

# EMPHYTÉOSE SUR UN TERRAIN DU DOMAINE PUBLIC, HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA CONSTRUCTION ET RESTRICTION PARTIELLE AU DROIT DE DISPOSER

François FRENETTE

Volume 106, numéro 1, mars 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045844ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045844ar>

[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. (2004). EMPHYTÉOSE SUR UN TERRAIN DU DOMAINE PUBLIC, HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA CONSTRUCTION ET RESTRICTION PARTIELLE AU DROIT DE DISPOSER. *Revue du notariat*, 106(1), 127–135.  
<https://doi.org/10.7202/1045844ar>

## CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

# EMPHYTÉOSE SUR UN TERRAIN DU DOMAINE PUBLIC, HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA CONSTRUCTION ET RESTRICTION PARTIELLE AU DROIT DE DISPOSER

**François FRENETTE\***

Les faits . . . . .	129
Les prétentions des parties. . . . .	129
Le jugement en première instance et ses motifs . . . . .	130
Le jugement en appel et ses motifs . . . . .	131
Notre commentaire. . . . .	131

---

\* LL.D., notaire à Québec.

Nos annales judiciaires contiennent occasionnellement la relation de débats qui se déroulent partiellement en dehors de la réalité ou, du moins, qui sont en porte-à-faux par rapport à certains de ses éléments. L'affaire *Alta Mura Construction Inc. et al. c. Société des parcs de sciences naturelles du Québec*<sup>1</sup> est un bel exemple du genre.

### **Les faits**

Le gouvernement du Québec a, dans le cadre de son projet visant à insuffler une nouvelle vie au Jardin zoologique de Québec, cédé un immeuble en emphytéose à la Société des parcs de sciences naturelles du Québec (ci-après « Société des parcs ») qui, pour la réalisation des améliorations convenues, a fait appel, *inter alia*, à Alta Mura Construction Inc. (ci-après « Alta Mura »). Pour assurer la protection de sa créance de sous-entrepreneur à raison des matériaux fournis et des travaux de construction ou de rénovation exécutés, Alta Mura a procédé à l'inscription et à la signification, en bonne et due forme, d'un avis de conservation d'hypothèque légale<sup>2</sup> suivi, le même jour, d'un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire<sup>3</sup>. La Société des parcs a demandé, par voie de requête, la radiation de ces avis.

### **Les prétentions des parties**

La requérante, Société des parcs, invoquait d'abord l'insaisissabilité d'un immeuble appartenant à l'État<sup>4</sup>. Elle soutenait de plus que ses droits ès qualité d'emphytéote étaient incessibles en

---

1. C.A. Québec, n° 200-09-04425-036, 2003-11-17; [2003] R.D.I. 329-331 (C.S.).

2. Art. 2727(2) C.c.Q. (pour une créance de 1,9 million).

3. Art. 2748(2) et 2757-2758 C.c.Q.

4. Art. 94.3 et 94.9 C.p.c. et 2668 C.c.Q.

vertu de la convention<sup>5</sup> et de la loi<sup>6</sup> et qu'ils ne pouvaient, dès lors<sup>7</sup>, être vendus sous contrôle de justice<sup>8</sup>.

L'intimée, Alta Mura, estimait pour sa part que l'hypothèque légale de la construction conservée par publications d'avis et significations<sup>9</sup> était tout aussi valable que l'hypothèque consentie préalablement en faveur de la Banque Nationale du Canada (ci-après « BNC ») par Société des parcs. Selon Alta Mura, l'article 9.15 de l'acte d'établissement constituait par ailleurs une restriction autorisée par le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 1200 C.c.Q. plutôt que d'une stipulation d'inaliénabilité entraînant l'insaisissabilité<sup>10</sup>.

### **Le jugement en première instance et ses motifs**

Le tribunal, en la personne de l'honorable Jules Allard, a ordonné la radiation tant de l'avis de conservation d'une hypothèque légale de constructeur publié le 20 décembre 2002 que du préavis d'exercice du droit hypothécaire inscrit le 8 janvier 2003. Les ordonnances ont été rendues aux motifs, *d'une part*, que l'immeuble visé, propriété de l'État, était insaisissable<sup>11</sup> et, *d'autre part*, que l'incessibilité relative du droit d'emphytéose, valablement stipulée lors de la constitution à titre gratuit dudit droit<sup>12</sup> et au surplus couchée à l'article 9.15 de la convention en des termes conformes aux prescriptions du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 1200 C.c.Q.<sup>13</sup>, aurait été

5. Art. 9.15 de l'acte constitutif de l'emphytéose : « L'EMPHYTÉOTE ne pourra céder, en tout ou en partie, ses droits d'emphytéote sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du ministre de l'Environnement, étant entendu que cette exigence d'autorisation vise essentiellement à permettre au PROPRIÉTAIRE de s'assurer que la cession envisagée s'inscrit dans le cadre du PROJET et permet de respecter la destination du Jardin zoologique à l'usage du public des immeubles cédés en emphytéose de même que des améliorations, prévues ou non au présent acte de cession en emphytéose, qui s'y ajouteront.

Il est par ailleurs entendu que tout produit net d'une telle cession doit être utilisé par l'EMPHYTÉOTE exclusivement pour des fins conformes au PROJET et à la destination prévue au présent acte de cession en emphytéose. ».

6. Art. 1212 C.c.Q. La cession en emphytéose avait été consentie à titre gratuit par le gouvernement du Québec.

7. Art. 1215 C.c.Q.

8. Telle était la nature du droit hypothécaire choisie et indiquée par Alta Mura dans son préavis d'exercice.

9. Art. 2726 *in fine* et 2727(2) C.c.Q.

10. Art. 1215 C.c.Q.

11. Par. 12 à 17 du jugement en Cour supérieure.

12. Par. 20 du jugement en Cour supérieure.

13. Par. 11 et 20 du jugement en Cour supérieure.

écartée uniquement au profit de la BNC, à qui il fut alors fait obligation d'une retenue de 1,9 million sur les débours du prêt consenti à l'emphytéote<sup>14</sup>.

### **Le jugement en appel et ses motifs**

La Cour d'appel du Québec *a accueilli* le pourvoi d'Alta Mura, *infirmé* le jugement de première instance *et*, rendant jugement comme il aurait dû l'être, *rejeté* la requête en radiation desdits avis de conservation et préavis d'exercice. Le rejet de la requête en radiation de Société des parcs est fondé, *d'une part*, sur la saisissabilité du droit d'emphytéose par opposition à l'insaisissabilité de la nue-propriété de l'État dans l'immeuble<sup>15</sup> *et*, *d'autre part*, sur une constitution du droit d'emphytéose à titre onéreux écartant l'application possible des articles 1212 et 1215 C.c.Q. dans **l'hypothèse** où il y aurait stipulation d'inaliénabilité<sup>16</sup>. Croyant pour sa part à une constitution du démembrement emphytéotique à titre gratuit tout en refusant de trancher la question<sup>17</sup>, le juge Beauregard, minoritaire, assoit plutôt sa décision sur l'absence d'une véritable prohibition d'aliéner à l'article 9.15 de la convention d'emphytéose<sup>18</sup>, point sur lequel le juge de la majorité avait, quant à lui, refusé vraiment de se prononcer<sup>19</sup>.

### **Notre commentaire**

La décision de la Cour d'appel sur la saisissabilité du démembrement emphytéotique a, fort heureusement, été rendue à bon droit. Il en est autrement du dispositif du jugement portant sur le caractère onéreux de la cession en emphytéose et sur la qualification *exacte* de la restriction partielle d'aliéner y contenue; **et ce nonobstant** le fait que ce dispositif apporte un dénouement heureux au litige. À dire vrai, et comme nous aurons l'occasion de le démontrer, ladite stipulation était tout simplement inapplicable en l'espèce.

---

14. Par. 18, 19, 20 et 22 du jugement en Cour supérieure.

15. Par. 13-15 de la décision en Cour d'appel.

16. Par. 35-39 de la décision en Cour d'appel.

17. Par. 48-50 de la décision en Cour d'appel.

18. Par. 50 de la décision en Cour d'appel.

19. Par. 34 et 40 de la décision en Cour d'appel.

Revenons sur la prétention de Société des parcs suivant laquelle l'hypothèque légale de la construction ne pouvait grever l'immeuble parce que celui-ci, étant la propriété de l'État, était insaisissable. Il est indéniable que tous les biens de l'État sans distinction font partie du domaine public<sup>20</sup> et que le principe de leur insaisissabilité peut être déduit des articles 94.3 et 94.9 du *Code de procédure civile*<sup>21</sup>. Le bénéfice de cette insaisissabilité est cependant attaché à la propriété même de l'État dans le bien et non à la matérialité de l'objet, meuble ou immeuble, sur lequel son droit porte. Il est étonnant que le tribunal de première instance ait pu rendre jugement au mépris d'une distinction aussi primaire et, partant, facile à faire entre un droit et son objet.

Il se trouve par ailleurs que l'emphytéote jouit de toute l'autorité reconnue en loi<sup>22</sup> et en droit positif<sup>23</sup> pour commander des travaux de nature à donner naissance à une hypothèque légale de la construction. Cette hypothèque grève et ne peut alors grever, comme dans le présent cas, que le droit de l'emphytéote dans l'immeuble appartenant à l'État et non pas la propriété de l'État dans le même immeuble; d'où l'absence d'hypothèque du bien d'autrui en l'occurrence<sup>24</sup>, d'une part, et la pertinence du premier alinéa de l'article 1199 C.c.Q. sur la sauvegarde des droits du propriétaire de l'immeuble advenant saisie et vente des droits de l'emphytéote, d'autre part<sup>25</sup>. N'ayant pas su départager le droit de son objet, le premier juge ne pouvait qu'ignorer l'existence de la règle de principe selon laquelle l'hypothèque a toujours pour objet un droit<sup>26</sup>.

Il est intéressant de noter, en concluant sur le premier point et comme le précise le juge Pelletier de la Cour d'appel, que les règles

---

20. *Richard Lasalle Construction ltée c. Concepts Ltd.*, [1973] C.A. 944, 949.

21. Marc BOUDREAU, *Les sûretés*, R.D./N.S., « Sûretés », Doctrine, Document I, par. 15.

22. Art. 1200(1) C.c.Q.

23. *Duskes c. Concreters Ready Mix Ltd.*, [1970] C.A. 922; Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 303 et 308; Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 159.

24. L'hypothèque d'un droit démembré de la propriété (usufruit, emphytéose) ne constitue jamais l'hypothèque du bien d'autrui.

25. *Trecarré ltée et al. c. Hébert-Gravel et al.*, [2000] R.J.Q. 1760 (C.A.); *SunLife Assurance Co. of Canada c. 137578 Canada Inc. et al.*, [2000] R.D.I. 563 (C.A.).

26. Pour une étude sur la question voir : François FRENETTE, « De l'hypothèque : réalité du droit et métamorphose de l'objet », (1998) 39 *C. de D.* 803, 804-812.

afférentes au contenu de l'avis de conservation d'une hypothèque légale de la construction requièrent la désignation cadastrale de l'immeuble corporel sur lequel porte le droit grevé et non pas l'identification du droit réel assujetti à l'hypothèque<sup>27</sup>. Il en est de même, pensons-nous, des règles relatives au contenu du préavis d'exercice d'un droit hypothécaire, bien qu'il soit facile et prudent, dans l'un et l'autre cas, de révéler de suite l'identité du droit hypothéqué.

Examinons à présent la difficulté soulevée par l'article 9.15 de la convention d'emphytéose comprenant l'engagement de l'emphytéote de ne pas procéder à la cession de ses droits sans l'autorisation préalable du propriétaire.

Voyant dans les termes de l'article 1195 C.c.Q. un obstacle incontournable à la constitution du droit d'emphytéose à titre gratuit, le juge Pelletier a conclu à l'incompatibilité de droit entre pareil démembrement et les prescriptions de l'article 1212 C.c.Q. dans l'**hypothèse** où la clause litigieuse contiendrait une véritable stipulation d'inaliénabilité. Pour que cette conclusion puisse disposer bel et bien de la question de fond, encore faut-il savoir s'il y avait effectivement une stipulation de cette nature à la convention. Or, le savant magistrat a refusé de trancher sur ce<sup>28</sup>. C'est donc dire qu'il n'a pas du tout rendu jugement sur l'un des moyens invoqués par Société des Parcs.

À notre avis, le juge Pelletier a par ailleurs manqué de nuance en rejetant toute possibilité d'une constitution de droit à titre gratuit en matière d'emphytéose. Si donation il peut y avoir en l'espèce, il est indéniable qu'il s'agira d'une donation avec charge en raison même de l'obligation incombant à l'emphytéote de réaliser des améliorations aptes à imprimer une plus-value durable à l'immeuble cédé en emphytéose. Selon l'article 1195 C.c.Q., c'est toutefois cette plus-value donnée à l'**immeuble originairement cédé** en emphytéose qui doit être prise en compte et non pas la valeur desdites améliorations, dont l'amortissement complet bien avant le terme de la convention permet à l'emphytéote d'engranger des profits des

---

27. Par. 16-23 de la décision en Cour d'appel.

28. Par. 34 et 50 de la décision en Cour d'appel.

années durant<sup>29</sup>. C'est ainsi la différence, au terme de l'emphytéose, entre le montant de la valeur ajoutée à l'immeuble d'origine par le labeur de l'emphytéote et le montant, en dollar constant, de la valeur du même immeuble gratuitement mis à la disposition de l'emphytéote pendant toute la durée de la convention, qui déterminera s'il y a eu « donation pour ce qui excède la valeur de la charge »<sup>30</sup>. La règle catégorique énoncée par le juge Pelletier doit donc être écartée au bénéfice d'une approche requérant expertise actuarielle<sup>31</sup> chaque fois que l'emphytéote n'a pas eu à déboursier un prix d'acquisition pour la cession en emphytéose de l'immeuble. Sans cette expertise, il est difficile *ab initio* de qualifier la convention d'emphytéose d'acte à titre onéreux ou gratuit. Sans cette expertise, il est néanmoins facile de percevoir qu'il y a, entre la cession en emphytéose pour un prix et celle sans prix, une différence dont il faut prendre la mesure avant de loger la transaction à l'une ou l'autre enseigne. Cette différence, c'est la valeur même de l'immeuble lors de la signature de l'acte constitutif.

Aux yeux du juge Beauregard, l'article 9.15 de la convention de l'emphytéose s'analyse en une simple obligation de ne pas faire à la charge de l'emphytéote plutôt qu'une stipulation d'inaliénabilité au sens de l'article 1212 C.c.Q. Les libres propos de son collègue Pelletier sur la question l'ont inspiré<sup>32</sup>. Ce dernier aurait lui-même été marqué par une distinction générale à cet effet en doctrine<sup>33</sup>, mais pas au point de s'en saisir pour décider du cas en litige. Selon nous, il s'agit là d'une distinction spécieuse car, et comme le révèle le texte de l'article 1212 C.c.Q., toute stipulation d'inaliénabilité est une restriction à l'exercice du droit de disposer, laquelle restriction n'est pas autre chose qu'une obligation de ne pas faire<sup>34</sup>.

Sur ce dernier point, nous estimons personnellement que l'article 9.15 de la convention d'emphytéose contient non pas une prohibition d'aliéner au sens de l'article 1212 C.c.Q., mais plutôt une restriction en accord avec les exigences du deuxième alinéa de

---

29. Autrement, l'emphytéose constituerait toujours un marché de dupes pour l'emphytéote.

30. Art. 1810 C.c.Q.

31. Pour actualiser les montants et avoir aujourd'hui réponse au calcul des valeurs.

32. Par. 32-33 de la décision en Cour d'appel.

33. Michelle CUMYN, « Les restrictions à la liberté d'aliéner dans le Code civil du Québec », (1994) 39 *R.D. McGill* 877, 899.

34. Art. 1373(1) C.c.Q.

l'article 1200 C.c.Q. En effet, la disposition pertinente ne cherche pas à priver l'emphytéote de son droit de disposer<sup>35</sup>, mais plutôt à subordonner **l'exercice de ce droit**<sup>36</sup> à l'autorisation préalable du ministre de l'Environnement qui, agissant pour et au nom de l'État, peut alors veiller à ce que les termes d'une cession partielle ou totale de droits ne soient pas en contradiction avec la destination imprimée à l'immeuble dans l'acte constitutif.

Quoi qu'il en soit de notre opinion sur le sens à donner à l'article 9.15 de la convention d'emphytéose, c'est maintenant **la portée** de cette disposition qui doit retenir l'attention.

Le tribunal n'avait nul besoin de qualifier la disposition puisqu'elle ne pouvait pas recevoir application dans le cadre des événements qui ont eu lieu. Pourquoi? Tout simplement parce que ce n'est pas l'emphytéote lui-même qui, comme l'exige la disposition<sup>37</sup>, a consenti à une cession partielle de ses droits par voie d'une affectation hypothécaire. L'hypothèque légale de la construction est née de la loi<sup>38</sup> et non du consentement de l'emphytéote. En ce domaine, l'autonomie de la volonté manque de force. C'est au demeurant parce que l'État était parfaitement conscient de l'inefficacité du fameux article 9.15 de l'acte constitutif en présence de sûretés légales qu'il a, lors de son intervention à la convention d'obligation hypothécaire entre l'emphytéote et la BNC en avril 2002, donné son consentement sujet à une retenue de 1,9 million à faire par la BNC sur le débours du prêt consenti à l'emphytéote. Si par ce geste l'État agissait autant dans son propre intérêt que dans celui de la BNC et, apparemment, d'Alta Mura<sup>39</sup>, l'opération à laquelle n'avait pas participé cette dernière<sup>40</sup> ne pouvait la priver de son droit le plus strict de prendre elle-même des mesures conservatoires pour la protection de sa créance.

35. Ce qui serait interdit. Voir : François FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », dans *La réforme du Code civil*, t. I, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 702, n° 94.

36. Ce qui est par ailleurs permis. *Ibid.*

37. *Supra*, note 5.

38. M. BOUDREAU, *supra*, note 21, par. 6.

39. Manifestement née avant la publication de l'hypothèque conventionnelle consentie par l'emphytéote à la BNC, l'hypothèque légale d'Alta Mura aurait primé cette dernière. Art. 2952 C.c.Q. P. CIOTOLA, *supra*, note 23, p. 190-193.

40. L'engagement de la BNC ne conférerait aucune garantie à Alta Mura. Cette dernière avait donc toute liberté de veiller à la sauvegarde de ses droits comme sous-contractant et fournisseur de matériaux par la publication des avis et préavis appropriés.