

RÉGULARISATION DES EMPIÈTEMENTS : LES « SERVITUDES DE TOLÉRANCE » NE SONT PAS TOLÉRABLES

François BROCHU

Volume 107, numéro 2, septembre 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045656ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045656ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BROCHU, F. (2005). RÉGULARISATION DES EMPIÈTEMENTS : LES « SERVITUDES DE TOLÉRANCE » NE SONT PAS TOLÉRABLES. *Revue du notariat*, 107(2), 229–237. <https://doi.org/10.7202/1045656ar>

RÉGULARISATION DES EMPIÈTEMENTS : LES « SERVITUDES DE TOLÉRANCE » NE SONT PAS TOLÉRABLES

François BROCHU*

La consultation d'un certificat de localisation peut occasionnellement révéler que des constructions empiètent sur un terrain destiné à être vendu ou, encore, que des bâtisses ou ouvrages érigés par un vendeur empiètent sur un fonds voisin¹. Quoi faire lorsqu'un problème de ce genre se produit ?

À défaut de pouvoir réunir les conditions requises pour transformer, au moyen de la prescription acquisitive, une occupation en situation de droit², la façon de régler le sort des empiètements est prévue à l'article 992 C.c.Q.³. Le premier alinéa de cet article offre deux solutions au propriétaire qui subit un empiètement peu important de la part d'un voisin de *bonne foi*⁴. Le propriétaire peut, d'une part, contraindre le constructeur fautif à acquérir, pour valeur, la parcelle qui supporte l'empiètement. Il peut, d'autre part, exiger une indemnité pour la perte temporaire de l'usage de la parcelle sur laquelle empiète la construction du voisin⁵. Examinons brièvement

* LL.D., notaire et professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. *Règlement sur la norme de pratique relative au certificat de localisation*, R.R.Q., c. A-23, r. 7.1, art. 9, par. 13 : l'arpenteur-géomètre doit vérifier divers éléments concernant ou affectant le bien-fonds qui fait l'objet d'un certificat de localisation, notamment tout empiètement apparent exercé ou souffert ; C.c.Q., art. 1724.
2. *St-Jean c. Morin*, [1998] R.D.I. 605 (C.S.) ; *Dupont-Lemire c. Notre-Dame-du-Bon-Conseil (Municipalité du village de)*, AZ-99021764, [1999] R.D.I. 397 (C.S.).
3. Le problème de l'empiètement est différent de celui que posent les constructions réalisées **entièrement** sur le fonds d'autrui par un possesseur. Le sort de ces dernières est prévu aux articles 955 à 964 C.c.Q.
4. Le choix appartient à celui qui subit l'empiètement et non pas à la personne dont une construction occupe une partie du fonds voisin : *Gosselin c. Doiron*, [2002] R.D.I. 793 (C.S.) ; *de Mondehare c. Bouchard*, AZ-01026211, B.E. 2001BE-459 (C.S.) ; *contra* : *Constructions S.P. inc. c. Sauvé*, AZ-96023039, [1996] R.D.I. 427 (C.S.). Pour un exemple d'empiètement de mauvaise foi, voir : *Bossé c. Weavexx*, AZ-50289865, B.E. 2005BE-270 (C.Q.).
5. Lorsque l'auteur de l'empiètement est de mauvaise foi ou que sa construction occupe une partie considérable du fonds voisin, la victime se voit offrir par le (à suivre...)

les conséquences de la mise en œuvre l'une et l'autre des issues offertes par l'article 992, al. 1 C.c.Q.

1. La vente de la parcelle occupée à l'auteur de l'empiètement

Comme le soulignait notre confrère François Frenette dans une étude portant sur la problématique de l'empiètement, « l'acquisition de la parcelle de terrain [par l'auteur de la construction] devra être doublée de l'achat de la partie de bâtiment y dessus, pour un prix qui ne devrait pas dépasser un dollar »⁶. En effet, le principe de l'accession, exposé notamment à l'article 948 C.c.Q., fait en sorte que le propriétaire d'un fonds devient automatiquement propriétaire de la partie d'une construction qui empiète sur son terrain, à moins qu'il n'ait renoncé au bénéfice de l'accession *avant* l'érection du bâtiment⁷. La vente a donc pour objet non seulement la parcelle de terrain occupée mais également la construction qu'elle supporte.

La vente d'une partie de lot ne pose aucun problème *lorsque le cadastre n'a pas été rénové*. Le transfert d'une parcelle est, en revanche, plus délicat en *territoire rénové*. Les articles 3030 et 3054 C.c.Q. interdisent, en effet, la publication d'un acte de vente ayant pour objet une partie de lot tant et aussi longtemps qu'une modification cadastrale n'aura pas conféré un numéro distinct à la partie acquise et à la partie résiduelle. Par ailleurs, le deuxième paragraphe de l'article 3054 C.c.Q. oblige l'acquéreur à faire regrouper la parcelle acquise avec le lot contigu qui lui appartenait déjà. Ces dispositions laissent donc entendre que deux opérations cadastrales successives, soit l'immatriculation de la parcelle acquise suivie par l'immatriculation de l'immeuble qui résulte du regroupement de cette parcelle avec le lot sur lequel se trouve la majeure partie du bâtiment construit par l'acquéreur, sont nécessaires à des fins de publicité. Il existe, heureusement, un moyen d'échapper à ce pro-

(...suite)

deuxième alinéa de l'article 992 des solutions qui ne posent pas vraiment de problème en ce qui concerne leur application.

6. François FRENETTE, « La problématique de l'empiètement », (1999) 101 *R. du N.* 97, 106.

7. La renonciation au bénéfice de l'accession (art. 1110 C.c.Q.) a alors pour effet de permettre au voisin de devenir propriétaire superficière des constructions réalisées **postérieurement** à la renonciation ; pour un rappel des règles conduisant à l'établissement de la propriété superficière, voir François FRENETTE, *La propriété superficière*, R.D.n.s., Doctrine, *Biens*, document 5, 2005, par. 27 et 29.

8. C.c.Q., art. 3033.

cessus de double immatriculation qui pourrait s'avérer long et coûteux. Il s'agit de désigner par tenants et aboutissants la parcelle de terrain vendue à l'auteur de l'empiètement et d'attendre que le lot résultant du regroupement de cette parcelle avec l'immeuble qui lui appartenait déjà soit créé pour publier l'acte de vente au moyen d'un avis cadastral⁸. Quelques mesures de précaution doivent cependant être prises:

- Avant même de procéder à la vente d'une partie de lot, le notaire doit s'assurer, auprès de l'arpenteur-géomètre chargé de préparer la description technique de la parcelle à être vendue, que la portion de terrain que conservera le vendeur respectera les normes de superficie minimale et de dimensions minimales prescrites par le règlement de lotissement de la municipalité⁹. Dans le cas contraire, l'opération cadastrale exigée par l'article 3030 C.c.Q. sera bloquée et le notaire ne pourra jamais publier l'acte de vente.
- Il n'existe, avant l'entrée en vigueur¹⁰ de l'opération cadastrale destinée à regrouper la parcelle vendue avec l'immeuble appartenant déjà à l'auteur de l'empiètement, aucun moyen d'informer les tiers du transfert de propriété. L'acquéreur de la parcelle ne bénéficie donc d'aucune protection pendant les semaines qui sont nécessaires pour la réalisation de l'opération cadastrale. Il serait imprudent, pendant cette période, de remettre au vendeur les sommes déboursées par l'acquéreur compte tenu du risque d'une double vente. Les articles 2966 à 2968 C.c.Q. n'autorisent malheureusement pas la préinscription des actes de vente d'une partie de lot rénové. La préinscription de tels actes, si elle était permise, aurait pour effet de protéger le public jusqu'au moment de la modification du plan cadastral.
- La rédaction de l'avis cadastral au moyen duquel on peut parvenir à publier l'acte de vente d'une partie de lot rénové est parfois déficiente. Comme le montre l'exemple ci-dessous, il est inexact de stipuler, dans un avis cadastral, que la partie de lot vendue correspond au lot né du regroupement de cette parcelle avec l'immeuble qui appartenait déjà à l'acquéreur.

9. *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., c. A-19.1, art. 115, al. 2(3) ; Lorne GIROUX, « Le lotissement », dans Barreau du Québec, *Droit public et administratif*, Collection de droit 2004-2005, vol. 7, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

10. C.c.Q., art. 3028.

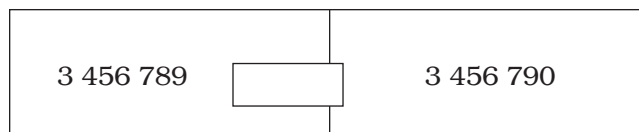


Figure 1: empiètement sur le lot 3 456 790 d'une partie de la bâtisse construite sur le lot 3 456 789

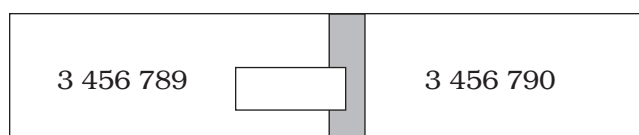


Figure 2: acquisition, par le propriétaire du lot 3 456 789, de la partie du lot 3 456 790 montrée en ombrage et désignée par tenants et aboutissants

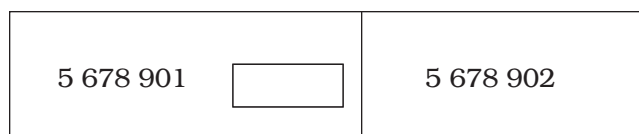


Figure 3: création du lot 5 678 901 à la suite de la fusion de la partie du lot 3 456 790 avec le lot 3 456 789. L'avis cadastral ne doit pas laisser entendre, comme on le lit parfois dans certains actes, que la partie de lot acquise correspond aujourd'hui au lot 5 678 901. L'avis cadastral doit plutôt relater que la partie de lot acquise a fait l'objet d'une opération cadastrale au terme de laquelle elle a été fusionnée au lot contigu portant le numéro 3 456 789 afin de devenir le lot 5 678 901. L'avis cadastral doit ensuite mentionner que le comparant désire que le lot 5 678 901 soit touché par la publication de l'acte de vente.

2. La réclamation d'une indemnité pour la perte temporaire de l'usage de la parcelle occupée

L'article 992, al. 1 C.c.Q. offre la possibilité au propriétaire du fonds qui subit un empiètement mineur de réclamer une indemnité

11. Pour une autre illustration, voir : *Remo Construction inc. c. Del Negro*, AZ-50224464, C.S. Montréal, n° 500-05-073177-022, 2004-03-08 (pavé uni qui empiète sur le fonds voisin).

pour compenser la perte temporaire de l'usage d'une partie de son bien. Cette solution sera parfois plus avantageuse, pour lui, que celle qui consisterait à vendre au voisin la parcelle que ce dernier occupe sans droit. Ce sera le cas dans l'hypothèse où la vente aurait pour effet de laisser à la victime de l'empiètement un résidu de terrain ayant une superficie non conforme à celle exigée par le règlement de lotissement. De même, la vétusté d'une construction, par exemple un garage ou même une maison qui devront être reconstruits d'ici quelques années, peut inciter le propriétaire à ne pas se départir de la portion du fonds sur laquelle celle-ci empiète¹¹.

En contrepartie du versement d'une indemnité, il est normal que l'auteur de l'empiètement souhaite continuer de profiter pleinement de son ouvrage ou de sa construction. Sous le régime de l'ancien Code civil, la « servitude de tolérance »¹² était souvent le véhicule utilisé pour garantir au constructeur de la bâtisse dérogatoire qu'il n'aurait pas à démolir la portion qui déborde sur le fonds voisin. Le *Répertoire de droit* proposait d'ailleurs un « modèle de servitude de tolérance » permettant de maintenir un bâtiment dans sa situation actuelle tant et aussi longtemps qu'il subsiste¹³. Il ne s'agit pas, à notre avis, d'un correctif qui soit encore approprié aujourd'hui.

Le professeur Lamontagne qualifie la « servitude de tolérance » d'« alternative boiteuse »¹⁴. Le professeur Frenette abonde dans le même sens parce que « la soi-disant *renonciation à l'accession* accompagnant l'établissement de ladite servitude n'a pas eu et ne peut avoir pour effet d'accorder la propriété de l'anticipation à son auteur. Comme l'accession a déjà joué, il faut plutôt faire une *division de l'objet du droit de propriété portant sur l'immeuble de la victime de l'anticipation* »¹⁵. En d'autres mots, la « servitude de tolérance » n'est pas le véhicule approprié pour faire en sorte que la

12. Cette servitude était également connue sous les noms de « servitude de tolérance d'empiètement », « servitude d'appui » ou « servitude d'empiètement ». Il ne s'agissait évidemment pas d'une servitude qui prenait naissance, automatiquement, du simple fait de la tolérance d'un empiètement puisqu'une servitude ne peut s'établir sans titre : *Rodrigue c. Doyon*, [1990] R.D.I. 821, 825 et 826 (C.S.) ; *Lanart Sales inc. c. Alan Macnaughton*, J.E. 2004-387 (C.A.) ; *Remo Construction inc. c. Del Negro*, AZ-50224464, C.S. Montréal, n° 500-05-073177-022, 2004-03-08.

13. *Répertoire de droit*, titres immobiliers, formulaire, document 10 (servitude de tolérance).

14. Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE, *La publicité des droits*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 151.

15. François FRENETTE, « La problématique de l'empiètement », (1999) 101 *R. du N.* 97, 107.

partie dérogatoire d'une bâtisse cesse d'appartenir au propriétaire du fonds sur lequel elle déborde et soit transférée à la personne qui l'a construite. Combinée à l'établissement d'une propriété superficielle par division de l'objet du droit de propriété¹⁶, la servitude de tolérance devrait donc se limiter à permettre à l'auteur de l'empiètement de profiter de la parcelle sur laquelle repose la portion d'immeuble dont il est devenu propriétaire superficielle. En définitive, le droit de propriété sur la portion de l'ouvrage qui déborde sur le fonds voisin ne peut être transféré au constructeur qu'à la suite d'une division de l'objet du droit de propriété. Cette division implique une opération cadastrale qui crée, pour le volume occupé par la portion dérogatoire de la bâtisse qui empiète, un lot distinct du fonds qui subit l'empiètement. Sans cette opération cadastrale, il sera impossible de publier le transfert¹⁷, auquel souhaite procéder la victime de l'empiètement en faveur du constructeur lui ayant versé une indemnité, de la propriété superficielle de la portion de bâtisse qui est entrée dans son patrimoine par le jeu de l'accession¹⁸.

L'exigence d'une opération cadastrale énoncée à l'article 3030, al. 1 C.c.Q. a conduit plusieurs notaires à s'interroger sur la méthode à adopter pour régler les cas d'empiètement mineur. Est-il vraiment nécessaire de créer un lot pour identifier, sur le plan cadastral, la partie d'une bâtisse qui sera démolie dans quelques années ? Si le législateur autorise, à l'article 3038 C.c.Q., la publication de droits portant sur des réseaux de services publics sans qu'il ne soit nécessaire de les cadastrer, pourquoi ne pas aménager une règle semblable pour des empiètements temporaires ? De fait, l'article 3030 C.c.Q. a été conçu pour éviter que les actes touchant une propriété superficielle destinée à changer régulièrement et perpétuellement de mains soient publiés au feuillet de l'index des immeubles se rapportant au tréfonds. En somme, le législateur voulait éviter que plusieurs chaînes de titres s'entrecroisent sur le feuillet de l'index des immeubles se rapportant à un fonds. Cette intention est louable mais fort peu adaptée au contexte de l'empiètement que l'on régularise au moyen du versement d'une indemnité¹⁹.

16. Il s'agit ici d'opérer une division entre la partie de bâtisse qui empiète et le fonds sur lequel elle empiète.

17. C.c.Q., art. 3030.

18. C.c.Q., art. 948.

19. François FRENETTE, *La propriété superficielle*, R.D.n.s., Doctrine, Biens, document 5, 2005, par. 53 ; le professeur Lamontagne (*La publicité des droits*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, par. 142.2) interprète l'article 3030 C.c.Q. (à suivre...)

Il y aurait lieu, de l'avis de plusieurs auxquels nous joignons notre voix, d'assouplir l'article 3030 C.c.Q. La Chambre des notaires du Québec a d'ailleurs saisi le ministère de la Justice de l'importance de procéder rapidement à une modification législative en ce sens.

Plusieurs notaires ont choisi, à regrets, de contourner les embûches de l'article 3030 C.c.Q. en utilisant le véhicule de la « servitude de tolérance » pour publier ce qui devrait plutôt être un droit de propriété superficielle assorti d'une servitude d'appui. Les règles de publicité trop strictes les empêchent, disent-ils, de procéder à la rédaction d'un acte de propriété superficielle qui serait, pourtant, juridiquement approprié. C'est la raison pour laquelle ils se rabattent sur des « servitudes de tolérance ». Les coûts liés à la création d'une propriété superficielle pour solutionner un débordement mineur, solution la plus valable dans l'état actuel de notre droit, emportent en effet le profit qu'en retirerait l'auteur d'un empiètement temporaire. Le malaise est grand.

En attendant qu'une solution, à la fois économique et réaliste sur le plan juridique, soit apportée au problème de la publication de la propriété superficielle lorsqu'elle consiste en un empiètement mineur, une troisième voie mérite de retenir l'attention des praticiens. L'auteur d'un empiètement aurait avantage à se faire consentir par son voisin prêt à accepter un débordement temporaire afin de maintenir de bonnes relations de voisinage, un démembrement de la propriété qui se rapprocherait d'un droit d'usage renouvelable sans toutefois comprendre le droit aux fruits²⁰ que pourrait produire la

(...suite)

différemment parce que, selon lui, l'interprétation que nous privilégions et qui est partagée par la mission de la publicité des droits, « conduirait occasionnellement à des absurdités (notamment, dans le cas des plantations superficielles), entraînerait des coûts prohibitifs (frais d'arpentage et de cadastre) et risquerait ainsi de vider la propriété superficielle de son contenu (en obligeant les praticiens à recourir à des alternatives boiteuses, telle la servitude de tolérance, pour éviter les frais) ». Au lieu de faire dire à l'article 3030 C.c.Q. ce qu'il ne dit pas, nous croyons plus approprié d'en demander la modification de manière à éliminer les irritants que le professeur Lamontagne a soulevés avec raison et que nous souhaitons également dénoncer.

20. C.c.Q., art. 910, al. 2. L'absence de droit aux *fruits* empêche de qualifier le démembrement « d'usage » (art. 1172 C.c.Q.). L'auteur de l'empiètement aura toutefois droit aux *revenus* (art. 910, al. 3 C.c.Q.) générés à la fois par la portion de bâtisse et par la parcelle sur lesquelles porte le démembrement. Le nu-propriétaire, qui subit l'empiètement, pourra bien entendu exiger l'indemnité à laquelle l'article 992, al. 1 lui donne droit pour la perte temporaire de l'usage de sa parcelle.

partie du fonds qui supporte l'excédent²¹. La création d'un tel démembrement, dont les règles de fonctionnement seront strictement contenues dans le titre qui le constitue²², représentera une solution de rechange de beaucoup supérieure, sur le plan juridique, à une servitude de tolérance. La durée du démembrement pourra contractuellement être fixée à un maximum de cent ans²³, à moins d'une destruction totale ou partielle de la construction dérogatoire qui mettrait alors immédiatement fin au droit conféré. Il sera également possible de prévoir la cessibilité du démembrement en faveur d'un éventuel acquéreur du fonds sur lequel se trouve la majeure partie de la bâtisse non conforme²⁴. En définitive, le rédacteur de l'acte aura avantage à bien circonscrire le régime juridique du démembrement innommé qui se rapprochera d'un droit d'usage en s'inspirant des dispositions contenues aux articles 1120 à 1167 C.c.Q. La publication du démembrement ne posera pas de problème puisqu'il suffira de décrire, par tenants et aboutissants, la parcelle sur laquelle il porte tout en précisant que le droit s'étend à la bâtisse que cette parcelle supporte. Une description technique, plutôt qu'une opération cadastrale, sera donc suffisante, y compris si le lot qui subit l'empiètement a fait l'objet d'une rénovation cadastrale²⁵.

Conclusion

Vivement une réaction rapide du ministère de la Justice pour que les personnes qui désirent régulariser des empiètements mineurs et temporaires soient dispensées de procéder à une coûteuse opération cadastrale pour diviser l'objet de leur droit de propriété. Le fait d'apporter des assouplissements à l'article 3030 C.c.Q. permettrait de régler le problème que pensent éviter les notaires qui rédigent, à tort, des servitudes de tolérance et ne contrevien-

21. Un modèle d'acte, rédigé en collaboration avec M^e François Frenette pour couvrir cette hypothèse, sera disponible dans le *Répertoire de droit*.

22. Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 272 : « au-delà de la nature du droit et de sa durée, le démembrement innommé, contrairement aux démembrements prévus au Code, n'est pas assujéti à un régime juridique légal. L'acte qui le constitue doit donc prévoir un régime, notamment pour régler les droits et obligations des titulaires d'un tel démembrement. Il est possible de référer, en faisant les adaptations nécessaires, à un régime déjà prévu au Code, [l'usage] par exemple ».

23. Par référence aux articles 1123 et 1176 C.c.Q. qui prévoient la durée maximale du droit d'usage.

24. Par référence à l'article 1173 C.c.Q. qui prévoit la possibilité d'établir contractuellement la cessibilité du droit d'usage.

25. Les démembrements ne sont pas assujétiés à l'article 3030, al. 1 C.c.Q. puisqu'ils ne constituent pas « un droit de propriété » par opposition à la propriété superficielle et à la copropriété divisée ou indivise.

drait pas aux objectifs poursuivis par la rénovation cadastrale. Dans l'attente des modifications législatives souhaitées, les praticiens pourront créer un démembrement qui s'apparente à un droit d'usage en faveur de l'auteur d'un empiètement et moyennant le versement d'une indemnité à la personne qui en accepte les inconvénients. Ce démembrement, dont le régime sera aménagé de manière contractuelle, portera tant sur la parcelle qui subit le débordement que sur la portion de la construction qu'elle supporte.