

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES BIENS

Mathieu Devinat

Volume 120, numéro 1, 2018

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2017

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058339ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058339ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Devinat, M. (2018). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES BIENS. *Revue du notariat*, 120(1), 85–112. <https://doi.org/10.7202/1058339ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DES BIENS

Mathieu DEVINAT*

INTRODUCTION	87
1. La mitoyenneté dans le temps et dans l'espace.	87
1.1 Dans le temps : la (présomption de) mitoyenneté ne se perd pas par le non-usage	88
1.2 Dans l'espace : un passage à la frontière des lots, servitude ou indivision forcée ?	93
2. Les effets juridiques incertains d'une affectation d'un bien à un but durable par son seul propriétaire	99
2.1 L'affectation d'un bien à un but durable par son seul propriétaire peut-elle engendrer une copropriété forcée ?	100
2.2 L'affectation d'un bien à un but durable par son seul propriétaire peut-elle engendrer une servitude ?	103
3. L'absence d'accès véhiculaire à un terrain situé sur la rive d'un lac est-elle constitutive d'enclave au sens de l'article 997 C.c.Q. ?	105
CONCLUSION	111

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier Valérie Beaulieu Pfertzel, candidate à la maîtrise (recherche) à l'Université de Sherbrooke, pour sa contribution à titre d'assistante de recherche, ainsi que la professeure Alexandra Popovici, de l'Université de Sherbrooke, et la professeure Gaële Gidrol-Mistral, du Département de sciences juridiques de l'UQÀM, pour leurs commentaires utiles à l'égard d'une version antérieure de ce texte.

INTRODUCTION

Les décisions que nous avons choisi de commenter cette année ne bénéficieront probablement pas de l'aura que l'on accorde aux arrêts de principe. Les arrêts comme *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*¹ ou *Ostiguy c. Allie*² sont relativement rares en droit des biens, reflétant ainsi une certaine stabilité de ce champ du droit civil. En revanche, les décisions commentées soulèvent des questions susceptibles d'intéresser les membres de la communauté juridique, qu'ils soient praticiens ou universitaires, en ce qu'elles mettent en application des principes fondamentaux dans des contextes factuels originaux et soulèvent des questions de qualification de droits. En l'occurrence, une première partie traite de deux décisions dans lesquelles est discutée la portée de la mitoyenneté : l'une dans le temps, car elle ne se perd pas par le non-usage, et l'autre dans l'espace, à l'égard d'un passage « commun » (1). Une deuxième partie est consacrée à une décision dans laquelle une affectation a été attribuée à des biens, donnant lieu à des discussions sur la nature des droits ainsi créés : copropriété forcée ou servitude (2) ? Une troisième partie traite enfin de la portée de l'article 997 C.c.Q., qui permet de réclamer un droit de passage sur un fonds voisin en cas d'enclave dans un contexte où le fonds est situé sur une rive et est accessible seulement par la voie fluviale (3).

1. La mitoyenneté dans le temps et dans l'espace

Auparavant rangée dans la catégorie des *servitudes réelles* dans le *Code civil du Bas Canada*³, la mitoyenneté est aujourd'hui envisagée comme une indivision qui a pour particularités d'être *forcée et perpétuelle*, et qui est soumise à un régime particulier établi aux articles 1002 à 1008 du *Code civil du Québec*. Les décisions suivantes abordent deux caractéristiques distinctes du régime qui lui est réservé et elles montrent comment la mitoyenneté peut se déployer dans le temps et dans l'espace.

1. 2008 CSC 64.

2. 2017 CSC 22.

3. Art. 499 et s. C.c.B.C.

1.1 Dans le temps : la (présomption de) mitoyenneté ne se perd pas par le non-usage

Étant une forme particulière d'indivision, elle-même modalité de la propriété, la mitoyenneté bénéficie de certaines caractéristiques du droit de propriété, dont celle de ne pas se perdre par le non-usage⁴. La décision *Flamand c. 9029-8324 Québec inc.*⁵ illustre ce principe, mais dans le contexte étonnant d'un non-usage pratiquement immémorial, estimé à plus de 120 ans ! Bien qu'elle soulève des questions intéressantes, les faits à l'origine du litige sont relativement simples.

Deux immeubles contigus partagent un mur mitoyen situé sur la ligne séparative. Si la mitoyenneté, sur le plan horizontal, n'est pas contestée, la question de savoir jusqu'où elle s'étend sur le plan vertical l'est. En effet, les deux immeubles sont respectivement de deux et de trois étages, ce qui a pour conséquence qu'au-delà du deuxième étage, le mur ne sert de soutien que pour l'un d'eux seulement. C'est le caractère mitoyen de cette portion de mur qui est discuté, dans un contexte où la partie demanderesse, propriétaire de l'immeuble le plus élevé, réclame à l'autre qu'elle contribue aux importantes réparations devenues nécessaires en raison de sa dégradation⁶.

Une première lecture de l'article 1003 du Code civil laisserait croire que la mitoyenneté ne s'étendrait pas à la portion du mur situé au-delà de l'héberge, et donc la portion qui rejoindrait le deuxième étage⁷. La partie demanderesse a toutefois réussi à restituer l'historique de la configuration de l'immeuble voisin, en montrant à partir de photographies d'époque et d'indices tirés de l'observation du mur actuel qu'un immeuble de trois étages avait auparavant occupé toute la hauteur du mur. Comme l'écrit le juge, « [b]ien que ces photographies ne soient pas d'une précision chirurgicale, il n'en demeure pas moins qu'elles sont apparues au tribunal suffisamment convaincantes pour conclure que tous les immeubles

4. Denis VINCELETTE, *Au pied du mur, en quête de la solution mitoyenne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, par. 492, p. 199-200.

5. 2017 QCCS 2150.

6. Art. 1006 C.c.Q. : « L'entretien, la réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge des propriétaires, proportionnellement aux droits de chacun. »

7. Art. 1003 C.c.Q. : « Toute clôture qui se trouve sur la ligne séparative est présumée mitoyenne. De même, le mur auquel sont appuyés, de chaque côté, des bâtiments est présumé mitoyen jusqu'à l'héberge. »

situés dans l'environnement immédiat de celui du demandeur avaient réellement à l'époque trois étages avec une toiture en pente et avec des lucarnes »⁸. En raison de cette preuve, conjuguée avec d'autres indices de la présence antérieure d'un immeuble à trois étages, le juge arrive à la conclusion qu'il devait y avoir un tel immeuble avant la construction du bâtiment de la défenderesse. C'est donc l'existence – immémoriale il faut l'admettre⁹ – de cet immeuble qui semble avoir été déterminante dans le raisonnement du juge, car il conclut qu'en raison de cette preuve, le mur actuel doit être déclaré « mitoyen sur toute sa hauteur »¹⁰.

On retient donc du raisonnement du juge que la démolition de l'immeuble d'origine, il y a plus de cent ans, n'aurait pas eu pour effet de retirer le caractère mitoyen du mur séparant les deux immeubles et qu'en reconstruisant un nouvel immeuble de deux étages, le propriétaire conserverait la mitoyenneté de l'intégralité du mur, même si le nouveau bâtiment ne s'y appuie plus¹¹. Le non-usage de cette partie du mur n'entraînerait pas l'extinction de son droit de propriété indivis et n'éteindrait pas ses responsabilités à l'égard des réparations qu'il devait assumer en parts égales avec son voisin, indivisaire lui-aussi. L'application qui est faite de la présomption de mitoyenneté prévue à l'article 1003 C.c.Q. mérite qu'on s'y attarde, car plusieurs aspects du litige auraient pu donner lieu à une interprétation opposée.

La conclusion retenue par le tribunal semble s'inscrire dans un raisonnement plusieurs fois adopté par la doctrine et par les juges au Québec suivant lequel « la démolition d'une maison ne modifie-

8. *Flamand c. 9029-8324 Québec inc.*, préc., note 5, par. 53.

9. Les parties n'ont pu produire un témoin pouvant se remémorer de la présence d'un immeuble occupant les trois étages. Ce qui, comme l'écrit le juge, « se comprend très bien car la preuve a démontré sans l'ombre d'un doute que lorsque le bâtiment actuellement propriété de la défenderesse a été reconstruit, ni le demandeur, ni la défenderesse n'étaient nés, les travaux ayant été effectués à la fin du 19^e ou au début du 20^e siècle » (*ibid.*, par. 56).

10. *Ibid.*, par. 99.

11. C'est ce qui ressort du passage suivant : « La question [de savoir si l'édifice de la défenderesse a déjà eu trois étages] est importante parce que si l'immeuble de la défenderesse a toujours été à la même hauteur, la mitoyenneté ne tient que jusqu'à l'héberge, conformément à 1003 C.c.Q., et seul le demandeur est responsable de l'entretien et de la réparation du mur. Par contre, si le bâtiment aujourd'hui propriété de la défenderesse a déjà été de trois étages, et a fait l'objet d'une reconstruction ou rénovation faisant en sorte qu'il est passé à deux étages, le mur peut être considéré comme mitoyen sur toute sa hauteur » (*ibid.*, par. 41-42).

rait pas [...] le statut juridique du mur qui la séparait de celle du voisin. Le mur resté debout conserverait entièrement son caractère mitoyen »¹². Il va de soi qu'un mur détenu en indivision ne cesse pas de l'être simplement parce qu'il ne sert plus d'appui à l'un ou à l'autre des bâtiments, voire aux deux ! Il conserve indéniablement son statut de bien indivis. Dans le cas présent, en revanche, la preuve n'a pas établi que le mur entre les deuxième et troisième étages était indivis, elle a seulement montré qu'un immeuble de trois étages avait autrefois partagé le mur avec l'immeuble voisin, sans plus.

Pour arriver à la conclusion que le mur était mitoyen « sur toute la hauteur », le tribunal semble ne s'être fondé que sur la présomption légale de mitoyenneté, mais en l'appliquant à l'égard d'une situation de fait qui n'existe plus au moment de son application, ce qui nous apparaît contestable. Suivant la formulation des articles 1003 C.c.Q.¹³ et 510 C.c.B.C., la présomption de mitoyenneté ne joue que lorsque deux bâtiments s'appuient sur un même mur et ce n'est qu'à partir de l'héberge que l'on peut apprécier la partie qui doit être *présumée* mitoyenne. Pour établir la mitoyenneté de la portion contestée, il aurait été nécessaire, selon nous, de faire appel à d'autres moyens de preuve (possession ou prescription¹⁴) ou à un titre (contrat ou acquisition de la mitoyenneté).

Il est vrai que les opinions sur le caractère applicable de la présomption de mitoyenneté à l'égard des édifices d'origine ou de leurs vestiges sont partagées, et que la thèse inverse peut valablement être défendue¹⁵. Comme l'écrit Michel Boudot : « [l]a doctrine

12. D. VINCELETTE, préc., note 4, par. 322, p. 118. L'auteur cite *Laplante c. Deslauriers et Fils Ltée*, [1951] C.S. 93, 95.

13. Préc., note 7. La formulation de l'article 510 C.c.B.C. diffère un peu « Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre, marque ou autre preuve légale au contraire. »

14. Il faut admettre qu'il aurait été difficile d'avoir recours à ce type de preuve dans le cas présent, que ce soit du point de vue de la partie défenderesse que de celui de la partie demanderesse, aucune des parties n'ayant exercé une possession conforme aux prétentions de l'autre. La défenderesse n'a manifestement pas possédé la partie de mur comme s'il s'agissait d'un mur mitoyen et le demandeur n'a pas probablement l'*animus* nécessaire pour établir une possession *privative* du mur, même si, dans les faits, il était le seul à exercer un contrôle matériel sur celui-ci. Quelle que soit la durée de ce contrôle, on ne peut prescrire contre son gré !

15. Voir la décision *Gestion Superlogic inc. c. Gravure Universelle inc.*, l'honorable Michel Simard, Cour du Québec, 3 mars 2000 citée dans *Flamand c. 9029-8324 Québec inc.*, préc., note 5, par. 45.

ancienne admettait [en droit français] que la présomption puisse s'appliquer aux cas où des vestiges d'anciennes constructions subsisteraient du côté opposé au bâtiment »¹⁶. Cela semble être d'ailleurs l'avis du professeur Vincelette, qui reconnaît qu'une fois établie la présence d'un mur antérieur, le tribunal « devra prononcer [sa] mitoyenneté malgré la disparition du bâtiment »¹⁷ à moins, bien entendu, que l'une des parties ne puisse apporter une preuve contraire. À suivre ce raisonnement, il faudrait conclure que la « présomption de mitoyenneté ne se perd pas par le non usage ». Si cette dernière opinion s'appuie sur des auteurs aussi prestigieux que Pothier et Demolombe, il demeure que le *Code civil du Québec* ainsi que le *Code civil du Bas Canada* ne font pas appel aux immeubles d'origine pour établir l'objet de la présomption, ce qui montre que, sur ce point, il existe bel et bien une question controversée.

La partie défenderesse dispose vraisemblablement de la possibilité de se dégager de sa responsabilité en abandonnant la mitoyenneté du mur inutilisé. Même s'il n'a pas exercé sa faculté d'abandon avant le prononcé du jugement¹⁸, un propriétaire peut abandonner son droit, sous réserve du principe de l'abus de droit, même à la suite d'une décision judiciaire qui le condamne aux frais de réparation¹⁹. La partie défenderesse pourrait donc, selon toute vraisemblance²⁰, exercer cette faculté, ce qui aurait pour effet de la libérer de

16. Michel BOUDOT, *Rép. civ.* Dalloz, *Mitoyenneté*, par. 17, voir aussi le par. 53 : « La cessation de la situation factuelle de mitoyenneté n'en gomme pas tous les effets, c'est pourquoi des vestiges d'usage commun d'un mur permettent de le faire présumer comme mitoyen. » L'auteur cite, à titre d'autorité, les auteurs Pothier, Marcadé et Demolombe.

17. D. VINCELETTE, préc., note 4, par. 326, p. 120.

18. Le tribunal a observé que la défenderesse « n'a jamais abandonné son droit et ainsi, ne s'est jamais libérée de son obligation de contribuer aux charges puisqu'elle n'a jamais produit d'avis en ce sens au Bureau de la publicité des droits. » (*Flamand c. 9029-8324 Québec inc.*, préc., note 5, au par. 37). Constat qui n'est pas surprenant compte tenu du fait qu'elle contestait la mitoyenneté.

19. *Meneghini c. Orazio*, 1999 CanLII 13707 (QC C.A.).

20. Selon notre compréhension du jugement, les travaux de réfection n'avaient pas encore été entrepris au moment où la décision a été rendue. Il est possible qu'il puisse exister certaines restrictions à l'exercice de ce droit qui permettraient de contester l'exercice de la faculté dans le cas présent. Voir, par exemple Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, par. 861 : « la renonciation ne pourrait être opposable au copropriétaire lorsque des réparations étaient nécessaires avant que ne débute la procédure d'abandon ». L'auteur se fonde sur les principes de bonne foi et sur la décision *Groleau c. Société immobilière du patrimoine architectural de Montréal*, 1999 CanLII 10286 (QC C.Q.) qui est quelque peu difficile à concilier avec *Meneghini c. Orazio*, préc., note 19, rendue deux semaines auparavant. En tout état de (à suivre...)

ses obligations réelles et donc des « réparations qui sont requises au moment même de l'abandon [ainsi] qu'à celles qui le seront par la suite »²¹. La rigueur de la conclusion du tribunal peut donc être appréciée en tenant compte de cette possibilité d'abandon et de son effet libérateur.

Enfin, il est intéressant de rappeler que le régime de publicité, prévu à l'article 1006 C.c.Q., auquel est aujourd'hui soumis l'abandon de mitoyenneté n'existait pas avant 1994²². Sous le *Code civil du Bas Canada*²³, les conditions de fond et de forme de l'abandon unilatéral de la mitoyenneté ont été dégagées par la doctrine et par la jurisprudence, et minutieusement décrites dans l'ouvrage du professeur Denis Vincelette *Au pied du mur, en quête de la solution mitoyenne*²⁴. Sans entrer dans chacune des nuances étudiées par cet auteur, l'abandon exigeait, dans l'ancien code, « une manifestation claire de la volonté »²⁵ de la part du propriétaire, sans que celle-ci soit soumise à une forme précise ou que soient prévues des mesures établissant son opposabilité²⁶. Outre la démolition, dans le but de ne plus en faire usage, de la partie de bâtiment qui s'appuie sur le mur²⁷, l'ancien Code ne formulait pas de conditions explicites

(...suite)

cause, on ne pourrait, a priori, imputer de faute aux parties dans la dégradation du mur : « Quant à la question de savoir si l'un est plus responsable que l'autre de la dégradation du mur, le soussigné ne voit rien dans la preuve qui pourrait l'amener à une telle conclusion. Aucune preuve ne permet d'imputer une faute à qui que ce soit. Cette dégradation est due à l'usure du temps. » (*Flamand c. 9029-8324 Québec inc.*, préc., note 5, par. 100).

21. *Meneghini c. Orazio*, préc., note 19.

22. Selon les Commentaires du ministre : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 « [l'art. 1006 C.c.Q.] innove, toutefois, en ce qu'il impose désormais au propriétaire, désireux d'abandonner son droit, l'obligation de produire un avis en ce sens au bureau de la publicité des droits et de transmettre sans délai copie de l'avis aux autres propriétaires. »

23. L'article 513 prévoyait laconiquement que « tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions, en abandonnant le droit de mitoyenneté et en renonçant à faire usage de ce mur ».

24. D. VINCELETTE, préc., note 4.

25. *Ibid.*, par. 684, p. 274-275.

26. *Ibid.*, par. 728, p. 291. En droit français, on peut constater que ce serait toujours le cas, voir Laetitia TRANCHANT, *J.-Cl. (Notarial Répertoire)*, fasc. 31-2 : SERVITUDES, à jour au 1^{er} mars 2012, par. 126.

27. Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, C. Théoret, 1897, p. 77 ; André COSSETTE, « Problèmes de mitoyenneté », (1959) 61 *R. du N.* 488, 489, qui citent tous deux Baudry-Lacantinerie ; D. VINCELETTE, préc., note 4, par. 461 et 696.

rendant l'abandon opposable à l'égard des tiers ou à l'égard des autres indivisaires. Pour décrire le régime applicable, le professeur Vincelette s'en remettait au droit commun de la publicité des droits qui prévoyait, à l'article 2098 C.c.B.C., qu'est soumis à l'enregistrement « tout acte entre vifs transférant la propriété d'un immeuble ». Étant donné qu'à strictement parler, un abandon unilatéral n'entraîne pas de « transfert de propriété »²⁸, l'abandon n'était pas directement visé par la disposition. C'est donc en faisant appel à l'*esprit* du régime de publicité des droits que l'auteur suggérait au propriétaire désirant abandonner la mitoyenneté d'essayer de « convaincre le registrateur d'enregistrer une déclaration unilatérale d'abandon du mur mitoyen »²⁹, ce qui reflétait le caractère incertain du droit et de la pratique sur cette question. Si cette incertitude demeurait au milieu des années 1980, on imagine difficilement quel était l'état de la pratique lorsque les différents bâtiments au cœur du présent litige ont été détruits ou construits il y a plus de cent ans. Par conséquent, il se peut qu'il existe plusieurs murs mitoyens dont les traces d'abandon sont aujourd'hui disparues, comme le souvenir de l'édifice de trois étages dans le présent litige.

1.2 Dans l'espace : un passage à la frontière des lots, servitude ou indivision forcée ?

La question de la nature des droits permettant à deux propriétaires voisins d'emprunter les allées ou les passages séparant deux fonds a souvent fait l'objet de litiges devant les tribunaux³⁰ et de commentaires dans cette chronique³¹. Dans *Lacasse c. Laflamme*³², l'objet du débat portait justement sur la nature du droit conféré à la partie demanderesse à l'égard d'une allée chevauchant la ligne séparative de deux lots et qui permettait de rejoindre la cour arrière des deux immeubles voisins. Revendiquant au départ un droit de passage fondé sur une servitude réelle, la partie demanderesse a modifié ses prétentions au moment de l'audition pour faire valoir que ce droit pouvait aussi s'appuyer sur la mitoyenneté du passage séparant les deux lots. Sage décision, car c'est ce raisonnement que va

28. D. VINCELETTE, préc., note 4, par. 733, p. 293.

29. *Ibid.*, par. 737, p. 294.

30. Voir, entre autres, *Gabereau c. Vourdousis*, 2007 QCCA 1676 ; *Cauchon c. Cauchon*, 2007 QCCA 842.

31. François FRENETTE et François BROCHU, « Biens », (2009) 111 *R. du N.* 29 ; François BROCHU, « La copropriété par indivision d'un mur et d'un chemin », *Repères*, janvier 2013, *La référence*, EYB2013REP1296, p. 5 (PDF).

32. 2017 QCCS 280.

suivre le tribunal en réponse à la question de droit qui lui a été soumise, et qui lui donnera raison. Avant de présenter les conclusions de la juge Bédard, il est intéressant d'examiner la formulation des clauses interprétées.

Comme cela ressort du paragraphe 51 de la décision :

[l]e droit de passage a été créé pour la première fois lors d'une vente intervenue le 20 mars 1914 et publiée au registre foncier le 21 janvier 1915. La partie de lot ainsi vendue correspond à l'immeuble appartenant maintenant à la défenderesse. La référence au passage se lit comme suit :

[...] avec les bâtisses dessus construites, un droit de passage en commun à perpétuité avec le vendeur ou représentants sur la partie du dit lot servant actuellement comme entrée de cour, ainsi que le tout se trouve présentement, avec les servitudes actives et passives, apparentes ou occultes attachées au dit immeuble. [Nos soulignements]³³

C'est donc en vendant son lot qu'un propriétaire se serait réservé un droit de passage « en commun à perpétuité » et en aurait aussi accordé un à l'acheteur, sans qualifier le droit ainsi créé. Quelques années plus tard, ce même propriétaire aurait vendu une autre partie de son lot, aujourd'hui l'immeuble appartenant aux demandeurs, dans un acte qui contient également la référence à un « droit de passage en commun sur ledit lot à l'endroit qui sert actuellement de passage »³⁴. Par la suite, les formulations vont varier. Un certificat de localisation préparé en 1990 indique l'existence d'une « servitude de passage en commun » dont le plan de localisation renvoie à un acte d'acquisition dans lequel on affirme l'existence d'un « droit de passage en commun à perpétuité [...] à l'endroit qui sert actuellement d'entrée de cour pour le dit lot ». La question que doit trancher le tribunal est donc la suivante : quelle est la nature du droit créé, lors de la vente successive des deux lots, désigné comme un « droit de passage en commun » ?

Avant de s'engager dans l'exercice d'interprétation de la clause, le tribunal a exposé les deux thèses présentées par les parties. Celle des défendeurs concluait que la clause avait pour objet une servitude de passage, vraisemblablement éteinte par la prescription

33. *Ibid.*, par. 51.

34. *Ibid.*, par. 52.

extinctive par non-usage, tandis que la thèse des demandeurs voulait que la clause puisse à la fois être constitutive d'une servitude réelle ou d'une mitoyenneté, c'est-à-dire une copropriété dont l'assiette reposerait sur chacun des lots.

Malgré les différences profondes entre la servitude et la mitoyenneté, il n'est pas rare que des clauses évoquant un chemin ou un passage *mitoyen* donnent lieu à une discussion sur la nature exacte des droits créés. Dans le cas présent, la juge va essentiellement se fonder sur l'intention des parties contractantes et plus particulièrement celle du propriétaire initial des deux lots :

D'abord, lorsque l'immeuble initial a été morcelé et qu'une partie a été vendue à un auteur de la défenderesse, le vendeur conservait la propriété de la partie de l'immeuble appartenant maintenant à la défenderesse et il devenait le voisin immédiat de l'immeuble ainsi vendu. Il ressort du langage qu'il a utilisé qu'il entendait créer un droit de passage au profit des deux immeubles, et ce, sur une base permanente.³⁵

À lui seul, ce constat ne permet pas de trancher la question, la servitude et la mitoyenneté pouvant chacune mener à la création d'un droit de passage perpétuel pour les deux immeubles. C'est plutôt par un raisonnement fondé sur le texte de la clause que le tribunal va s'appuyer pour, d'une part, écarter l'hypothèse d'une servitude et, d'autre part, fonder la thèse d'une mitoyenneté. En effet, l'absence de mention d'un fonds servant ou dominant exclut d'emblée la possibilité d'établir une servitude³⁶. En retour, « l'expression utilisée dans l'acte, soit « passage en commun, est plus compatible avec un ouvrage mitoyen qu'avec une servitude »³⁷. Cette considération, appuyée par un certain nombre d'éléments de preuve dont il n'est pas nécessaire de faire état, permet de conclure à la *mitoyenneté*³⁸ de l'allée qui permet d'accéder à la cour arrière des deux immeubles. Plusieurs aspects de la décision ont attiré notre attention.

35. *Ibid.*, par. 58.

36. *Ibid.*, par. 60 : « La description de droit de passage n'inclut pas non plus de référence à un fonds servant et un fonds dominant puisque les deux immeubles profitent du droit de passage commun. Ainsi, il n'y a pas d'immeuble hiérarchisé qui caractérise normalement une servitude. »

37. *Ibid.*, par. 59.

38. À notre avis, afin d'éviter une confusion avec le régime des articles 1002 et s., il est préférable selon nous de qualifier le droit sur le passage comme étant une copropriété indivise dotée d'une affectation à but durable.

Premièrement, les décisions judiciaires antérieures – que nous avons pu répertorier – ayant abordé des situations similaires avaient pour objet des clauses dont la formulation contenait expressément le terme « mitoyenneté » pour désigner le passage ou le chemin³⁹, ce qui permettait de conclure – dans la plupart des cas – à une volonté d'établir une indivision, plutôt qu'une servitude, sur le terrain où s'exerçait le passage. L'usage de l'expression « mitoyenneté » n'entraîne cependant pas nécessairement cette conclusion, comme l'illustre l'affaire *Fournier c. Lamonde* dans laquelle la Cour d'appel a plutôt conclu à l'attribution d'un droit personnel⁴⁰. Dans le cas à l'étude, c'est plutôt l'adjectif « commun » qui a été employé. Il a été interprété par le juge comme un synonyme de « mitoyenneté » et d'« indivision » en s'appuyant sur un certain nombre de considérations liées à la volonté (probable) des parties lors de la rédaction de l'acte de 1914. Les termes utilisés pour exprimer la volonté d'établir cette forme d'indivision ne sont donc pas sacramentels⁴¹. En tout

39. Par exemple : *Gabereau c. Vourdousis*, préc., note 30 (« le passage sera mitoyen ») ; *Parent c. Bariteau*, 2013 QCCS 3053 (« chemin mitoyen »). Dans *Gabereau c. Vourdousis*, le juge Baudouin souligne l'importance de cette expression pour la détermination du droit conféré : « La seconde est que le terme « mitoyen » a été employé non seulement dans l'acte de 1944, mais dans celui de 1945 (*The driveway [...] shall be common [...]*), et de 1984. C'est seulement en 1998 que le notaire instrumentant annonce une servitude de passage. Or, ce terme « mitoyen » désigne dans le langage juridique et notarial un concept précis et il me semble, du moins *a priori*, difficile de croire qu'il eût été utilisé par un notaire pour constituer une simple servitude de passage sans autres précisions quant à son assiette exacte » (par. 32).

40. Dans *Fournier c. Lamonde*, 2004 CanLII 17901 (Q.C.A.), la Cour d'appel, sous la plume du juge Baudouin, a effectivement retenu un raisonnement inverse, aux par. 24 et s. « À mon avis, l'acte de vente de 1909 n'a pas établi une copropriété indivise entre les parties à l'acte. Certes, les termes utilisés : "le chemin [...] sera commun et mitoyen entre eux dits vendeur et acquéreur [...]" ne sont pas clairs, mais il appert que tous les instruments pertinents d'interprétation militent en faveur du rejet d'une telle thèse. Premièrement, l'assiette du chemin, objet présumé de la propriété, n'est pas décrite. Deuxièmement, les parties ont précisé que le chemin serait commun et mitoyen entre elles seulement "[...] entre eux dits vendeur et acquéreur", ce qui s'oppose à une notion de propriété ou de droit réel pour plutôt référer à un droit personnel. Troisièmement, l'acte de vente contient un indice de l'intention des parties sur lequel le premier juge a mis l'accent, au paragraphe [46] de son jugement. En effet, dans l'acte de 1909, le vendeur s'engageait à "faire tirer une ligne de division, par un arpenteur, entre le terrain ci-dessus décrit et vendu et le terrain lui restant au bas du chemin public, et à faire mettre une barrière dans la clôture de division pour communiquer au chemin de la côte ci-dessus cité". Si le Chemin de la Corniche avait été la propriété des deux parties, il n'aurait pas été question d'une clôture de division. »

41. Sur le sens de « commun » et de « mitoyen », voir *Gagnon c. Cauchon*, 2004 CanLII 46147 (Q.C.S.), par. 65 et s.

état de cause, pour conclure à l'établissement d'une copropriété indivise sur laquelle pourra s'exercer un passage commun, il est nécessaire de dégager une volonté mutuelle de transférer une partie de leur lot à l'autre partie au contrat, et non pas seulement d'attribuer un droit personnel ou réel sur celle-ci.

Deuxièmement, il nous apparaît que cette décision illustre l'une des difficultés que l'on peut avoir à distinguer différents types d'indivisions *forcées* et *perpétuelles* qui découlent de l'affectation de biens que les juristes ont tendance à regrouper sous la dénomination générale de « biens mitoyens ». À la différence des autres cas d'indivisions forcées, la mitoyenneté est régie par les articles 1002 et s. qui ont pour objet des plantations (haies), des constructions (murs, clôtures, aqueducs, balcons ou des fossés) ou même parfois des passages séparant des lots contigus. Pour cette catégorie de biens, il est nécessaire que les immeubles « assure[nt] l'exploitation des immeubles privatifs adjacents de ces indivisaires »⁴² ou encore qu'ils « constitue[nt] un accessoire indispensable – ou à tout le moins présente[nt] une utilité plus qu'ordinaire – pour l'exploitation ou la mise en valeur de deux ou de plusieurs immeubles »⁴³. Comme le décrit la professeure Gidrol-Mistral, leur affectation à un but durable, au sens de l'article 1030 C.c.Q.⁴⁴, serait alors « objective » et fondée sur la loi, dans la mesure où un bien serait mis « au service exclusif d'un autre bien »⁴⁵. Dans le cas du présent litige, la question demeure : est-ce qu'on peut considérer que le passage est un accessoire *indispensable* à l'exploitation d'un autre immeuble ? Les faits

42. Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 321, p. 231.

43. Critère cité dans *Cauchon c. Cauchon*, préc., note 30, avec pour référence Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1^{re} éd., 2000, à la p. 136. Voir aussi Lucie LAFLAMME, *Le partage consécutif à l'indivision*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 160-162 ; William DeMontmolin MARLER, *The Law of Real Property*, Québec, Toronto, Burroughs and Company [Eastern] Limited, 1932, nos 104-107, p. 48-49.

44. L'article 1030 C.c.Q. prévoit en effet que « Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. Le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'ait été reporté par une convention, par une disposition testamentaire, par un jugement ou par l'effet de la loi, ou qu'il n'ait été rendu impossible du fait de l'affectation du bien à un but durable » [nos soulignements].

45. Gaële GIDROL-MISTRAL, « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du *Code civil du Québec* », (2016) 46 R.G.D. 95, 112. La mitoyenneté visée aux articles 1002 et s. serait une espèce d'affectation objective visée à l'article 1030 C.c.Q.

du litige tendent à montrer que non⁴⁶. En effet, la preuve a établi que de 1982 à 1996, l'accès à la cour arrière ne s'était jamais effectué autrement qu'à pied et que, depuis, « la défenderesse n'a pratiquement jamais utilisé, elle non plus, le passage comme stationnement ou pour accéder à sa cour arrière »⁴⁷. L'affectation à un but durable (dans ce cas, servir de « passage commun »⁴⁸) pourrait alors être considérée comme répondant essentiellement aux intérêts des propriétaires, dont l'utilité a été reconnue par le tribunal, et serait donc une « affectation personnelle »⁴⁹ établie par contrat. Le fait que les tribunaux regroupent les différents cas de figure donnant lieu à une indivision forcée comme étant autant de formes de « mitoyenneté » est susceptible d'engendrer une confusion entre les situations qui relèvent du régime établi aux articles 1002 C.c.Q. et s. et celles qui relèvent du régime général de l'indivision. Afin d'éviter cette possible source de confusion, il serait peut-être préférable de réserver l'adjectif « mitoyen » aux seuls biens régis par les articles 1002 et s. et employer « indivis » pour les autres.

Enfin, il est possible d'analyser la présente décision comme étant le reflet d'une ouverture de la part des tribunaux à reconnaître différents types d'affectations « à but durable » qui mèneraient à une copropriété *perpétuelle*⁵⁰, donnant à celle-ci une pérennité que lui refusait la conception traditionnelle de l'indivision, perçue comme précaire. C'est du moins une hypothèse qui a été défendue de manière convaincante par la professeure Gidrol-Mistral⁵¹. La reconnaissance de l'indivision engendre également une difficulté sur le

46. *Lacasse c. Laflamme*, préc., note 32, par. 12 « La preuve démontre qu'outre en de très rares occasions, par exemple lorsqu'un entrepreneur a refait le revêtement extérieur de la maison en 2007, M. Beauchamp n'utilisait pas le passage entre son immeuble et celui de la défenderesse comme stationnement ou pour accéder à sa cour arrière en voiture. De fait, M. Beauchamp n'avait pas de voiture et recevait rarement des visiteurs. Il circulait parfois dans le passage pour y tondre le gazon ou pour se rendre à pied dans sa cour. »

47. *Ibid.*, par. 13.

48. F. FRENETTE et F. BROCHU, préc., note 31.

49. G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 45, p. 119 et s. ; *Lacasse c. Laflamme*, préc., note 32, par. 61 : « Le tribunal infère donc de la description du droit de passage et des termes utilisés par son auteur, une intention de créer une affectation commune, caractéristique de la mitoyenneté, dans un but durable ayant une utilité plus qu'ordinaire puisqu'il permet l'accès aux cours arrière des deux immeubles. Il est utile de mentionner que la cour arrière constitue la seule aire possible de stationnement adjacent à l'immeuble des demandeurs puisqu'il n'y a aucun espace de stationnement à l'avant ou sur le côté de la maison ».

[Nos soulignements]

50. Elle serait *perpétuelle*, car ne serait pas soumise au partage (art. 1030 C.c.Q.).

51. G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 45

plan de la publicité des droits, car le droit réel qui en découle porte sur un immeuble distinct (le sol) qui doit, en territoire rénové, faire l'objet d'une immatriculation⁵².

Les prochaines décisions illustrent les différentes opérations qui permettent de rendre contraignante vis-à-vis des tiers la volonté d'un seul propriétaire d'affecter son bien à un but durable.

2. Les effets juridiques incertains d'une affectation d'un bien à un but durable par son seul propriétaire

L'affectation d'un bien est souvent associée à l'exercice d'un des attributs du droit de propriété, l'*usus*⁵³. Comme on a pu le voir plus haut, lorsque cette affectation est établie par des indivisaires, elle peut engendrer des conséquences plus importantes en restreignant le « droit de disposer »⁵⁴ du bien⁵⁵ et en paralysant le droit au partage de manière « perpétuelle ». Dans ces circonstances, « l'affectation relève plus du pouvoir de disposer (*abusus* ou *jus abutendi*) que du simple pouvoir d'usage du propriétaire »⁵⁶. Quelle que soit la nature juridique de l'affectation⁵⁷, la question de ses effets à l'égard des tiers peut être posée, plus particulièrement lorsque la destination est fixée par son seul propriétaire. C'est à cette question que devait répondre le tribunal dans la décision *Syndicat des copropriétaires de la Tour 2 des Terrasses du golf c. Syndicat des copropriétaires de la Première Tour des Terrasses du golf*⁵⁸.

Le litige a pour objet un transformateur électrique alimentant deux édifices, la Tour 1 et la Tour 2, et qui est lui-même alimenté par le réseau d'Hydro-Sherbrooke⁵⁹. Pour des raisons diverses, Hydro-

52. En territoire rénové, le titre ne pourra être publié sans que l'immeuble détenu en indivision ait fait l'objet d'une immatriculation en vertu des articles 3030 et 3033 C.c.Q. Voir, par exemple, l'affaire *Parent c. Bariteau*, préc., note 38, où le juge a ordonné (par. 180) qu'un chemin mitoyen soit immatriculé de manière distincte du lot 2 155 592 sur lequel il se trouvait. Ce chemin est devenu le lot 5 368 044 du cadastre du Québec.

53. G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 45, p. 106 et s.

54. *Ibid.*, p. 109.

55. Par exemple, le droit sur le passage mitoyen reconnu dans la décision *Lacasse c. Laflamme* (préc., note 32) ne pourra être séparé du droit de propriété sur lequel il s'exerce : l'accessoire suit le principal.

56. G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 45, p. 110.

57. Sur cette question, voir Alexandra POPOVICI et Lionel SMITH, « Préface – L'affectation », (2014) 48-2 *RJTUM* 533.

58. 2017 QCCS 4554.

59. *Ibid.*, par. 2-3.

Sherbrooke verse une ristourne au propriétaire du transformateur, dans ce cas la partie défenderesse, le Syndicat des copropriétaires de la Première Tour des Terrasses du golf, qui en assume également les coûts d'entretien. Selon le juge, c'est cette ristourne versée par Hydro-Sherbrooke qui constituerait l'enjeu de la demande⁶⁰. Le demandeur, le Syndicat des copropriétaires de la Tour 2 des Terrasses du golf en réclame en effet une partie au motif qu'il serait copropriétaire du transformateur en raison de l'affectation forcée dont il aurait fait l'objet⁶¹. Subsidiairement, le demandeur « soutient que les parties communes de la Tour 1 sont affectées d'une servitude par destination du propriétaire qui oblige le fonds servant à lui fournir de l'électricité transformée »⁶². Pour faire court, le propriétaire de la Tour 2 prétend que l'affectation établie par le propriétaire initial du transformateur, à son bénéfice, est opposable au propriétaire de la Tour 1, que ce soit par le jeu de la copropriété forcée ou de la servitude. Les deux prétentions, ainsi que l'accueil que leur a réservé le tribunal, seront examinées – sans jeu de mots – tour à tour...

2.1 L'affectation d'un bien à un but durable par son seul propriétaire peut-elle engendrer une copropriété forcée ?

Si l'on se fie à la description des différents actes juridiques reproduits dans la décision précitée⁶³, on constate que ni la déclaration de copropriété ni les autres actes ne mentionnent une quelconque indivision à l'égard du transformateur⁶⁴. Il ressort également de la preuve que le transformateur appartenait exclusivement au promoteur initial des différentes copropriétés divisées, bien que ce dernier l'ait installé sur une partie de la Tour 1⁶⁵ en vue d'« alimenter la Tour 1, la Tour 2 ainsi que les appareillages communs aux deux Tours »⁶⁶, même si la Tour 2 n'était pas encore construite.

60. *Ibid.*, par. 25.

61. *Ibid.*, par. 5 « [l]e SYNDICAT DE LA TOUR 2 demande de faire déclarer qu'il est copropriétaire indivis du transformateur électrique, à part égale avec LE SYNDICAT DE LA TOUR 1. À ce titre, il soutient aussi avoir droit à la moitié des ristournes versées par Hydro-Sherbrooke. »

62. *Ibid.*, par. 6.

63. *Ibid.*

64. *Ibid.*, par. 19 « La déclaration de copropriété ne contient aucune mention à l'effet que le transformateur situé sur une partie commune serait détenu en copropriété indivise avec le propriétaire du lot 1238 (TOUR 2) et il n'y a aucune réserve de propriété en faveur de ce dernier. »

65. La déclaration de la copropriété divisée de la Tour 1 a été publiée le 18 août 1988.

66. *Syndicat des copropriétaires de la Tour 2 des Terrasses du golf c. Syndicat des copropriétaires de la Première Tour des Terrasses du golf*, préc., note 58, par. 18.

Le Syndicat de la Tour 2 fait valoir que la destination du transformateur, qui est d'alimenter et de distribuer l'électricité pour chacune des tours, « est incompatible avec la cession de la propriété exclusive »⁶⁷ au Syndicat de la Tour 1. Selon les demandeurs :

l'intention du promoteur d'origine doit s'interpréter comme ayant été de demeurer copropriétaire par indivis du transformateur avec les copropriétaires de la TOUR 1, représentés ici par LE SYNDICAT DE LA TOUR 1. Ce droit de copropriété est un accessoire essentiel du lot 1238 (TOUR 2) et à ce titre serait passé entre les mains d'Assurance-vie Desjardins lorsqu'elle s'est portée adjudicataire de ce lot, et ensuite entre les mains du second promoteur à qui elle a vendu ce lot, et ensuite aux copropriétaires de la TOUR 2 à la suite de l'exécution de la déclaration de copropriété et de la vente des fractions de la TOUR 2.⁶⁸

Ainsi, la copropriété indivise découlerait de l'intention du propriétaire initial du transformateur qui était d'affecter ce bien à un but durable, celui d'alimenter l'ensemble des tours construites ou à construire, et que cette conclusion découlerait « du concept de l'indivision forcée auquel réfère l'article 1030 C.c.Q. et qui trouve écho dans la doctrine ainsi que dans au moins un arrêt de la Cour d'appel »⁶⁹. Le tribunal n'est pas du même avis.

Le raisonnement du juge nous apparaît convaincant : pour qu'il y ait une indivision forcée, il doit y avoir une copropriété. Or, comme il le souligne, « aucune indivision n'existait au moment où le promoteur Allard a mis en place le transformateur sur le lot 1239. Il en était le seul propriétaire »⁷⁰. En « immobilisant » le transformateur, par le jeu de l'article 379 C.c.B.C., son « destin juridique » dépendait de la propriété de Tour 1 et en assujettissant celle-ci au régime de la copropriété divise, le transformateur a été réparti entre les différents titulaires des fractions, mais pas à la Tour 2 ou à son syndicat. Il ressort donc qu'il n'y a jamais eu à proprement parler de copropriété du transformateur entre les deux tours⁷¹, même s'il y a

67. *Ibid.*, par. 27.

68. *Ibid.*, par. 29.

69. *Ibid.*, par. 26. Le juge cite les auteurs Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n^o 1245, p. 527 ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 154-155, ainsi que la décision *Cauchon c. Cauchon*, 2007 QCCA 842.

70. *Syndicat des copropriétaires de la Tour 2 des Terrasses du golf c. Syndicat des copropriétaires de la Première Tour des Terrasses du golf*, préc., note 58, par. 44.

71. Et s'il y en a une, elle serait établie entre les différents titulaires de fractions de la Tour 1.

eu affectation du bien en faveur de la Tour 2. L'argument présenté par les demandeurs n'est toutefois pas dénué de tout fondement. En parlant de l'article 1030 C.c.Q., le juge reprend – pour le contester – l'argument du demandeur qui « voudrait faire dire à cette disposition que l'affectation d'un bien à un but durable au bénéfice de plusieurs personnes fait naître l'indivision. Avec égard, ce n'est pas ce que cette disposition dit »⁷². De ce fait, le juge semble introduire une exigence d'*antériorité* de la copropriété indivise à son affectation à un but durable et il cite, au soutien de celle-ci, « l'arrêt *Cauchon c. Cauchon* [...] [dans lequel] une cour commune à deux héritages voisins **avait été préalablement établie en copropriété indivise par un acte** intervenu en 1920 »⁷³. *A contrario*, « [l]a situation en l'espèce est toute autre. Aucune indivision n'existait au moment où le promoteur ALLARD a mis en place le transformateur sur le lot 1239. Il en était le seul propriétaire »⁷⁴. Constat qui permet au tribunal de conclure que l'affectation à un but durable n'a pas engendré une copropriété.

Si nous sommes d'accord avec la conclusion, nous ne partageons pas l'opinion du tribunal au sujet de l'exigence d'*antériorité* de la copropriété. Il n'est pas nécessaire, à notre avis, qu'un bien soit **d'abord** tenu en indivision pour **ensuite** être affecté à un but durable, au sens de l'article 1030 C.c.Q. Nous pourrions donner – à titre d'exemples – les cas étudiés précédemment (voir *supra*, section 1.2), dans lesquels la création de la copropriété était plutôt *concomitante* à l'expression de la volonté d'affecter un bien à un but durable⁷⁵. En prévoyant, dans un contrat de vente d'un immeuble, que le vendeur et l'acheteur reconnaissent un « droit de passage commun », comme dans l'affaire *Lacasse c. Laflamme*⁷⁶ et dans d'autres décisions sur les passages mitoyens⁷⁷, la formulation de la stipulation « emporte [...] la création d'un état de copropriété indivise sur un immeuble et l'impossibilité pour une seule des parties de le modifier »⁷⁸. La distinction qu'il convient d'établir entre ces différents cas de figure et celui du présent litige reposerait, à notre avis,

72. *Syndicat des copropriétaires de la Tour 2 des Terrasses du golf c. Syndicat des copropriétaires de la Première Tour des Terrasses du golf*, préc., note 58, par. 35.

73. *Ibid.*, par. 42.

74. *Ibid.*, par. 44.

75. On pourrait admettre la copropriété indivise du passage dans l'affaire *Lacasse c. Laflamme*, préc., note 32.

76. *Ibid.*

77. Pour un exemple : *Gabereau c. Vourdousis*, préc., note 30.

78. *Ibid.*, par. 27.

sur l'absence d'une pluralité d'acteurs et de contrats au moment de l'affectation. L'affectation d'un bien à un but durable par son seul propriétaire, même au profit de tiers, n'engendrerait pas, à elle seule, une copropriété forcée au sens de l'article 1030 C.c.Q.

Le tribunal va tout de même conclure que le transformateur doit être utilisé au profit de la Tour 2, mais sur un fondement différent, celui de la servitude, établie cette fois par la destination du propriétaire. Cet aspect mérite aussi qu'on s'y attarde.

2.2 L'affectation d'un bien à un but durable par son seul propriétaire peut-elle engendrer une servitude ?

Il ressort de la lecture du jugement *Syndicat des copropriétaires de la Tour 2 des Terrasses du golf c. Syndicat des copropriétaires de la Première Tour des Terrasses du golf*⁷⁹ que le tribunal est convaincu que le promoteur voulait que le transformateur installé dans la Tour 1 serve aussi à alimenter la Tour 2 qu'il envisageait de construire par la suite. En examinant les différents documents qui lui ont été soumis, le tribunal arrive à la conclusion que le promoteur a établi une servitude par destination du propriétaire (ou du « père de famille » comme on le disait à l'époque) dont l'objet consiste à donner un droit, à la Tour 2⁸⁰, d'utiliser le transformateur électrique, à charge pour elle d'assumer à part égale les coûts d'entretien et de réparation.

Au soutien de sa conclusion, le tribunal s'appuie sur les documents suivants : « le plan d'implantation P-26 et le plan de la distribution électrique P-27 datés tous les deux de mai 1987 prévoient l'installation du transformateur qui alimente les deux TOURS. Également, les dispositions préliminaires des actes nos 360959 et 360961 parlent toutes deux de façon générale de la mise en commun et du partage d'un réseau d'électricité »⁸¹. Aucun autre document ne semble avoir justifié la reconnaissance d'une telle servitude, car le juge admet que les différents actes juridiques qui lui ont été soumis n'avaient pas « comme objet de créer une servitude spécifique pour le transformateur »⁸². On ne trouve donc, parmi les

79. Préc., note 58.

80. Plus précisément sur les lots sur lequel se trouve la Tour 2.

81. *Syndicat des copropriétaires de la Tour 2 des Terrasses du golf c. Syndicat des copropriétaires de la Première Tour des Terrasses du golf*, préc., note 58, par. 49.

82. *Ibid.*, par. 48 « Bien que les actes 360959, 360960 et 360961 réfèrent à la mise en commun de différentes installations, aucun de ces actes ne crée de servitude (à suivre...)

écrits évoqués par le juge, ni désignation d'un fonds servant ou dominant, ni description de la nature de la servitude ou de son étendue. Avec égards, ces imprécisions constituent autant d'obstacles à la reconnaissance d'une servitude par destination du propriétaire.

Pour mémoire, la servitude par destination du propriétaire peut s'établir par un propriétaire de plusieurs lots lorsque sont réunies certaines conditions⁸³, dont celle d'un écrit explicite spécifiant « la nature, l'étendue et la situation » de la servitude⁸⁴. Selon le professeur Lafond, cité récemment avec approbation par la Cour d'appel du Québec⁸⁵, cet écrit doit remplir les exigences suivantes qui, à notre avis, ne sont pas remplies dans les documents évoqués par le tribunal, à savoir :

[l'écrit doit permettre] de dégager une volonté claire d'établir une servitude au bénéfice d'un autre terrain. L'écrit doit, de plus, être explicite ; il doit désigner le fonds, décrire la disposition des lieux, ainsi que la nature, l'étendue et la situation de la servitude. La description de l'aménagement physique n'a pas à être lui-même explicite dans la mesure où un état de faits réel et permanent existe. Mais il importe que le plan d'aménagement soit conforme à la réalité, sinon il ne peut servir de titre à une servitude par destination du propriétaire. [Nos soulignements]⁸⁶

(suite...)

spécifique relativement au transformateur. De fait, malgré une rédaction parfois prolix, l'intention qu'avait le promoteur initial en les exécutant est, selon le tribunal, bien synthétisée et résumée aux paragraphes 4.2.2, 4.2.3 et 4.2.4 de la déclaration de copropriété de la TOUR 1 que nous avons reproduits au paragraphe [20] de ce jugement. Aucun de ces actes n'a comme objet de créer une servitude spécifique pour le transformateur. »

83. Bien que ces conditions sont bien établies, on peut rappeler leur énumération dans l'arrêt *G.M. Développement Inc. c. Société en Commandite Sainte-Hélène*, 2003 CanLII 14567 (Q.C. C.A.), par. 41 et s. : 1) que les éventuels fonds dominant et fonds servant appartiennent à un même propriétaire ; 2) « pendant cette possession et par ce propriétaire, la disposition et l'arrangement des fonds de sorte que l'un est affecté au service de l'autre de façon à constituer une servitude », ce qui n'implique pas nécessairement « par un aménagement physique ou matériel des lieux ; ils consistent essentiellement dans la décision du propriétaire d'assujettir un fonds à l'autre, de manière permanente » (par. 42) ; 3) un écrit spécifiant « la nature, l'étendue et la situation » de la servitude.

84. Art. 551 C.c.B.C. Sur l'exigence d'un écrit, voir la décision de la Cour d'appel : *G.M. Développement inc. c. Société en Commandite Sainte-Hélène*, préc., note 83 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2004-02-26, 30051).

85. *Domaine Baie Mud IOPHO inc. c. Nowacki*, 2014 QCCA 1226, par. 3.

86. P.-C. LAFOND, préc., note 20, par. 2039, p. 895.

Compte tenu du fait que les exigences liées à l'établissement d'une servitude sont reconnues d'interprétation stricte par la doctrine et par la jurisprudence⁸⁷ et que la Cour d'appel a déjà conclu que l'absence de description du fonds dominant et du fonds servant était « fatale », on voit mal comment les documents cités plus haut peuvent y répondre, quelle que soit la volonté du propriétaire et promoteur du projet.

La volonté d'affecter un bien à un but durable, lorsqu'elle est exprimée par un seul propriétaire, peut donner lieu à la création d'une servitude, à la condition qu'elle profite à un autre fonds et qu'elle soit faite selon les formes et les conditions prévues à l'article 1183 C.c.Q., conditions qui ne semblent pas avoir été remplies dans la présente cause⁸⁸.

3. L'absence d'accès véhiculaire à un terrain situé sur la rive d'un lac est-il constitutif d'enclave au sens de l'article 997 C.c.Q. ?

Dans notre précédente chronique⁸⁹, nous avons terminé notre recension en commentant un certain nombre de décisions dans lesquelles il était question de l'autorité de la Cour d'appel du Québec et de son rôle en droit civil québécois. En raison des enjeux économiques et environnementaux qu'elle soulève, la question de la portée de l'article 997 C.c.Q. dans le contexte d'un lot situé sur les rives d'un lac, abordée par la Cour supérieure dans la décision *Boivin c. Barbeau*⁹⁰, mériterait probablement de faire l'objet d'une réflexion approfondie par l'une ou l'autre des juridictions « suprêmes ». La question a déjà été posée à la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Kuchar c. Déom*⁹¹, mais elle n'a été traitée que par un seul des trois juges ayant pris part à la décision⁹². Par conséquent, la décision de la juge Lalande dans *Boivin c. Barbeau* est susceptible de constituer un précédent important, au même titre que l'*obiter dictum* formulé

87. *Gabereau c. Vourdousis*, préc., note 30, qui cite le professeur Lamontagne, par. 21.

88. À notre avis, les documents cités par le tribunal ne pourraient être considérés comme constitutifs de droits.

89. Mathieu DEVINAT, « Revue de la jurisprudence 2016 en droit des biens », (2017) 119 *R. du N.* 63.

90. 2017 QCCS 4668.

91. 2014 QCCA 2022.

92. La Cour d'appel a infirmé les décisions de première instance sans se prononcer sur l'existence ou non d'une enclave.

par le juge Levesque dans *Kuchar c. Déom*⁹³. Compte tenu de la convergence entre leurs raisonnements, nous allons fréquemment faire appel à l'*obiter* du juge Levesque dans notre commentaire de la décision de la Cour supérieure qui ne portera que sur ce sujet précis.

Le contexte factuel du litige est relativement simple. En 1988, un couple, les demandeurs, acquiert un lot situé sur la rive d'un lac avec le projet d'y construire une résidence. Au moment de son acquisition, il est impossible d'accéder au lot par voie terrestre. Les demandeurs prétendent bénéficier d'une servitude de passage, mais celle-ci leur sera refusée au motif, entre autres, qu'elle n'a pas été publiée sur le lot des défendeurs⁹⁴ et qu'elle leur est inopposable. Un second argument est évoqué par les demandeurs. Il repose sur l'article 997 C.c.Q. qui permet d'exiger d'un voisin un droit de passage en raison de l'état d'enclave de leur fonds. L'article 997 C.c.Q. dispose en effet que :

Le propriétaire dont le fonds est enclavé soit qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique, soit que l'issue soit insuffisante, difficile ou impraticable, peut, si on refuse de lui accorder une servitude ou un autre mode d'accès, exiger de l'un de ses voisins qu'il lui fournisse le passage nécessaire à l'utilisation et à l'exploitation de son fonds.

Il paie alors une indemnité proportionnelle au préjudice qu'il peut causer.

The owner of land enclosed by that of others in such a way that there is no access or only an inadequate, difficult or impassable access to it from the public road may, if all his neighbours refuse to grant him a servitude or another mode of access, require one of them to provide him with the necessary right of way to use and exploit his land.

Where an owner claims his right under this article, he pays an indemnity proportionate to any injury he might cause.

Afin d'interpréter cet article, le tribunal se fonde sur des extraits de jurisprudence et de doctrine pour en conclure qu'il prévoit deux conditions pour établir l'existence d'une enclave : « [d]'une part, il faut démontrer l'absence d'issue sur la voie publique ou l'existence d'une issue insuffisante, difficile ou impraticable et d'autre part, on doit prouver la nécessité du passage pour l'utili-

93. Préc., note 91 ; *Boivin c. Barbeau*, préc., note 90, par. 11 et s.

94. *Boivin c. Barbeau*, préc., note 90, par. 66.

sation et l'exploitation du fonds »⁹⁵. Étant donné qu'« [i]l n'est pas contesté que sans un accès véhiculaire, il est difficile, sinon impossible, d'accéder à la propriété de Boivin au début et à la fin de la période hivernale »⁹⁶, on aurait pu croire que l'état d'enclave aurait été reconnu par le tribunal, mais non ! Pour des raisons qui relèvent d'une prise en compte du contexte dans lequel se trouvent les demandeurs, le tribunal est arrivé à la conclusion inverse.

Sans qu'ils soient exprimés tels quels, nous avons regroupé les principaux motifs du raisonnement de la juge Lalande de la manière suivante : 1) pour déterminer si l'accès est insuffisant, difficile ou impraticable, il convient d'examiner la situation à partir de critères d'objectifs⁹⁷ qui font appel aux pratiques ou aux usages locaux ; 2) le caractère incommode, par opposition à nécessaire, de l'accès par voie fluviale n'est pas constitutif d'enclave, compte tenu de l'utilisation qui en sera faite, cette dernière devant être envisagée en fonction de la pratique locale. Ce faisant, le tribunal semble adhérer au raisonnement du juge Levesque dans l'affaire *Kuchar c. Déom*⁹⁸ dans lequel on pouvait lire ceci :

En effet, comme il importe que la protection accordée par le droit civil ne serve pas autrement que pour les fins pour lesquelles elle a été codifiée, un fonds ne devient pas enclavé du seul fait que son propriétaire estime que le passage est inadéquat en fonction de la manière dont il entend l'exploiter. « Une telle façon de concevoir l'enclave serait incomplète puisqu'elle permettrait de faire abstraction des caractéristiques du fonds tel que son usage, la destination des lieux où il se situe et les limites à son exploitation autres que celles qui concernent l'absence ou l'insuffisance du passage.

Conséquemment, à l'instar d'un individu qui acquiert une propriété sur une île et qui devra toujours faire face à certaines contraintes inhérentes au fait qu'il est insulaire, le propriétaire riverain d'un fonds dans un secteur éloigné, peu développé et à vocation de villégiature, devra accepter certains inconvénients et ne pourra avoir les mêmes attentes qu'un propriétaire en milieu urbain par exemple. Il y a donc lieu, malgré les contraintes reliées à la navigation et l'impossibilité d'accéder aux propriétés au début et à la fin de l'hiver, de se poser la question suivante : l'usage normal d'une résidence secondaire sur le

95. *Ibid.*, par. 86.

96. *Ibid.*, par. 18.

97. *Ibid.*, par. 116.

98. Préc., note 91. De larges extraits de l'affaire *Kuchar* sont d'ailleurs reproduits à partir du paragraphe 95 de la décision *Boivin c. Barbeau*, préc., note 90.

territoire de la Municipalité de Lac-Tremblant-Nord, dans un site dédié à la villégiature, implique-t-il nécessairement le fait de pouvoir y accéder à toute période de l'année ? »⁹⁹ [Nos soulignements]

Il y aurait donc, suivant ces raisonnements, une référence implicite aux « usages locaux » ou à l'usage « normal » pour établir, d'une part, si l'accès actuel est insuffisant, difficile ou impraticable et, d'autre part, si l'accès demandé est nécessaire pour l'exploitation ou l'utilisation du fonds. Dans l'affaire *Kuchar c. Déom* comme dans celle à l'étude, il a été établi qu'un pourcentage important de propriétés riveraines n'est accessible que par bateau¹⁰⁰. Dans les deux décisions, les juges ont également relevé que les parties réclamant un désenclavement connaissaient, au moment de l'achat de leur lot, les conditions d'accès de celui-ci et savaient que l'accès par bateau était une pratique généralisée à l'ensemble de la communauté des riverains¹⁰¹. Enfin, les juges se sont référés à la réglementation municipale pour dégager une volonté de limiter le développement domiciliaire¹⁰². Compte tenu des pratiques locales, on pouvait conclure, en effet, qu'il n'y avait pas d'enclave. La question se pose toutefois de savoir s'il convient d'appliquer ce test au regard de l'article 997.

Bien qu'elle ne soit pas déraisonnable¹⁰³, la prise en compte des usages locaux nous paraît heurter le texte de l'article 997 C.c.Q.

99. *Kuchar c. Déom*, préc., note 91, par. 59-60. Nous avons omis les notes.

100. *Boivin c. Barbeau*, préc., note 90, par. 27.

101. *Kuchar c. Déom*, préc., note 91, par. 63 « Il convient en effet de considérer que la Municipalité de Lac-Tremblant-Nord regroupe essentiellement une population de villégiateurs et que la situation des intimés ne se distingue pas de celle des autres habitants de la rive dans la mesure où l'accès normal sur toutes les propriétés de la rive se fait par la voie des eaux. Il y a lieu de rappeler que le réseau routier est restreint sur le territoire de la municipalité et que, sur la rive nord-est, aucun propriétaire riverain n'a accès à sa propriété autrement que par l'eau. »

102. *Ibid.*, par. 64 « le juge se devait de prendre en considération que la réglementation municipale favorise une villégiature de très faible densité, que la municipalité prône la préservation du milieu naturel tel que le déboisement minimal des terrains, que l'activité commerciale est à peu près inexistante sur le territoire municipal, qu'il y a un nombre limité d'équipements et de services publics, qu'il y a des contraintes pour l'établissement humain à cause de la présence de pentes fortes et de roc à faible profondeur et qu'il n'existe pas de réseau d'aqueduc et d'égouts sur le territoire. De telles contraintes limitent, à n'en pas douter, l'exploitation des fonds des intimés. »

103. On trouve des références à la situation locale dans un certain nombre de décisions portant sur l'article 997 C.c.Q., voir *Clairg c. Brisson*, 2015 QCCS 38, par. 40 « Plusieurs terrains dans les Laurentides et ailleurs nécessitent qu'on (à suivre...)

et sa raison d'être. En ce qui a trait au texte, l'article 997 C.c.Q. définit l'enclave comme étant une « issue [...] insuffisante, difficile ou impraticable ». Si ces mots ont un sens, on voit mal comment ils ne peuvent couvrir la situation factuelle du présent litige¹⁰⁴. Le même argument pourrait être évoqué lorsque ce critère est appliqué à « l'utilisation et à l'exploitation » qu'un propriétaire voudrait faire de son fonds : l'article 997 C.c.Q. ne limite pas expressément cet usage en fonction des pratiques ou des habitudes locales. Pour arriver à la conclusion du tribunal, il faut faire appel à un critère implicite d'« usage local » pour définir les deux conditions de l'état d'enclave. Or, lorsque le législateur a voulu limiter un droit ou son exercice en fonction des pratiques locales, il l'a fait de manière explicite, comme on peut le constater aux articles 976, 1002 et 1139 C.c.Q. Il s'agit donc d'un critère ayant été – en quelque sorte – « ajouté » par les juges, qui a pour effet de réduire la portée de cet article. Il nous semble que cette lecture étroite va, de plus, à l'encontre de l'objectif du législateur. La définition de l'enclave à l'article 997 du *Code civil du Québec* s'inscrit dans une conception large de manière à y inclure les cas où l'accès était difficile ou coûteux, comme l'enclave économique¹⁰⁵. Cette interprétation nous apparaît également discutable, car on voit mal pourquoi on devrait tenir compte des modes d'accès retenus par les membres de la communauté riveraine pour déterminer si un fonds est enclavé ou non. Ce n'est pas parce que ces derniers se contentent d'un accès qui est impraticable plusieurs mois par année qu'un propriétaire doit se satisfaire de celui-ci. Finalement, les décisions entrent quelque peu en contradiction avec la décision *Whitworth c. Martin*¹⁰⁶, rendue dans un contexte d'enclave,

(suite...)

accès du stationnement au chalet par le biais de marches, en plus ou moins grand nombre dépendamment des caractéristiques du terrain, et dans plusieurs de ces cas, les véhicules sont tout simplement stationnés plus haut ou plus bas que le chalet, dans un garage isolé du bâtiment principal. On ne peut certes pas alors qualifier le terrain comme étant enclavé du seul fait que le chalet est plus difficilement accessible que s'il était directement accessible sans avoir à gravir lesdites marches. »

104. *Boivin c. Barbeau*, préc., note 90, par. 18 « [il] n'est pas contesté que sans un accès véhiculaire, il est difficile, sinon impossible, d'accéder à la propriété de Boivin au début et à la fin de la période hivernale ».

105. Comme on peut le lire dans les Commentaires du ministre : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 « L'article 997 reprend la notion traditionnelle d'enclave pour codifier la doctrine et la jurisprudence qui ont étendu l'état d'enclave à un fonds qui a une issue insuffisante, difficile ou impraticable sur la voie publique. »

106. 1995 CanLII 4753 (QC C.A.).

dans laquelle le juge Baudouin a formulé une proposition souvent reprise : « À l'époque moderne, il me paraît difficile de prétendre que l'intimé ne peut avoir accès à sa propriété qu'à pied et non en voiture »¹⁰⁷. Pour concilier ces *dicta* judiciaires de la Cour d'appel, il faudrait établir que la conception de l'enclave varie dans un contexte où il y aurait seulement un accès terrestre et les cas où un accès par voie fluviale est également possible.

Enfin, le juge Levesque ainsi que le juge Lalande semblent tenir pour acquis qu'« une voie navigable peut être qualifiée de voie publique au sens de l'article 997 C.c.Q. »¹⁰⁸. Cette lecture de la notion de « voie publique » mérite qu'on s'y attarde, car son application ici ne nous semble pas aller de soi. Il est vrai qu'un lac ou une autre voie d'eau « peut » être qualifiée de voie publique, mais est-ce le cas lorsque cette voie est inutilisable plusieurs mois par année ? Si elle peut être considérée comme une voie publique, encore faut-il qu'elle donne un « accès » au fonds. Le droit français, parfois cité sur cette question¹⁰⁹, semble exiger qu'une voie fluviale donne un véritable accès pour ne pas engendrer une enclave. Comme l'écrit le professeur ZÉNATI : « l'eau est *a priori* considérée comme un obstacle constitutif d'enclave : un fonds entouré d'eau est *a priori* enclavé »¹¹⁰, mais « une voie d'eau peut être traversée pour accéder à la voie publique voire constituer en elle-même une voie publique »¹¹¹. Pour établir l'existence d'une enclave, « [l]e juge doit rechercher en situation si l'utilisation de la voie d'eau ne comporte pas de danger ou d'inconvénient »¹¹². C'est donc dans des situations exceptionnelles qu'une voie d'eau pourra être considérée comme permettant un accès suffisant¹¹³. Il devrait en être de même, selon nous, en droit québécois.

107. *A fortiori*, l'accès en bateau est plus aléatoire et contraignant qu'un accès à pied. Certaines décisions ont limité la portée de cette proposition, mais dans un contexte d'accès terrestre, voir *Clain g c. Brisson*, préc., note 103, par. 49 « Il serait donc erroné de prétendre, comme le font les demandeurs, que les propos de la Cour d'appel sont à l'effet que c'est dans tous les cas qu'un propriétaire de terrain pourra se rendre en auto jusqu'à la porte de sa résidence. »

108. *Kuchar c. Déom*, préc., note 91, par. 58.

109. Par exemple, dans *Ziebell c. Leblanc*, [1960] B.R. 518, 521 (J. Martineau).

110. Frédéric ZÉNATI, « Propriété et droits réels », *RTD civ.* 1989.783.

111. *Ibid.*, p. 784.

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*, Dans le cas commenté par le professeur, la « traversée du fleuve en barque était facile et rapide alors que le passage revendiqué nécessitait un chemin long et difficile ».

Un argument lié à la version anglaise du *Code civil du Québec* pourrait aussi être retenu. La formulation de l'article 997 du *Civil Code of Quebec* nous paraît plus étroite que sa version française en ce qu'elle fait appel à l'expression « public road »¹¹⁴ qui connote plus directement l'idée de route ou de chemin, donc de voie terrestre. Dans la lecture commune de deux textes (voie publique / *public road*), on devrait donner un sens qui leur est *a priori* compatible. Cela favoriserait une lecture « étroite » de la notion de « voie » qui, selon nous, ne peut se réduire à un simple accès impraticable plusieurs mois par année.

En raison de ces différents arguments, il nous apparaît que la décision commentée repose sur une interprétation *a priori* contestable de l'article 997 C.c.Q. À moins qu'il soit justifié par des considérations pragmatiques, le refus d'accorder un droit de passage terrestre aux fonds accessibles seulement par des voies fluviales mériterait de faire l'objet d'une réflexion approfondie avant que l'on en généralise la portée.

CONCLUSION

Même si leur présence dans la présente chronique est en grande partie le fruit du hasard, les différentes décisions commentées partagent un trait commun en ce qu'elles soulèvent la difficulté de qualifier l'impact juridique de l'affectation des biens. Pour certains biens, comme le mur sur lequel s'appuient deux immeubles (Partie 1.1), l'absence de volonté exprimée par les propriétaires est palliée par une présomption de mitoyenneté qui en détermine la propriété. Dans le cas des biens indivis, l'article 1030 C.c.Q. donne à l'affectation à but durable, dans notre cas un droit de passage (Partie 1.2), une portée qui dépasse celle réservée aux servitudes, simplement par le fait qu'elle ne s'éteint pas par le non-usage. En retour, l'affectation d'un immeuble par son unique propriétaire ne peut engendrer une indivision au profit de son bénéficiaire et doit prendre la forme d'une servitude par destination du propriétaire pour être opposable aux propriétaires subséquents (Partie 2). En dernier lieu, et dans un contexte tout autre, la dernière décision commentée (Partie 3) révèle l'influence que peut avoir l'affectation communautaire à des fins de villégiature sur la portée du droit de

114. « [I]s no access or only an inadequate, difficult or impassable access to it from the public road. »

désenclaver un fonds n'ayant pas d'issue suffisante sur une voie publique. Grâce à ces exemples, on peut apprécier les différentes formes juridiques que peut engendrer l'affectation des biens et l'incertitude de ses effets juridiques.