

## REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DES BIENS

Mathieu DEVINAT

Volume 119, numéro 1, 2017

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2016

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1043202ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1043202ar>

[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. (2017). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DES BIENS. *Revue du notariat*, 119(1), 63–88. <https://doi.org/10.7202/1043202ar>

# REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DES BIENS

**Mathieu DEVINAT\***

INTRODUCTION . . . . .	65
1. La qualification, l'extinction, l'interprétation et l'exercice des servitudes . . . . .	66
1.1 Un droit attribué « à perpétuité » à une personne et à ses « représentants légaux » constitue-t-il une servitude réelle ou une « servitude personnelle » ? . . .	67
1.2 L'extinction des servitudes : un « droit de passage » accordé à un fonds enclavé prend-t-il fin lorsque cesse l'enclave ? . . . . .	71
1.3 La sanction des servitudes : rigueur des principes et souplesse dans leur application . . . . .	74
1.3.1 La sanction en cas d'atteinte à une servitude de non-construction : démolir à tout prix ? . . .	75
1.3.2 Le refus d'ordonner une injonction à l'égard d'une vue illégale et d'un empiètement : discrétion du juge et fond du droit . . . . .	79
2. De certaines règles jurisprudentielles établies par la Cour d'appel . . . . .	82

---

\* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier la professeure Gaële Gidrol-Mistral, du Département de sciences juridiques de l'UQÀM, ainsi que la notaire Thuy Nam Trân pour leurs commentaires utiles à l'égard d'une version antérieure de ce texte.

2.1 Une règle jurisprudentielle discrètement critiquée : le principe permettant la « modification tacite de la déclaration de copropriété divise » est-il souhaitable ? . . . . .	82
2.2 La soi-disant « prescription de l'assiette » d'une servitude de passage : une règle jurisprudentielle qui nous laisse sur notre faim . . . . .	84
2.3 Une règle jurisprudentielle légèrement flottante : « une servitude d'accès à un lac n'implique pas le droit de construire un quai » . . . . .	86
2.4 Une règle jurisprudentielle attendue avec impatience : l'immobilisation d'un bien meuble en vertu de l'article 903 C.c.Q. est-elle réservée au seul propriétaire de l'immeuble ? . . . . .	86
CONCLUSION . . . . .	88

## INTRODUCTION

L'année 2016 en droit des biens québécois a été marquée par des modifications législatives importantes sur le statut juridique des animaux. Entrée en vigueur à la toute fin de l'année 2015, la *Loi visant l'amélioration de la situation juridique de l'animal*<sup>1</sup> a ouvert la voie à plusieurs modifications dans le livre IV du *Code civil du Québec*<sup>2</sup>. La plus importante d'entre elles demeure sans doute l'ajout du nouvel article 898.1 C.c.Q., placé en tête du Livre IV. Les juristes québécois ont ainsi pu constater, en achetant leur édition 2016 du *Code civil du Québec*, que le Livre des biens n'était plus introduit par la distinction entre les meubles et les immeubles, mais par une affirmation suivant laquelle :

Les animaux ne sont pas des biens. Ils sont des êtres doués de sensibilité et ils ont des impératifs biologiques. Outre les dispositions des lois particulières qui les protègent, les dispositions du présent code et de toute autre loi relative aux biens leur sont néanmoins applicables.

Le nombre limité de décisions judiciaires dans lesquelles cette disposition a été citée ne permet pas encore d'en mesurer l'impact sur le fond du droit<sup>3</sup>. Sur le plan de l'art législatif cependant, on peut regretter que le législateur ait ressenti le besoin de bousculer la structure d'un code simplement pour y introduire une affirmation

- 
1. *Loi visant l'amélioration de la situation juridique de l'animal*, L.Q. 2015, c. 35.
  2. Certaines modifications ont probablement été motivées par une volonté, qu'on peut saluer, de simplifier la formulation du droit : pensons aux articles 905 C.c.Q. (notion de meuble), 910 C.c.Q. (les fruits et revenus), 934 C.c.Q. (les biens sans maître), 989 et 1161 C.c.Q. D'autres modifications qui touchent à des catégories pourtant profondément ancrées dans la tradition juridique donneront probablement lieu à des débats. Lus ensemble, le nouvel article 898.1 C.c.Q. et la version modifiée de l'article 934 C.c.Q. soulèvent la question de savoir si la catégorie des *res nullius* (biens sans maître) existe toujours en droit québécois.
  3. Nous en avons relevé quelques-unes qui confirment essentiellement que la vente d'un chien est soumise au régime général de la vente : *Côté c. Denis-Labossière*, 2016 QCCQ 12528 ; *Dagenais c. 9222-5341 Québec inc.*, 2016 QCCQ 11580 (garantie contre les vices cachés dans un contexte de vente d'animal) ; *Coulombe c. Morin (Premium Pinsher)*, 2016 QCCQ 12009 (sur le refus d'accorder le remboursement des frais de vétérinaire engagés par l'acheteur au motif qu'ils étaient disproportionnés et encourus en raison du lien affectif entre l'acheteur et *Choupete*, le chien).

symbolique<sup>4</sup> qu'on aurait pu tout aussi bien insérer dans une loi spéciale<sup>5</sup>.

Plusieurs décisions ont attiré notre attention en 2016<sup>6</sup>. Comme le lecteur pourra le constater, plusieurs d'entre elles se rapportent à l'un des lieux les plus fréquentés des conflits entre voisins : l'exercice, la qualification, l'interprétation et la sanction des servitudes. Elles feront l'objet de la première partie de cette chronique. Une deuxième partie du présent texte réunira un certain nombre de décisions qui se rapportent à l'autorité de la Cour d'appel du Québec en droit privé québécois. En effet, nous avons pu constater que plusieurs difficultés abordées dans les décisions étudiées reposaient sur des règles jurisprudentielles élaborées par cette « cour suprême aux petits pieds » dont les décisions exercent une grande influence auprès des juristes québécois.

### **1. La qualification, l'extinction, l'interprétation et l'exercice des servitudes**

En raison de leur caractère perpétuel, les clauses établissant des servitudes peuvent donner lieu à des débats qui surviennent longtemps après leur rédaction, souvent en l'absence de leurs auteurs. La qualification des droits<sup>7</sup> peut alors poser un véritable défi, surtout lorsqu'on est en présence de mots ou d'expressions dont le sens et les usages ont connu une évolution marquée. C'est le cas, notamment, des expressions « représentant » et « représentant

---

4. Il s'agit d'une de ces rares dispositions qui ne font qu'énoncer des affirmations sans avoir pour objet de modifier un comportement humain.

5. Le droit civil québécois se serait enrichi d'une catégorie intermédiaire entre les « personnes » et les « biens », c'est-à-dire celle des « êtres doués de sensibilité » que sont les animaux. Compte tenu du fait que le livre IV ne traite pas des personnes ou des autres sujets de droit, l'insertion d'une telle affirmation ne nous paraît pas cohérente avec son contenu. Sur l'impact de la structure du *Code civil du Québec* sur le fond du droit, voir une réflexion collective dans Marie-France BUREAU et Mathieu DEVINAT (dir.), *Les livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Éditions de la R.D.U.S., 2014.

6. La présente chronique repose sur une sélection des décisions de justice rendues en droit des biens en 2016 par la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec, plus particulièrement celles dans lesquelles étaient abordées des questions controversées ou simplement intéressantes relevant des titres 1 à 4 du livre IV du *Code civil du Québec*.

7. Que l'on entend ici comme étant le processus qui permet d'identifier l'opération juridique contenue dans une stipulation contractuelle. Dans le contexte des litiges que nous aborderons, les juges devaient déterminer si les clauses étudiées établissaient une servitude personnelle, une servitude réelle ou un droit personnel.

légal » (section 1.1). Nous traiterons aussi de la question de l'extinction des servitudes de passage (section 1.2) et des sanctions applicables en cas d'atteinte à l'exercice d'une servitude (section 1.3).

### **1.1 Un droit attribué « à perpétuité » à une personne et à ses « représentants légaux » constitue-t-il une servitude réelle ou une « servitude personnelle » ?**

Dans l'affaire *Centre d'action bénévole Valcourt et région c. Boulais*<sup>8</sup>, le juge Martin Bureau avait la délicate tâche de déterminer la portée d'une clause formulée en 1938, rédigée dans un style que l'on pourrait qualifier de vieilli et qui se lisait ainsi : « La venderesse réservant pour elle et ses **représentants légaux** un droit de passage, **à perpétuité**, dans le chemin existant (et longeant la bâtisse de l'hôtel) sur le terrain présentement vendu. »<sup>9</sup> En attribuant un droit à une personne et à ses « représentants légaux », avait-on créé une « servitude personnelle » dont la durée serait limitée à son seul titulaire initial ? Devait-on conclure, au contraire, que le caractère perpétuel (« à perpétuité ») de ce droit en faisait une servitude « réelle » au sens de l'article 1177 C.c.Q. ?

Si la clause avait été rédigée en 2016, elle n'aurait vraisemblablement pas donné lieu à une discussion sérieuse sur la possibilité qu'elle puisse établir une servitude réelle de passage au sens de l'article 1177 C.c.Q. Le simple fait d'avoir attribué le droit à une personne plutôt qu'à un fonds lui aurait certainement été fatal<sup>10</sup>. Les circonstances entourant sa rédaction, le comportement des parties ainsi qu'une recherche du sens qu'il convenait d'accorder aux expressions « représentants légaux » et « perpétuité » ont néanmoins conduit le juge à conclure à la présence d'une servitude réelle. Avant de décrire le raisonnement du juge Bureau, il est utile de rappeler que les tribunaux québécois ont souvent eu à qualifier des clauses comportant ces mêmes expressions. En ce sens, le contentieux reflète une pratique ancienne de rédaction notariale :

[...] [l]es expressions « représentant légal » ou « représentants légaux » semblent avoir été très largement utilisées, par nombre de notaires, au fil des ans dans la rédaction de contrats de toute sorte dont entre

8. 2016 QCCS 2761.

9. *Ibid.*, par. 14 (nous avons mis en gras).

10. Voir François BROCHU, « Quand servitude rime avec incertitude : comment rédiger et interpréter dans un souci d'exactitude », (2008) 2 *C.P. du N.* 1.

autres, des contrats qui incluent la création de servitudes de toute nature.<sup>11</sup>

En matière de servitude, la difficulté typique que ces expressions soulèvent est de savoir si elles peuvent mener à la reconnaissance d'une servitude réelle valable « à perpétuité ». En effet, la Cour supérieure est arrivée à des conclusions parfois contradictoires. Dans *Alves c. Hakim*<sup>12</sup>, le juge Décarie devait déterminer si la formule suivante, utilisée en 1902, permettait de conclure à la présence d'une servitude réelle ou d'une servitude personnelle :

[...] si ce n'est le droit pour eux et leurs représentants légaux, à perpétuité, de l'usage d'un passage de huit pieds de largeur avec une hauteur de onze pieds [...] ce passage devant être commun entre les dits vendeurs et acquéreurs et leurs hoirs et ayant cause.<sup>13</sup>

Le tribunal releva l'ambiguïté de l'expression « à perpétuité » alors que la servitude avait une durée limitée à la vie de son bénéficiaire et à ses « hoirs et ayant cause »<sup>14</sup>. Il conclut que, lue en contexte, il s'agissait d'une servitude personnelle<sup>15</sup>. Dans une autre décision concernant une clause rédigée en 1939, *Boucher c. Leclerc*<sup>16</sup>, le tribunal arriva à la conclusion inverse en reconnaissant une servitude réelle dans un contexte où la bénéficiaire (l'*acquéreur et ses représentants*) de la servitude était pourtant clairement désignée<sup>17</sup>. Dans ce dernier cas, plusieurs indices trahissaient la volonté de créer une servitude, notamment l'emploi de l'expression « à perpétuité ».

11. *Centre d'action bénévole Valcourt et région c. Boulais*, préc., note 8, par. 68.

12. 2012 QCCS 2538.

13. *Ibid.*, par. 40 (nous avons mis en gras).

14. *Ibid.*, par. 45 : pour le tribunal, le mot « hoirs » avait été utilisé pour désigner les héritiers. La servitude avait été octroyée au bénéfice des vendeurs et de leurs héritiers seulement et non aux tiers acquéreurs subséquents.

15. L'expression ayant-cause aurait pourtant pu mener à la conclusion que la servitude était réelle, car pouvant profiter à des tiers acquéreurs et non simplement aux personnes qui auraient continué l'exercice des droits de leur auteur en tant qu'héritiers.

16. 2013 QCCS 983.

17. *Ibid.*, par. 21 : « Il est comme condition expresse de la présente vente, sans quoi elle n'aurait jamais été faite, que l'acquéreur ou ses **représentants** devront approvisionner d'eau, **à perpétuité**, à même le réservoir à lui présentement vendu et qu'il devra toujours tenir en bon état de fonctionnement, pour besoins domestiques, de jardinage, arrosage et autres, mais non commerciaux, les propriétés [sic] de Dame Johnny Bouchard, tel que actuellement de même que pour les autres bâtisses, chalets ou autres qu'elle voudrait construire sur son immeuble. » (nous avons mis en gras).

Si les expressions « à perpétuité » et « représentants légaux » ont souvent été employées dans des actes rédigés au début du XX<sup>e</sup> siècle, le sens que les tribunaux leur ont donné repose en grande partie sur des considérations contextuelles. On constate, à la lecture de ces décisions, que l'ambiguïté engendrée par les formulations employées par les notaires ou par les parties à un acte sous seing privé sert de prétexte pour tenir compte d'éléments extrinsèques dans la détermination du caractère réel ou personnel des droits. Au soutien d'une telle approche, l'arrêt *Gale c. Fillion*<sup>18</sup> de la Cour d'appel est souvent cité :

Comme il s'agit dans l'affaire en litige d'une servitude conventionnelle, il faut donc déterminer si elle est réelle ou personnelle. Pour répondre à la question posée, je suggère que la recherche de la nature du droit ne doit pas, comme le souligne l'auteur Cardinal [...] s'attacher uniquement à scruter le sens littéral des termes mais lui commande d'en interpréter le sens qu'ont voulu lui donner les parties signataires des trois conventions initiales.

J'ajoute que la découverte de cette volonté des contractants peut se faire 1) à l'aide des circonstances dans lesquelles les écrits en question ont été rédigés et 2) de la façon dont elles ont par la suite agi à leur égard et pour les fins de leur exécution.

En invitant l'interprète à ne pas s'en tenir au sens littéral ou grammatical des mots, la Cour d'appel incite à tenir compte du contexte d'élaboration de la servitude ainsi que des pratiques ayant conduit à sa rédaction<sup>19</sup>. Ce sont probablement les mêmes considérations qui, dans l'affaire *Centre d'action bénévole Valcourt et région c. Boulais*<sup>20</sup>, ont guidé le juge Bureau lorsqu'il a relevé « l'utilisation fréquente et non ambiguë, du droit de passage »<sup>21</sup> ainsi que la reconnaissance, par les propriétaires du fonds servant, de l'existence d'une servitude « réelle »<sup>22</sup>, reconnaissance qui s'est « perpétuée dans tous les contrats relatifs au fonds servant »<sup>23</sup>.

Malgré l'embarras que l'on peut éprouver à tirer un principe général des décisions rendues en matière de servitude, leur intérêt demeure en ce qu'elles illustrent une difficulté que rencontre l'inter-

18. *Gale c. Fillion*, 1992 CanLII 3251 (QC C.A.).

19. Conformément à ce que prescrit de toute manière le *Code civil du Québec*, aux articles 1425 et 1426.

20. Préc., note 8.

21. *Ibid.*, par. 84.

22. *Ibid.*, par. 85.

23. *Ibid.*, par. 86.

prête lorsqu'il est en présence de mots ou d'expressions ayant connu une évolution sémantique. Il est ainsi intéressant de relever que le juge Bureau examine, à partir d'une démarche historique, le sens de l'expression « représentant légal » :

[...] l'on peut aussi considérer que cette expression, utilisée de façon courante par les notaires au siècle dernier, surtout si on la juxtapose aux termes « à perpétuité » inclut alors tous ceux qui détiennent les droits de quelqu'un, qu'il s'agisse d'héritiers légaux ou testamentaires, d'ayants cause, d'ayants droit universels ou particuliers.<sup>24</sup>

Tout porte à croire que les usages langagiers au Québec, à cette époque, étaient différents de ceux que l'on pouvait trouver en France. En effet, l'ouvrage *Vocabulaire juridique* d'Henri Capitant de 1936, contemporain des clauses analysées dans les décisions mentionnées précédemment, contient une définition de « représentation » qui fait référence aux « représentants » d'un héritier prédécédé<sup>25</sup>. En droit québécois, l'acception était manifestement plus large. Pour le montrer, le juge Bureau évoque un long passage tiré d'une opinion du juge Mignault dans l'affaire *Aqueduc du Lac St-Jean c. Fortin*<sup>26</sup>. Dans cette affaire, le juge Mignault aborde la portée de l'expression « représentant légal ». Il explique, de manière convaincante et avec des exemples, que contrairement au droit français, le sens de cette expression était équivoque en droit québécois en ce qu'elle pouvait désigner également les « ayants cause de toute catégorie »<sup>27</sup>.

En définitive, le lecteur d'une clause anciennement formulée contenant les expressions « représentant » et « représentant légal », conjuguées avec celle de « perpétuité », doit se rappeler que leur usage ne se limitait pas à la désignation des seuls héritiers. Les « représentants » pouvaient s'étendre à tous les propriétaires subséquents d'un fonds, marquant ainsi la volonté d'établir, entre autres,

24. *Ibid.*, par. 72.

25. Sens I en droit privé, qui renvoie à sens II de l'entrée « représentation » qui décrit « les descendants (les représentants) d'un héritier ». Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1936, p. 424. Il est intéressant de constater que ce sens est également répertorié dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu (10<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2014, p. 902), de la manière suivante : « (dans un sens très spécial) Héritier qui vient à une succession par représentation d'un successible prédécédé. »

26. *Aqueduc du Lac St-Jean c. Fortin*, [1925] S.C.R. 192, 1925 CanLII 87 (CSC).

27. *Ibid.*, p. 199. On trouve cette expression à l'intérieur de l'article 1030 C.c.B.-C., et donc dans un contexte bien précis de la détermination du caractère transmissible d'obligations contractuelles, et non de servitudes réelles.

une servitude réelle au sens de l'article 499 C.c.B-C.<sup>28</sup> repris par l'article 1177 C.c.Q.

**1.2 L'extinction des servitudes : un « droit de passage » accordé à un fonds enclavé prend-t-il fin lorsque cesse l'enclave ?**

Il est de jurisprudence (presque) constante que les servitudes conventionnelles de passage ne prennent pas fin lorsque les circonstances ayant mené à leur création, comme celle d'une enclave, se sont éteintes. En l'absence d'une clause résolutoire ou d'un terme, la servitude dure aussi longtemps que le fonds qui en bénéficie<sup>29</sup>. Certaines décisions de première instance laissent néanmoins entendre que le raisonnement pourrait comporter des limites qui se logeraient dans les circonstances particulières de chaque affaire. La Cour d'appel a – encore une fois – fermé la porte à ces raisonnements divergents comme nous le verrons dans les pages qui suivent.

Dans la décision *Morin c. Gagnon*<sup>30</sup>, le juge Jacques de la Cour supérieure devait interpréter une clause formulée ainsi dans un acte de partage conclu en 1960 :

Avec droit de passage à pied ou en voiture en faveur du susdit emplacement, dans le chemin existant à l'extrémité nord-est de l'immeuble ci-après décrit, pour communiquer du susdit emplacement à l'avenue Royale.<sup>31</sup>

Pour des raisons qui ne sont pas clairement exprimées, il a rejeté une demande d'injonction ayant pour objet l'exercice du droit de passage au motif, entre autres, qu'il avait été établi en raison de l'enclave ; or, le fonds servant n'était plus enclavé au moment de la demande. Parce que « la raison ayant justifié l'octroi du droit de passage, soit l'enclave, n'existe plus »<sup>32</sup>, le juge a conclu que ce droit devait prendre fin lorsque le fonds dominant a été désenclavé, comme le prévoit l'article 1001 C.c.Q.<sup>33</sup>.

---

28. 499. « La servitude réelle est une charge imposée sur un héritage pour l'utilité d'un autre héritage appartenant à un propriétaire différent. »

29. F. BROCHU, préc., note 10, p. 27.

30. *Morin c. Gagnon*, 2014 QCCS 2747.

31. *Ibid.*, par. 4.

32. *Ibid.*, par. 10.

33. *Ibid.*, par. 11.

Deux lectures de ce jugement sont possibles. Soit le juge a interprété la clause comme étant une forme de *reconnaissance* de situation d'enclave au sens de l'article 997 C.c.Q., qui n'aurait pas mené à la *création* proprement dite d'une servitude de passage<sup>34</sup>, soit il a simplement conclu que la fin de l'enclave entraînait, en vertu de l'article 1001 C.c.Q., l'extinction d'une servitude conventionnelle de passage établie au profit d'un fonds enclavé<sup>35</sup>. En renversant la décision de première instance, la Cour d'appel a éprouvé le besoin de rappeler certains principes pourtant déjà bien établis<sup>36</sup>. En tout premier lieu, la formulation de la clause litigieuse permettait de conclure à l'existence d'une servitude conventionnelle de passage et non pas simplement à une reconnaissance d'un droit de passage (obligation légale *propter rem* prévue à l'article 1001 C.c.Q.)<sup>37</sup>. Comme l'affirme le juge Morin de la Cour d'appel, « l'acte de partage (pièce P-2) contient toutes les conditions essentielles à l'établissement d'une servitude conventionnelle »<sup>38</sup>. Il ajoute que « bien que la convention traite d'un "droit de passage", l'utilisation du terme "servitude" n'est pas nécessaire, puisqu'il est reconnu que la "constitution d'une servitude n'a pas besoin d'être faite en des termes sacramentels" »<sup>39</sup>.

En second lieu, la Cour rappelle le caractère distinct du régime juridique réservé au droit de passage reconnu au fonds enclavé<sup>40</sup>, qui existe de plein droit, et celui qui encadre les servitudes établies par convention. Les deux régimes juridiques en présence se différencient par leur source et par les règles qui leur sont applicables<sup>41</sup>, particulièrement en ce qui a trait à leur mode d'extinction. En effet, si le droit de passage né d'une situation d'enclave tire sa source d'une obligation *propter rem* qui prend fin lorsqu'elle « cesse d'être nécessaire à l'utilisation et à l'exploitation du fonds » (art. 1001 C.c.Q.), il n'en va pas de même pour la servitude de passage, même

---

34. Dans ce cas, l'expression « droit de passage » utilisée dans une situation d'enclave et contenue dans un acte de partage aurait peut-être été à l'origine d'une confusion entre le droit de passage prévu à l'article 997 C.c.Q. et la servitude de passage établie au sens de l'article 1177 C.c.Q.

35. La condition résolutoire serait alors implicite.

36. *Morin c. Gagnon*, 2016 QCCA 1789.

37. Le droit de passage dont il est question à l'art. 1001 C.c.Q. est une obligation *propter rem*, c'est-à-dire une obligation qui s'impose aux propriétaires actuels et futurs d'un fonds tant que dure l'enclave.

38. *Ibid.*, par. 40.

39. *Ibid.*, par. 42 (références omises).

40. Prévus aux articles 997 et s. C.c.Q.

41. *Morin c. Gagnon*, préc., note 36, par. 18.

si elle a été établie au profit d'un fonds qui était enclavé<sup>42</sup>. Cette dernière est perpétuelle, que le fonds soit enclavé ou non. Au mieux, le propriétaire du fonds servant peut proposer et éventuellement réclamer le rachat de la servitude aux conditions établies à l'article 1089 C.c.Q.<sup>43</sup>.

Du point de vue du propriétaire du fonds servant qui veut mettre fin à une servitude de passage, la stratégie utilisée dans l'affaire *Morin* n'était pas nouvelle : plusieurs plaideurs ont proposé, parfois même avec succès<sup>44</sup>, d'appliquer l'article 1001 C.c.Q. à une servitude réelle de passage au motif que le fonds dominant n'était plus enclavé<sup>45</sup>. De manière générale, les tribunaux ne mordent pas à l'hameçon et concluent de la même manière que la juge Blondin dans la décision *Cèdres Jersey inc. c. Bardeaux Beaucerons (1985) inc.* :

La demanderesse semble s'appuyer sur cette disposition [art. 1001] pour justifier la non-pertinence de la servitude en alléguant que le terrain de sa voisine n'est plus enclavé et donc, que le droit de passage « cesse d'être nécessaire à l'utilisation et à l'exploitation du fonds ». Nous ne pouvons adhérer à cette prétention. En effet, une situation d'enclave n'étant pas nécessaire pour qu'une servitude conventionnelle soit consentie, la cessation de l'enclave n'a aucune incidence sur le contrat, étant donné que la servitude réelle, comme nous l'avons exposé plus haut, « est créée pour une durée illimitée ».<sup>46</sup>

En renversant la décision de première instance dans l'affaire *Morin c. Gagnon*, la Cour d'appel du Québec a réitéré des principes qu'elle avait déjà formulés auparavant et qui sont appuyés par la

42. *Cèdres Jersey inc. c. Bardeaux Beaucerons (1985) inc.*, 2010 QCCS 4082.

43. Il est utile de rappeler que cette faculté de rachat ne peut être exercée qu'à partir de 2024 pour les servitudes créées avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* (1<sup>er</sup> janvier 1994) : voir l'art. 64 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, RLRQ, c. CCQ-1992.

44. Dans *Vaudreuil-Dorion (Ville de) c. Bissonnette*, 2016 QCCS 3674, décision rendue séance tenante, on peut lire au par. 16 : « CONSIDÉRANT que les faits rapportés dans le jugement *Morin c. Gagnon* [2014 QCCS 2747] sont similaires à la situation démontrée par la preuve dans notre dossier et qu'il y a lieu de l'appliquer, la Ville ayant raison dans son recours ». Voir aussi : *Gariépy c. Blair*, 2009 QCCS 4892 (renversé par la Cour d'appel).

45. En voici des exemples : *Dufresne-Sanfaçon c. Tremblay*, 1997 CanLII 8666 (Q.C.S.) ; *Sarault c. Hamel*, 2005 CanLII 12479 (Q.C.S.), par. 21-22 ; *Demers c. Lagacé*, 2014 QCCS 379.

46. *Cèdres Jersey inc. c. Bardeaux Beaucerons (1985) inc.*, 2010 QCCS 4082, par. 20.

doctrine<sup>47</sup>. Du point de vue du rédacteur d'une servitude de passage, le conseil élémentaire de prudence qui s'impose est donc le suivant : si l'objectif d'une convention n'est pas simplement de reconnaître une situation conduisant à l'application de l'article 1001 C.c.Q., mais de créer une véritable servitude de passage qui se limitera à la durée de l'enclave, il faudra le prévoir expressément<sup>48</sup>.

### **1.3 La sanction des servitudes : rigueur des principes et souplesse dans leur application**

Contrairement au régime juridique sanctionnant l'inexécution des obligations<sup>49</sup>, la sanction des atteintes aux droits réels ne fait l'objet ni d'un encadrement législatif unifié<sup>50</sup> ni d'un traitement doctrinal élaboré. Comme le reflète l'action en revendication du propriétaire, prévue à l'article 953 C.c.Q.<sup>51</sup>, la sanction de principe en ce domaine est celle qui permet de rétablir le droit dans son intégralité et de manière exclusive à son titulaire<sup>52</sup>, c'est-à-dire une sanction *en nature*. Bien qu'elle puisse être accompagnée d'autres remèdes compensatoires, la sanction en nature est au cœur de la protection des droits réels : il ne pourrait être autrement, car « défendre le droit réel par des dommages et intérêts reviendrait à détruire le droit réel »<sup>53</sup>. Malgré sa simplicité, la sanction en nature soulève des questions un peu plus délicates lorsqu'elle engendre la destruction ou la démolition d'un immeuble. Nous examinerons deux cas de figure qui montrent, pour la première, la rigueur de la solution (1.3.1) et, pour la seconde, la souplesse possible dans son application (1.3.2).

47. *Blair c. Gariépy*, 2011 QCCA 991.

48. Au moyen d'une clause résolutoire, par exemple.

49. Voir les articles 1590 et s. C.c.Q.

50. Voir, sur cette question : Thomas GENICON, « La sanction en droit des biens. Le règne de la sanction en nature », dans Cécile CHAINAIS, Dominique FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, coll. « L'esprit du droit », Paris, Dalloz, 2012, p. 205.

51. Art. 953 : « Le propriétaire d'un bien a le droit de le revendiquer contre le possesseur ou celui qui le détient sans droit ; il peut s'opposer à tout empiètement ou à tout usage que la loi ou lui-même n'a pas autorisé. »

52. Voir T. GENICON, préc., note 50. Certaines atteintes à différents droits réels font plutôt l'objet de solutions particulières : on peut évoquer l'abus de jouissance en matière d'usufruit (art. 1168 C.c.Q.) ; la déchéance du droit de l'emphytéote en cas de dégradations sur l'immeuble (art. 1204 C.c.Q.) ou les sanctions rigoureuses (quasi-pénales) prévues aux art. 1077 et 1080 en matière de copropriété divise.

53. T. GENICON, préc., note 50, p. 208.

### 1.3.1 *La sanction en cas d'atteinte à une servitude de non-construction : démolir à tout prix ?*

L'immeuble construit sur un fonds soumis à une servitude de non-construction<sup>54</sup> doit-il nécessairement être démoli ? *A priori*, la solution semble aller de soi. En matière de servitudes, c'est l'article 1186 C.c.Q. qui sert de fondement aux recours sanctionnant leur atteinte<sup>55</sup>. Si l'article est silencieux au sujet des sanctions spécifiques qu'il convient d'imposer, le rôle de celles-ci variera selon que le manquement provient du propriétaire du fonds dominant ou du propriétaire du fonds servant<sup>56</sup>. Dans le cas d'une construction érigée en violation d'une servitude de non-construction, le manquement provient du propriétaire du fonds servant qui porte atteinte au droit réel du propriétaire du fonds dominant, même en l'absence de faute<sup>57</sup>. Compte tenu du fait que ce dernier peut réclamer le « droit » réel de priver le fonds servant de cette construction, la seule sanction possible semble être celle de la démolition.

Dans le jugement *Chalati c. Trasler*<sup>58</sup> rendu par la juge Marie-France Courville de la Cour supérieure du Québec, il était question de deux servitudes de non-construction. La première interdisait de construire à l'intérieur d'une certaine distance de la ligne séparative et la seconde étendait cette interdiction à une lisière près d'un lac<sup>59</sup>. Comme c'est le cas parfois dans les conflits entre voisins, les deux parties en litige se reprochaient mutuellement d'avoir violé les droits

54. Le *Code civil du Québec* nomme expressément la servitude de non-construction (1179 C.c.Q.), mais il en existe une certaine variété, comme la servitude de prospect ou celle de *non altius tollendi*, qui empêchent de construire au-delà d'une certaine hauteur seulement.

55. Art. 1186 : « Le propriétaire du fonds dominant ne peut faire de changements qui aggravent la situation du fonds servant.

Le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui tende à diminuer l'exercice de la servitude ou à le rendre moins commode ; toutefois, s'il a un intérêt pour le faire, il peut déplacer, à ses frais, l'assiette de la servitude dans un autre endroit où son exercice est aussi commode pour le propriétaire du fonds dominant. »

56. En effet, lorsqu'il y a aggravation de la situation du fonds servant, le propriétaire du fonds dominant peut être condamné à verser des dommages-intérêts, non pas en raison d'une atteinte à un droit réel, mais parce qu'il a exercé son droit de manière abusive ou fautive, en ne respectant pas l'étendue de la servitude.

57. En plus de l'atteinte à un droit réel, des dommages-intérêts qui pourraient évidemment être accordés en présence d'une faute.

58. 2016 QCCS 1130.

59. *Ibid.*, par. 5 : « une servitude réciproque empêchant la construction de toute résidence ou bâtiment (« residence or building ») à l'intérieur d'une lisière de dix pieds (10') de la ligne séparative des lots (la « lisière ») et la construction d'un bâtiment (« building ») en-deçà d'une certaine distance du lac (P-3) ».

de l'autre : la partie défenderesse dénonçait une haie de cèdres de trois mètres de haut plantée par la demanderesse qui, à son tour, reprochait à la défenderesse d'avoir construit une maison dont une partie empiétait, selon elle, sur l'assiette de l'une des servitudes. Aux fins de cette chronique, seule la construction érigée par la partie défenderesse nous intéresse. De toute évidence, cette dernière avait peu de moyens à faire valoir : l'empiètement d'une partie du garage et de la maison sur l'assiette de la servitude n'était pas contesté<sup>60</sup> et la preuve présentée permettait à la juge Courville de conclure que les défendeurs avaient été avisés de l'existence, de la teneur et de l'assiette des servitudes de non-construction qui grevaient leur fonds<sup>61</sup>. Le fait d'avoir procédé à la construction de leur résidence en connaissance de cause témoignait d'un comportement décrit par la juge comme étant de « l'aveuglement volontaire »<sup>62</sup>. Cela explique probablement pourquoi elle arrive à la conclusion suivante : « [puisqu'il s'agit de la seule sanction possible, le tribunal doit, par conséquent, ordonner la démolition des parties de la résidence des défendeurs qui empiètent dans chacune des assiettes des servitudes de non-construction »<sup>63</sup>.

L'affaire serait somme toute assez banale et ne mériterait pas de figurer dans la présente chronique si l'on n'y trouvait une discussion sur l'analogie que l'on pourrait établir entre le régime de l'empiètement, prévu à l'article 992 C.c.Q.<sup>64</sup>, et celui de la violation d'une servitude de non-construction. L'argument serait le suivant : dans les deux cas, on est en présence d'une construction qui porte atteinte à un droit réel. La sanction d'une atteinte au droit de propriété devrait pouvoir s'appliquer à l'égard d'une violation similaire de l'un de ses démembrements. La juge rejette cet argument, non pas en écartant l'analogie entre les deux situations, mais essentiellement en raison du fait que les différents remèdes prévus aux

---

60. *Ibid.*, par. 29.

61. *Ibid.*, par. 47.

62. *Ibid.*, par. 50.

63. *Ibid.*, par. 70.

64. Art. 992 : « Le propriétaire de bonne foi qui a bâti au-delà des limites de son fonds sur une parcelle de terrain qui appartient à autrui doit, au choix du propriétaire du fonds sur lequel il a empiété, soit acquérir cette parcelle en lui en payant la valeur, soit lui verser une indemnité pour la perte temporaire de l'usage de cette parcelle.

Si l'empiètement est considérable, cause un préjudice sérieux ou est fait de mauvaise foi, le propriétaire du fonds qui le subit peut contraindre le constructeur soit à acquérir son immeuble et à lui en payer la valeur, soit à enlever les constructions et à remettre les lieux en l'état. »

alinéas 1 et 2 de l'article 992 ne sont pas transposables au cas d'atteinte à une servitude de non-construction. En effet, l'article 992 C.c.Q. a été conçu afin de régler les situations où la construction se trouve sur le fonds d'autrui, et non sur son propre fonds. Avec raison, la juge Courville souligne que les solutions prévues à l'alinéa 1 ne sont d'aucune utilité : « les demandeurs ne peuvent imposer la vente d'une partie d'un terrain qui ne leur appartient pas et ils ne peuvent, non plus, réclamer une indemnité pour usage d'une parcelle de terrain dont ils ne sont pas propriétaires. »<sup>65</sup>. Il en est de même des solutions prévues à l'alinéa 2<sup>66</sup>. Elle conclut qu'en l'absence de sanctions spécifiques des violations de servitudes, « [l]e remède approprié se trouve dans les règles générales des obligations et plus particulièrement à l'article 1603 C.c.Q. lequel prévoit que "le créancier peut être autorisé à détruire ou enlever, aux frais du débiteur, ce que celui-ci a fait en violation d'une obligation de ne pas faire". »<sup>67</sup> La démolition serait donc la seule sanction possible à la violation d'une servitude de non-construction et, compte tenu du comportement des propriétaires du fonds servant, il est difficile de contester son caractère approprié dans le contexte de l'affaire *Chalati c. Trasler*.

La question demeure de savoir si on doit faire de la démolition la sanction de principe pour tous les cas de violation d'une servitude de non-construction. Avant de décider du sort des constructions contestées, ne pourrait-on pas tenir compte de leur nature, de leur impact réel sur le fonds dominant ou de la bonne ou mauvaise foi de celui qui les a bâties<sup>68</sup> ? De manière plus générale, n'y aurait-il pas des circonstances dans lesquelles on pourrait imaginer que la démolition deviendrait une solution excessive, voire abusive ? Il est intéressant de constater que ces considérations trouvent un certain

---

65. *Chalati c. Trasler*, préc., note 58, par. 64. La juge se réfère aux solutions prévues à l'art. 992 al. 1 C.c.Q., applicables lorsque l'empiètement n'est pas considérable, ne cause pas de préjudice sérieux et est fait par une propriétaire de bonne foi, ce qui n'était vraisemblablement pas le cas en l'espèce.

66. *Ibid.*, par. 66 : « Dans le présent dossier le fait pour les défendeurs d'acquérir une partie de leur propre immeuble est bien sûr irréaliste et forcer les défendeurs à payer la valeur de leur propre terrain l'est tout autant. »

67. *Ibid.*, par. 69. Il est important de rappeler que les servitudes sont souvent le fruit de conventions dont les sanctions peuvent être régies par les articles 1590 C.c.Q. et s.

68. En ce sens, la solution de la démolition est-elle véritablement cohérente avec l'article 992 C.c.Q. ? Sans appliquer les solutions prévues en matière d'empiètement qui, comme on l'a vu, ne sont pas directement transposables, ne pourrait-on pas plutôt s'en inspirer ?

écho en droit français. Le respect de l'inviolabilité des servitudes a fait l'objet d'une décision de la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation, le 27 janvier 2004<sup>69</sup>. Dans cette affaire, la Cour a cassé et annulé une décision de la Cour d'appel au motif qu'elle avait ordonné la réparation du préjudice subi plutôt que la démolition de la construction en raison « de la particulière gravité des conséquences d'une démolition ». Suivant ainsi une jurisprudence constante, la Cour de cassation affirma que « la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé ». Commentant cette décision, Laurent Jacques, conseiller à la Cour de cassation, rappelle qu'en droit français, « [le] principe selon lequel la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé est affirmée de façon constante et très ferme par la Cour de cassation » et qu'en cela, « [la] transgression d'une servitude est [...] sanctionnée aussi rigoureusement qu'est assurée la défense de la propriété contre l'empiétement. Dans l'une ou l'autre hypothèse, le demandeur n'a pas à rapporter la preuve d'une faute [...] ni à justifier de l'existence d'un préjudice »<sup>70</sup>. L'auteur souligne néanmoins la rigueur du raisonnement qui a pour effet de placer sur un pied d'égalité le droit de propriété (qualifié d'inviolable et sacré) et la protection des servitudes. Dans les deux cas, la démolition demeure la solution de principe à leur violation.

Si le raisonnement de la Cour de cassation peut être qualifié de rigoureux dans le contexte français, il le serait davantage en droit québécois ! En sanctionnant par la démolition toute atteinte à une servitude de non-construction, le régime québécois traiterait ces violations de manière plus sévère que celles ayant pour objet le droit de propriété. En cette matière, l'atteinte au droit de propriété par un empiétement immobilier peut donner lieu à une ordonnance de démolition (décrite pudiquement comme le « retrait de la construction » à l'alinéa 2 de l'art. 992 C.c.Q.) seulement lorsque celui qui empiète est de mauvaise foi ou que l'empiétement cause un préjudice sérieux ou est considérable. Dans les autres cas, le Code civil prévoit une solution qui évite la démolition en permettant de compenser le propriétaire du fonds empiété (art. 992, al. 1 C.c.Q.). Une logique similaire est applicable en présence d'impenses utiles faites par un possesseur de bonne foi (art. 959, al. 1 C.c.Q.).

---

69. Décision commentée par Laurent JACQUES dans « Les servitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », Rapport annuel 2004, <[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2004\\_173/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_176/tudes\\_diverses\\_179/recente\\_cour\\_6400.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/recente_cour_6400.html)>.

70. *Ibid.*

La question que soulève l'affaire *Chalati c. Trasler*<sup>71</sup> reste ouverte : si la solution d'une compensation est admise, dans certaines circonstances, lorsqu'il y a violation du droit de propriété, pourquoi cette solution devrait-elle être rejetée systématiquement en cas d'atteinte à une servitude ? Malheureusement, les faits de cette affaire, notamment un empiètement évident et « l'aveuglement volontaire » des propriétaires à l'égard de la servitude, n'étaient pas favorables à une remise en question de la démolition comme sanction « de principe » à l'égard d'une violation de la servitude de non-construction. Si cette mesure permet d'assurer le respect intégral de la servitude, son exécution peut toutefois, dans certaines circonstances, engendrer des coûts qui dépassent largement les avantages que l'on peut en retirer. Par conséquent, nous estimons qu'un plaideur habile, placé devant une situation différente, pourrait à tout le moins proposer que les juges en atténuent la rigueur en tenant compte du contexte, de l'impact de la démolition et, peut-être aussi, du comportement du propriétaire du fonds dominant, surtout lorsque ce dernier, informé de la construction, s'abstient de réagir pour exiger, une fois la construction terminée, sa démolition. La décision que nous commenterons dans la section suivante est intéressante à cet égard.

### 1.3.2 *Le refus d'ordonner une injonction à l'égard d'une vue illégale et d'un empiètement : discrétion du juge et fond du droit*

En refusant d'ordonner la démolition d'un solarium qui avait le double défaut d'empiéter sur une partie privative et de donner une vue illégale sur celle-ci, le juge Brossard a pu montrer les limites que présente la sanction en nature des atteintes à des droits réels<sup>72</sup>. Dans ce cas, ce sont les conditions liées au régime de l'injonction qui permettront d'atténuer la rigueur de la sanction recherchée. La décision *Delsemme c. Lapointe*<sup>73</sup> s'inscrit ainsi dans l'une des manifestations de *l'équité* du juge<sup>74</sup> qui semble refuser l'application stricte du droit lorsque le contexte le justifie. Dans ce cas, et comme on le verra, c'est par le biais du véhicule procédural retenu par la personne qui subit un empiètement, c'est-à-dire l'injonction, que s'exprime le sentiment d'équité. Pour en traiter, nous allons, dans

71. Préc., note 58.

72. *Delsemme c. Lapointe*, 2016 QCCS 4305.

73. *Ibid.*

74. Voir, sur cette question : Anne-Françoise DEBRUCHE, *Équité du juge et territoires du droit privé*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant/Yvon Blais, 2008.

un premier temps, nous attarder à la description de l'atteinte aux droits pour ensuite dégager les raisons évoquées qui, aux yeux du juge, justifient qu'elle ne soit pas sanctionnée.

Le litige au cœur de l'affaire *Delsemme* se déroule dans un contexte de copropriété divise où l'un des copropriétaires se plaint d'un solarium construit sur le balcon d'un copropriétaire voisin. Il demande que le solarium soit démoli, que le balcon retrouve ses dimensions initiales et que des dommages et intérêts lui soient accordés pour les troubles de voisinage qu'il aurait subis. L'exposé des faits montre que les défendeurs ont respecté les différentes démarches prévues dans la déclaration de copropriété et qu'ils ont obtenu les autorisations requises avant et pendant la construction du solarium. Malgré ces autorisations et vérifications, le balcon empiète de sept centimètres sur la partie privative des demandeurs<sup>75</sup> et la vue droite qui se dégage du solarium ne respecte pas la distance prévue à l'article 993 C.c.Q., d'où la demande de retrait de la construction.

Le juge refuse tout d'abord d'ordonner la démolition complète ou même partielle en raison d'une servitude d'empiètement contenue dans la déclaration de copropriété<sup>76</sup>. À ce titre, on peut s'interroger sur la possibilité qu'une telle servitude puisse régulariser une construction érigée *après* sa création. En retour, on ne peut manquer de souligner l'importance que le juge a accordée au comportement du demandeur. Le solarium a été érigé sur un balcon dont la profondeur a été augmentée, en 2004, de 6 à 12 pieds. Depuis cet agrandissement, le demandeur n'aurait jamais contesté l'empiètement du balcon<sup>77</sup> et, ce faisant, le demandeur aurait « renon[cé] de façon claire et non équivoque à toute possibilité de

---

75. *Delsemme c. Lapointe*, préc., note 73, par. 59.

76. *Ibid.*, par. 60 : « D'une part, aux termes de la déclaration de copropriété, une servitude est créée en faveur de chaque partie privative du projet Hautes-Rives, pour permettre tout empiètement de balcon sur une autre partie privative. D'ailleurs, *Delsemme* n'est pas en reste puisque son propre balcon empiète sur la propriété de son voisin du côté opposé aux Jolicœur/Lapointe. » [références omises]

77. *Ibid.*, par. 107 : « En effet, en 2004, elle a consenti à l'agrandissement de ce balcon par la propriétaire de l'époque. Bien que la preuve n'établisse pas un consentement donné expressément par *Delsemme*, celle-ci reconnaît que sa voisine lui fait part de ses intentions, avant de procéder à l'agrandissement, et qu'elle-même ne dit rien, ne réagit pas. En somme, elle ne s'objecte pas et, ce faisant, donne un consentement clair, quoique tacite. Jamais par la suite elle ne s'en plaint ni ne pose de geste à ce sujet. »

s'opposer à cet empiètement »<sup>78</sup>. N'ayant pas eu accès à l'ensemble de la preuve, il est manifestement difficile d'apprécier cette conclusion, mais elle montre que le comportement passif de la victime de l'empiètement, ainsi que la durée de son silence ont servi, en partie du moins, à justifier le rejet de sa demande de démolition.

À l'égard des vues, le raisonnement du juge sera plus explicite. Il est d'avis qu'elles contreviennent clairement aux dispositions du Code civil, mais cette atteinte sera sans lendemain, car la partie demanderesse n'a « pas pour autant nécessairement droit à l'ordonnance d'injonction qu'elle recherche »<sup>79</sup>. Compte tenu de la discrétion dont il bénéficie dans l'attribution de ce remède, le juge a décidé de ne pas accorder d'injonction pour des raisons que l'on pourrait décliner de la manière suivante : 1) la vie privée des demandeurs n'était pas atteinte par les vues<sup>80</sup> ; 2) la prohibition des vues illégales n'est pas absolue « en l'absence d'un préjudice ou d'une réelle nuisance ou lorsqu'elle a été tolérée par le voisin. »<sup>81</sup> ; 3) les vues droites donnent sur une portion moins utilisée du terrain du demandeur ; 4) les vues qui donnent sur le balcon du demandeur sont obliques, donc pas illégales ; 5) bien que l'une des fenêtres ne soit pas dormante, elles auront à être scellées « pour en l'interdire l'ouverture »<sup>82</sup> ; 6) l'intimité des demandeurs n'est pas diminuée par le solarium ; 7) les demandeurs ne se sont pas objectés à la construction du solarium. Ils ont plutôt laissé « la situation se concrétiser et se cristalliser, avant d'ensuite exiger que les [défendeurs] retirent le solarium, nécessairement à grands frais pour eux »<sup>83</sup>. Par conséquent, il serait « injuste » d'accorder une injonction et le juge se fonde sur la théorie ou la règle d'*equity* des *laches* (retard à procéder) pour refuser de l'accorder, malgré la situation d'illégalité du solarium.

Sans nous prononcer sur le caractère approprié du recours à la théorie des « laches » en droit des biens<sup>84</sup>, nous tenions à mettre en évidence le fait que, dans l'affaire *Delsemme*, le juge paraît avoir procédé à une pondération des intérêts en présence plutôt qu'à partir d'un raisonnement restitutif. Il semble donc que, derrière l'affirmation catégorique d'une sanction en nature des droits réels, se

---

78. *Ibid.*, par. 61.

79. *Ibid.*, par. 75.

80. *Ibid.*, par. 112.

81. *Ibid.*, par. 113.

82. *Ibid.*, par. 118.

83. *Ibid.*, par. 119.

84. La théorie est surtout appliquée en droit des contrats.

trouvent des mécanismes procéduraux qui ouvrent la voie à une forme d'assouplissement de leur mise en œuvre, certains diraient à leur paralysie.

## **2. De certaines règles jurisprudentielles établies par la Cour d'appel**

Le débat sur l'opportunité d'établir une cour finale d'appel en droit privé québécois, au-dessus de l'actuelle Cour d'appel, a probablement fait long feu<sup>85</sup>. En retour, les auteurs de doctrine et les praticiens reconnaissent à la Cour d'appel du Québec une mission d'unification du droit privé et une autorité qui font que certaines de ses décisions acquièrent un statut d'arrêts de principe et provoquent l'émergence d'une règle jurisprudentielle. Cette dernière partie de notre chronique rapportera brièvement des décisions dans lesquelles des règles jurisprudentielles élaborées par la Cour d'appel ont fait l'objet de commentaires, de critiques ou de réserves.

### **2.1 Une règle jurisprudentielle discrètement critiquée : le principe permettant la « modification tacite de la déclaration de copropriété divise » est-il souhaitable ?**

Il arrive parfois que les juges des cours supérieures critiquent le bien-fondé de certaines règles jurisprudentielles, même lorsqu'elles ont reçu la bénédiction de la Cour d'appel. Bien que l'effet de ces critiques ne soit pas facile à mesurer, elles ont indéniablement la capacité de saper leur autorité. Dans la décision commentée *Mammis c. Fang*<sup>86</sup>, le juge Gaudet a ainsi exposé les défauts du principe formulé par la Cour d'appel et par d'autres juridictions judiciaires<sup>87</sup> selon lequel une déclaration de copropriété pouvait faire l'objet d'une modification tacite. Avant d'exposer cette dissidence, il convient d'en rappeler le contexte.

Dans l'affaire *Mammis c. Fang*, le juge devait déterminer si une partie commune (un espace de stationnement) pouvait être déclarée comme étant une partie commune à usage restreint au profit d'un seul copropriétaire sans modifier la déclaration de copropriété. La réponse est non, et il l'explique comme suit : « [si,] pour modifier

85. Voir, sur cette question : Guy GILBERT, « Pour une Cour suprême du Québec », (1990) 31 *C. de D.* 525.

86. 2016 QCCS 2601.

87. *Lavallée c. Simard*, 2011 QCCA 1458, particulièrement les par. 25 et s.

l'acte constitutif d'une copropriété, il faut un acte notarié en minute inscrit au registre foncier, la simple entente tacite ou verbale qui est intervenue entre les parties est impuissante à avoir cet effet »<sup>88</sup>. Or, l'une des parties a présenté plusieurs décisions dans lesquelles la Cour supérieure et la Cour d'appel avaient admis que la déclaration de copropriété pouvait faire l'objet d'une modification tacite. Plus particulièrement, le juge Gaudet examine l'arrêt *Lavallée c. Simard*<sup>89</sup> de la Cour d'appel et il en résume la portée de la manière suivante :

Saisie de la question, la Cour d'appel écrit que « *ce pourvoi soulève la question de la possibilité pour les copropriétaires de modifier de façon informelle la déclaration* ». La Cour, rappelant que la déclaration de copropriété est un contrat, en conclut que les règles générales relatives aux contrats s'appliquent aux déclarations de copropriétés et que donc « *une déclaration de copropriété est susceptible d'être amendée verbalement, comme tout contrat, en vertu des articles 1385 et 1439 C.c.Q.* ». En conséquence, « *par l'expression de leur volonté, les parties à une déclaration de copropriété peuvent en modifier informellement la teneur* ».<sup>90</sup>

Malgré le principe dégagé de cet arrêt, le juge Gaudet va refuser d'en étendre l'application au cas à l'étude en faisant appel à la technique des distinctions (*distinguishing*). Il souligne, à cet égard, que l'ensemble des décisions citées impliquaient une modification tacite du *règlement* de la déclaration de copropriété, et non de son *acte constitutif*. Or, l'acte constitutif, tout comme l'état descriptif des fractions, est d'une nature différente du règlement de l'immeuble : il s'agit d'un « acte formaliste »<sup>91</sup> dont les modifications sont soumises aux mêmes conditions que celles exigées pour sa formation<sup>92</sup>. La différence de nature impliquerait une différence de régime.

Dans un *obiter dictum* enfoui dans une note de bas de page, le juge Gaudet va tout de même s'engager dans une critique de la position de la Cour d'appel qui laisse peu de place à l'interprétation :

88. *Mammis c. Fang*, préc., note 86, par. 54.

89. 2011 QCCA 1458.

90. *Mammis c. Fang*, préc., note 86, par. 60. Références omises.

91. *Ibid.*, par. 64.

92. Le juge Gaudet cite l'article 1414 C.c.Q. : « Lorsqu'une forme particulière ou solennelle est exigée comme condition nécessaire à la formation du contrat, elle doit être observée ; cette forme doit aussi être observée pour toute modification apportée à un tel contrat, à moins que la modification ne consiste qu'en stipulations accessoires. »

Les auteurs en droit de la copropriété critiquent sévèrement la notion de « modification tacite » à la Déclaration de copropriété, invoquant qu'elle est incompatible avec les dispositions du Code civil et qu'elle est une source de confusion et d'incertitude, tant pour les copropriétaires que pour les tiers, notamment les acheteurs d'une fraction divise. Il faut bien avouer qu'en général leur argumentation repose sur des bases solides.<sup>93</sup>

En citant les plus grands experts en droit québécois de la copropriété, dont une chronique de jurisprudence dans cette même revue<sup>94</sup>, le juge Gaudet rappelle que loin de faire l'unanimité, le principe suivant lequel on pourrait modifier tacitement la déclaration de copropriété rencontre des ilots de « résistance » chez les auteurs de doctrine et, comme on peut le constater, auprès des juges. En ayant recours à la technique des distinctions, on peut comprendre que le juge Gaudet ait cherché à écarter une règle jurisprudentielle avec laquelle il était en désaccord. Reste à voir si la Cour d'appel lui donnera raison.

## **2.2 La soi-disant « prescription de l'assiette » d'une servitude de passage : une règle jurisprudentielle qui nous laisse sur notre faim**

Il existe des formules qui s'introduisent dans le discours juridique alors qu'elles sont porteuses de contre-sens. La proposition selon laquelle il est possible de « prescrire l'assiette » d'un droit de passage en fait probablement partie. Énoncée dans un grand nombre de décisions et dans les ouvrages de doctrine, la règle selon laquelle « [le] droit au passage lui-même ne peut s'acquérir par prescription [...]. Toutefois, l'assiette de la servitude et son mode d'exercice le peuvent par prescription trentenaire (maintenant décennale en raison de l'article 2917 C.c.Q.) »<sup>95</sup> est devenue un lieu commun et semble maintenant bien établie. En retour, elle n'est pas exempte de difficultés. Premièrement, son aire d'application est limitée au droit de passage attribué au fonds enclavé (art. 997 C.c.Q.), ce qui a donné lieu à des litiges concernant une possible application dans les cas de servitudes conventionnelles<sup>96</sup>. Deuxièmement, et peut-être

93. Voir la note 21 de la décision.

94. François BROCHU, « Revue de jurisprudence 2012 en prescription acquisitive et en publicité des droits », (2013) 115 R. du N. 205, 215 et s.

95. *Whitworth c. Martin*, 1995 CanLII 4753 (QC C.A.).

96. *9085-9364 Québec inc. c. Bourassa*, 2008 QCCS 610.

surtout, elle laisse entendre que l'on puisse « prescrire » l'assiette sur laquelle s'exercerait le droit de passage en cas d'enclave (art. 997 C.c.Q.). Le *Code civil du Québec* prévoit pourtant à l'article 2910 que la prescription acquisitive est un « moyen d'acquérir le droit de propriété ou l'un de ses démembrements, par l'effet de la possession. » L'assiette n'étant pas un « droit », elle ne pourrait donc pas s'acquérir par prescription. Enfin, la règle est contraire à l'article 998 C.c.Q. qui prévoit que le droit de passage du fonds enclavé « s'exerce contre le voisin à qui le passage peut être le plus naturellement réclamé, compte tenu de l'état des lieux, de l'avantage du fonds enclavé et des inconvénients que le passage occasionne au fonds qui le subit. » En affirmant que l'on puisse « prescrire » l'assiette d'un droit de passage, la règle jurisprudentielle semble court-circuiter l'analyse qui est exigée par le législateur en introduisant une espèce de présomption « absolue » en faveur d'un passage emprunté depuis plus de 10 ans par la personne dont le fonds est enclavé.

Nous ne pouvons que saluer le raisonnement retenu par le juge Dallaire dans *Lemay c. Alepin*<sup>97</sup> qui devait déterminer l'assiette du droit de passage de plusieurs fonds enclavés. Au lieu de mécaniquement retenir le passage utilisé depuis 30 ou 40 ans, au motif qu'il y aurait eu une « prescription de l'assiette » comme l'ont suggéré les demandeurs, il a préféré s'en tenir aux critères prévus dans le Code civil à l'article 998 et se fier à la preuve qui a été déposée<sup>98</sup>. Comme le rappelle clairement le juge, le lieu sur lequel s'exerce le passage d'un fonds enclavé pendant une longue période de temps ne peut faire ni l'objet d'une prescription acquisitive ni créer une présomption absolue. Il peut, tout au plus, servir en tant que moyen de preuve servant à établir le lieu le plus naturel où ce droit peut s'exercer.

---

97. 2016 QCCS 3982.

98. *Ibid.*, par. 90-93 : « Pour le Tribunal, à la lumière de la preuve, il est évident que le tracé proposé par l'arpenteur-géomètre Robidoux est celui qui « peut être le plus naturellement demandé » au sens du Code civil. Ce chemin existe depuis 30 ou 40 ans. Il a peut-être été créé à l'origine comme « chemin des vaches » mais il est clair qu'il a par la suite été utilisé de façon régulière par les demandeurs et les défendeurs (quand il n'était pas entravé par des barrières ou des blocs de ciment). De plus, il a été utilisé comme chemin forestier entre 2004 et 2007 avec la bénédiction de Walter et des autres propriétaires situés sur la rive ouest du lac pour sortir le bois coupé jusqu'au chemin public [...]. »

### **2.3 Une règle jurisprudentielle légèrement flottante : « une servitude d'accès à un lac n'implique pas le droit de construire un quai »**

La formulation d'un principe tel que « la servitude de passage vers le lac ou d'accès au lac n'emporte pas l'usage du quai »<sup>99</sup> peut engendrer la reconnaissance d'une règle jurisprudentielle dont on oublie les limites et les fondements. Elle acquiert, par sa généralité, une autorité qui dépasse parfois l'intention des juges qui la formule. Dans *Kose c. Trinh*, la Cour d'appel a eu à se prononcer sur la portée de cette règle en indiquant qu'elle « ne s'applique pas avec la même rigueur lorsque l'usage du quai est nécessaire à l'exercice de la servitude comme le prescrit l'article 1177 *in fine* du *Code civil du Québec* »<sup>100</sup>. Dans ce cas, la description des lieux par le juge de première instance suffisait pour comprendre qu'en l'absence de quai, l'exercice de la servitude serait illusoire ou difficilement praticable<sup>101</sup>. Cela a permis à la Cour d'appel de conclure que, malgré la généralité de la règle, les circonstances faisaient en sorte qu'une exception devait être introduite, en tenant compte de « l'intention des parties au moment de la création de la servitude, l'usage qu'elles en ont fait par la suite et l'argument fondé sur la nécessité convainquant la Cour que la servitude de passage donnant accès au lac inclut le quai. »<sup>102</sup> La décision a été suivie, dans des circonstances analogues il est vrai, dans *Benoît c. Caunter*<sup>103</sup>.

### **2.4 Une règle jurisprudentielle attendue avec impatience : l'immobilisation d'un bien meuble en vertu de l'article 903 C.c.Q. est-elle réservée au seul propriétaire de l'immeuble ?**

Dans sa riche contribution à l'hommage collectif au notaire et professeur Pierre Ciotola, intitulée « L'hypothèque immobilière et les

---

99. *Charbonneau c. Moreau*, 2014 QCCA 1425, par. 97. La même idée est exprimée, mais dans des termes différents, dans la décision *Arsenault c. Léonard*, 2005 QCCA 344.

100. 2016 QCCA 699, par. 19.

101. *Ibid.*, par. 19 reproduisant un extrait de la décision rendue en première instance : « La preuve révèle qu'à l'endroit où aboutit la servitude de passage, le lac comporte une descente relativement abrupte, un fond de lac vaseux comportant des pierres et de grosses branches. Sans le quai, le lac devient impraticable à la baignade et inaccessible à toute embarcation. »

102. Par. 22.

103. 2016 QCCS 4110.

immeubles par attache ou réunion de l'article 903 C.c.Q. »<sup>104</sup>, la professeure Denise Pratte concluait son étude par un appel à une modification législative qui, seule, serait en mesure de clore la controverse au sujet de la condition d'unicité de propriétaire du meuble et de l'immeuble pour l'immobilisation d'un bien en vertu de l'article 903 C.c.Q.<sup>105</sup>. Pour mémoire, cet article prévoit, à son alinéa premier, que « les meubles qui sont, à demeure, matériellement attachés ou réunis à l'immeuble, sans perdre leur individualité et sans y être incorporés, sont immeubles tant qu'ils y restent et assurent l'utilité de l'immeuble. » Depuis son adoption, cet article a été tour à tour malmené<sup>106</sup>, modifié<sup>107</sup> et il a soulevé la passion des spécialistes qui ont tenté de répondre à la question suivante : pour qu'un meuble soit considéré comme un immeuble, doit-il appartenir au propriétaire de l'immeuble, comme c'était le cas pour les immeubles par destination ? Si certains en ont appelé au législateur pour répondre définitivement à la question, d'autres se sont tournés vers la Cour d'appel du Québec pour qu'elle mette un terme à la controverse<sup>108</sup>.

C'est ce qu'a fait – indirectement il est vrai – le juge Ouellet dans *St-Onge c. Veilleux*<sup>109</sup>, lorsqu'il a répondu à une « demande en déclaration d'abus de moyens de défense oraux ». Sans entrer dans les détails, le moyen de défense contesté consistait à prétendre que le défendeur était propriétaire superficielle d'une maison mobile devenue immeuble en vertu de l'article 903 C.c.Q., même si le fonds auquel elle était attachée appartenait au demandeur. Le demandeur soutint que la défense était abusive au motif qu'elle irait à l'encontre d'une exigence d'unicité de propriétaire, implicitement prévue à l'article 903 C.c.Q., mais expressément établie dans une décision de la Cour d'appel<sup>110</sup> dans laquelle on peut lire, sous la plume du juge

104. Denise PRATTE, « L'hypothèque immobilière et les immeubles par attache ou réunion de l'article 903 C.c.Q. », dans Brigitte LEFEBVRE et Antoine LEDUC (dir.), *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 429.

105. *Ibid.*, p. 454 : « En 1991, le législateur a, selon nous, trop rapidement conclu à l'inutilité du concept d'immobilisation par destination en présence de la nouvelle hypothèque mobilière [...] C'est pourquoi nous joignons notre voix à celle du professeur Ciotola pour inviter le législateur à reconsidérer la notion d'immobilisation ».

106. Une partie de son contenu se trouvait exprimée à l'article 48 (abrogé) de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, c. CCQ-1992.

107. En 2013, voir : *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de succession et de publicité des droits*, 2013, L.Q., c. 27, art. 28 et 39.

108. *Pilote (Syndic de)*, 2011 QCCS 2165.

109. 2016 QCCS 6039.

110. *9079-8190 Québec inc. c. Bergeron*, 2005 QCCA 608.

Brossard, que « [s]eul le propriétaire du fonds peut transformer un bien meuble lui appartenant, en immeuble par destination ou par adhérence au sol ou attache ou réunion matérielle »<sup>111</sup>.

Malgré le caractère péremptoire de l'affirmation, la demande a été rejetée. Pour parvenir à cette conclusion, le juge Ouellet a dû se référer à de nombreuses autorités doctrinales et jurisprudentielles<sup>112</sup> qui abordent cette question, et plus particulièrement une décision de la Cour supérieure dans laquelle on peut lire :

[...] sans vouloir écarter l'autorité du précédent établi en 2005 par la Cour d'appel, [le tribunal] se range à l'avis des auteurs Lafond, Lamontagne et Pratte et estime **qu'il conviendrait que la Cour d'appel clarifie la question** de savoir si, pour se prévaloir de l'article 903 C.c.Q., l'exigence existant sous l'ancien article 379 C.c.B.-C., que le propriétaire du meuble soit également propriétaire de l'immeuble, doit être rencontrée.<sup>113</sup>

Même s'il semble exister une tendance lourde en faveur de la thèse de l'absence d'exigence d'unité de propriétaire, il serait heureux que l'un des deux acteurs en présence, soit la Cour d'appel ou, mieux, le législateur, puissent régler clairement cette question, dans un sens ou dans l'autre.

## CONCLUSION

À titre de conclusion, on peut constater que la jurisprudence commentée dans la présente chronique illustre l'une de ses fonctions en droit privé, celle de mettre au jour certaines lacunes dans le droit positif. La question de savoir s'il revient au législateur ou au juge de les combler demeure cependant ouverte.

---

111. *Ibid.*, par. 85. Les soulignés émanent du juge.

112. En particulier la décision *Axor Construction Canada ltée c. 3099-2200 Québec inc.* (2002 CanLII 63107 (QC C.A.)), dans laquelle la question a été directement abordée au par. 16 : « J'estime utile de rappeler que le mécanisme d'immobilisation de l'article 903 C.c.Q. n'est pas réservé au seul propriétaire de l'immeuble. L'article 571 C.p.c. le prévoit expressément. »

113. *Pilote (Syndic de)*, préc., note 108, par. 41, cité par le juge Ouellet au par. 13 de *St-Onge c. Veilleux*, préc., note 109 (Nous avons mis en gras).