tellement était grande la crainte d'un rappel des habitudes de l'Ancien Régime qu'aurait pu susciter un recours à ce vocable. Notre pays n'a certes pas connu toutes les vicissitudes associées à l'Ancien Régime en France, mais il a suivi, lors de l'adoption du *Code civil du Bas Canada* en 1866, la voie tracée par le Code lui ayant servi de modèle sur le plan formel. Il n'est donc pas question de *servitude personnelle* au *Code civil du Bas Canada* et l'épithète « réelle » a été tout bonnement ajoutée au terme *servitude*, plutôt que celui, équivalent, de *service foncier*. Par mesure de simplification, le *Code civil du Québec* a toutefois supprimé l'étiquette *réelle* qui était accolée à la servitude depuis 128 ans et rangé simplement cette dernière parmi les autres démembrements nommés de la propriété que sont l'usage, l'usufruit et l'emphytéose.

Si l'expression *servitude personnelle* n'apparaît ni au Code civil français, ni au *Code civil du Bas Canada*, ni au *Code civil du Québec* et, partant, n'a aucune connotation légale, quel est alors son sens exact ? Elle réfère essentiellement, comme l'avait si bien compris nos Codificateurs en 1866, à un démembrement de la propriété au bénéfice d'une personne par opposition à un démembrement de la propriété pour l'utilité d'un immeuble<sup>175</sup>. Certains de ces démembrements *au bénéfice d'une personne* ont un nom et sont réglementés au Code. Il s'agit de l'usage, de l'usufruit et de l'emphytéose. D'autres peuvent avoir un nom sans faire pour autant l'objet d'une série de dispositions leur étant propres au Code. Ils sont alors gouvernés par la convention les établissant et les principes généraux afférents à leur nature comme droit réel.

175. *Troisième rapport des commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada, en matières civiles*, Québec, George E. Desbarats, 1865, t. 1, p. 382.

Il faut ainsi comprendre, en suivant la logique du Code aussi bien que celle du droit positif, que la propriété, ce droit réel par excellence<sup>176</sup>, est susceptible de modalités et de démembrements<sup>177</sup>, *que* les modalités et les démembrements de la propriété participent de sa nature et sont des droits réels<sup>178</sup>, *que* les démembrements de la propriété se subdivisent en servitudes personnelles et servitudes réelles en fonction d'un bénéfice accordé à une personne par opposition à un avantage octroyé pour l'utilité d'un bien-fonds, *que* les servitudes personnelles se resubdivisent en servitudes personnelles nommées au Code et y réglementées et servitudes personnelles innommées au Code et régies tant par l'acte pourvoyant à leur établissement que par les principes inhérents à un droit réel démembré de la propriété. Et c'est là, pour bonne part, le fil conducteur de toute cette séquence, savoir : la présence permanente d'un droit réel, d'un droit réel détaché de la propriété.

Vu ce qui précède, il est pour le moins étonnant de lire qu'« il existe [...] deux sortes de servitudes conventionnelles : la servitude réelle et la servitude personnelle, que le Code désigne *indifféremment* sous le vocable de " servitude " (art. 1177 et s. C.c.Q. *ibid.* art. 545 et s. C.c.B.C.) »<sup>179</sup>. Cette approche conduit à traiter des servitudes *personnelles* lors de l'étude des servitudes *réelles* et à les opposer à cette occasion à l'usage, l'usufruit et l'emphytéose, qui font pourtant partie des servitudes personnelles<sup>180</sup>. Les servitudes personnelles deviennent même « des servitudes réelles réduites, c'est-à-dire réelles par leur objet et personnelles par leur sujet »<sup>181</sup>. À notre avis, c'est à la fois faire fi de façon assez cavalière de la séquence des Chapitres 1 à 4 du Titre Quatrième du Livre quatrième sur les Biens et prétendre, à l'encontre du libellé des textes, que la servitude des articles 1177 et suivants C.c.Q. recourent une réalité différente et plus grande que celle énoncée à l'article 1119 C.c.Q. C'est par ailleurs pousser trop loin le recours à l'imagerie que de décrire, sans manifestation aucune d'intention du législateur à cet effet, la servitude personnelle comme une servitude

176. Art. 911 C.c.Q.

177. Art. 947 C.c.Q.

178. Art. 1009 et 1119 C.c.Q.

179. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n° 545 (nos italiques).

180. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n°s 541-596; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 186 et s.; voir aussi : Vachon *et al. c. Boissonneault*, [1996] R.D.I. 526, 528-530 (C.S.); Lacroix *c. Blackburn et al.*, [1999] R.D.I. 551, 552 (C.A.).

181. D.-C. LAMONTAGNE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n° 571.

réelle réduite, comme un *minus habens* d'une servitude réelle. L'une et l'autre sont le résultat d'un démembrement de la propriété. L'une et l'autre sont des droits réels qui diffèrent uniquement dans le but de leur établissement et, par voie de conséquence, dans l'identité du titulaire du droit réel démembré. La définition d'un droit réel n'est pas fonction de distinctions aux plans du sujet du droit ou de l'objet du droit. Il y a droit réel lorsqu'il y a un lien juridique direct et immédiat entre une personne et un bien permettant à cette personne de tirer avantage du bien sans l'intermédiaire de quiconque. Qu'importe, pour la qualification du droit réel, que le bien soit un meuble ou un immeuble, qu'il y ait un ou plusieurs titulaires du droit, que le titulaire du droit soit à identité déterminée (M. ou M<sup>me</sup> X) ou à identité indéterminée (tout M. ou M<sup>me</sup> qui sera propriétaire de tel bien-fonds). Le sujet de droit n'est cependant pas et ne peut jamais être un bien. *Or, soutenir que la servitude personnelle est réelle par son objet et personnelle par son sujet, c'est d'accepter et laisser entendre que la servitude réelle a pour sujet un bien, i.e. un immeuble.*

L'analyse à laquelle nous mettons à présent un terme ne doit pas être perçue comme un exercice purement académique. Un mauvais choix de mots, un usage maladroit d'expressions ne peuvent que desservir les besoins de la communauté juridique au chapitre de l'acquisition des connaissances. En l'espèce, l'imprécision du langage et le mélange des genres continuent de favoriser la confusion entre servitudes personnelles et droits personnels. Lors de l'interprétation d'un titre de servitude ne permettant pas de conclure à l'existence d'un droit conforme aux exigences de l'article 1177 C.c.Q. et ne constituant pas pour autant un droit personnel, il devient également beaucoup plus difficile d'opérer, comme cela devrait se faire dans la plupart des cas, un rattachement au droit d'usage, cette servitude personnelle nommée gouvernée, sauf dispositions contraires au titre, par les articles 1172 à 1176 C.c.Q.

## CONCLUSION

Il serait erroné de croire, suite au bilan qui vient d'être dressé, que la réforme du droit des biens opérée il y a dix ans n'a pas donné les résultats escomptés par la communauté juridique et par la société en général. Exception faite de la fiducie transformée en patrimoine d'affectation sans titulaire, la réforme a d'abord consisté en une immense entreprise de mise à jour des institutions et des textes, comprenant la codification de ce qui, avec le temps, avait



été clairement consacré en doctrine et en jurisprudence. À cet égard, elle a donné satisfaction et continue de donner satisfaction dans le quotidien parce que la rigueur de la règle de principe a souvent été tempérée et que des normes de conduite ont été introduites là où auparavant il n'était pas toujours facile de déceler leur présence ou portée. De cela, il en a été peu question, nous en convenons. Ceci étant, la réforme du droit des biens apparaît malgré tout aujourd'hui comme un ouvrage inachevé, un peu en retard sur son temps et avec un certain manque d'ordre, de clarté et de précision dans la formulation de la règle de droit. Sans doute ne pouvait-il en être autrement puisque le nouveau Code a été une œuvre essentiellement collective, en gestation pendant plus de trois décennies. Le droit positif continue de jouer son rôle pour parfaire ou retoucher ce qui a besoin de l'être, mais le processus est à la fois lent et long. Aussi faut-il regretter, en conclusion, l'absence manifeste de volonté politique pour que l'Institut de réforme du droit soit doté des crédits nécessaires à son existence<sup>182</sup> afin d'assurer à l'avenir une mise à jour permanente du Code civil.

---

182. *Loi sur l'Institut de réforme du droit*, L.Q. 1992, c. 43.