

## L'OBLIGATION ACCESSOIRE DE FAIRE D'UNE SERVITUDE ET LE PROBLÈME DE SON OPPOSABILITÉ AUX TIERS

François FRENETTE

Volume 117, numéro 2, 2015

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1043489ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1043489ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

FRENETTE, F. (2015). L'OBLIGATION ACCESSOIRE DE FAIRE D'UNE SERVITUDE ET LE PROBLÈME DE SON OPPOSABILITÉ AUX TIERS. *Revue du notariat*, 117(2), 201–216. <https://doi.org/10.7202/1043489ar>

**L'OBLIGATION ACCESSOIRE DE FAIRE  
D'UNE SERVITUDE ET LE PROBLÈME DE  
SON OPPOSABILITÉ AUX TIERS**

**François FRENETTE\***

Introduction . . . . .	203
1. Le rôle de l'obligation accessoire de faire dans les servitudes. . . . .	204
2. La nature et les caractères particuliers de l'obligation accessoire de faire d'une servitude . . . . .	207
3. L'inopposabilité actuelle de la créance du propriétaire du fonds dominant contre les acquéreurs successifs du fonds servant . . . . .	209
4. Les mesures aptes à réduire ou écarter le risque couru par le propriétaire du fonds dominant . . . . .	213
Conclusion . . . . .	216

---

\* Notaire honoraire et professeur émérite de l'Université Laval.



## INTRODUCTION

L'obligation accessoire de faire en matière de servitudes fait l'objet d'exposés sommaires et descriptifs de la part de nos auteurs<sup>1</sup>. Nos tribunaux, pour leur part, ont rarement été sollicités à son sujet. Une décision rendue en 2007<sup>2</sup> et une tentative avortée de modifications au Code civil en 2013<sup>3</sup> laissent toutefois entrevoir qu'il subsiste un important questionnement concernant ce type d'obligation visée par les articles 1178 et 1185 du *Code civil du Québec*, notamment pour ce qui a trait à sa nature exacte, son régime particulier et son opposabilité aux tiers. Il sied, considérant la gravité de ce questionnement, d'examiner les choses de plus près pour éclairer, si possible d'un jour nouveau, les principaux aspects du problème.

Nous commencerons d'abord par fixer le rôle joué par l'obligation accessoire de faire dans les servitudes. Des précisions suivront sur la nature et les traits distincts de cette obligation. Ces précisions faciliteront le développement subséquent sur l'inopposabilité de ladite obligation au regard des règles de droit applicables en matière de publicité des droits au Québec. Viendront enfin des propositions de solution pour parer cette difficulté et faciliter la mise en place d'aménagements utiles et durables entre héritages voisins par le biais d'obligations accessoires de faire rattachées à une servitude.

- 
1. P.-C. LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 856-857 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 37, 278 et 293 ; D.-C. LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, nos 560 et 618 ; W. de M. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, n<sup>o</sup> 296 et 309 ; P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, Théoret, 1897, p. 4-5 et 164-165.
  2. *Les Cinémas RGMF inc. c. Les immeubles Jean-Robert Grenier inc.*, 2007 QCCS 5979.
  3. *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, projet de loi n<sup>o</sup> 35 (présentation – 17 avril 2013), 1<sup>re</sup> sess., 40<sup>e</sup> légis. (Qc), art. 28 et 42. Ces articles ont été retirés du projet de loi lors de son étude en commission parlementaire le 10 juin 2013 et ne se retrouvent donc pas dans la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, L.Q. 2013, c. 27, adoptée et sanctionnée le 6 décembre 2013.

## 1. LE RÔLE DE L'OBLIGATION ACCESSOIRE DE FAIRE DANS LES SERVITUDES

Attardons-nous, pour commencer, à l'origine des articles du *Code civil du Québec* afférents à l'obligation accessoire de faire d'une servitude.

L'article 1178 C.c.Q. est de droit nouveau. Les Commentaires du ministre de la Justice se résument à paraphraser le texte de l'article et à en donner un exemple<sup>4</sup>. Le ministre indique néanmoins que la disposition a pour source l'article 159 du Projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil (O.R.C.C.)<sup>5</sup>, qui a lui-même été inspiré par l'article 1360 du Code civil d'Éthiopie de 1960<sup>6</sup>. L'objectif poursuivi par les membres du Comité des biens de l'O.R.C.C. ayant proposé l'introduction au Code civil québécois d'une mesure calquée sur celle du Code civil d'Éthiopie, était de préciser la définition de la servitude réelle, d'« indiquer que la servitude est une charge imposée à un immeuble et non à un individu »<sup>7</sup>. Il n'est pas certain que la proposition des membres de ce comité contribuait vraiment à préciser une définition requérant déjà *l'établissement à titre principal d'une charge sur un fonds pour le bénéfice d'un autre fonds* et non pas, dès lors, la constitution d'une obligation à la charge d'une personne en faveur d'une autre personne. On n'avait pas, par ailleurs, à chercher l'inspiration si loin. Il suffisait de lire Marler pour qui l'obligation de faire en matière de servitudes n'avait rien d'inusité ou d'illicite à condition d'être stipulée uniquement à titre accessoire<sup>8</sup>. Par bonheur, le libellé actuel de l'article 1178 C.c.Q. n'est pas une simple copie de la proposition initiale du Comité des biens de l'O.R.C.C. Le texte du législateur ne se borne pas, en effet, à sanctionner le caractère purement accessoire de l'obligation de faire en matière de servitudes. En spécifiant que pareille obligation doit être strictement liée au service ou à l'explo-

4. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 1, Publications du Québec, 1993, p. 691. L'exemple donné est celui de l'engagement du propriétaire du fonds servant de pourvoir à l'entretien du chemin par lequel s'exerce une servitude de passage.

5. *Ibid.*

6. Art. 1360 C.c.Q. : « Une obligation de faire ne peut être rattachée qu'accessoirement à une servitude. »

7. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, Comité du droit des biens, *Rapport sur les biens*, vol. 38, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975, p. 182. Le texte proposé par les membres du Comité se lisait comme suit: « Lorsqu'une obligation de faire est rattachée à une servitude, elle ne peut l'être qu'accessoirement. »

8. W. de M. MARLER, préc., note 1, n<sup>os</sup> 296 et 309.

tation du fonds dominant, *il indique aussi et surtout qu'elle a trait à l'exercice de la servitude et non à ce qui fait l'objet même de la servitude.*

L'article 1185 du *Code civil du Québec* reprend l'article 555 du *Code civil du Bas-Canada* en retenant la suggestion de l'O.R.C.C. concernant la possibilité d'un abandon partiel du fonds servant<sup>9</sup>. Mignault<sup>10</sup> et Marler<sup>11</sup> avaient déjà envisagé cette possibilité. L'article 555 C.c.B.-C. était, pour sa part, calqué sur l'article 699 du Code civil français que nos commissaires à la codification de 1866 considéraient conforme non seulement au droit romain, mais également à la jurisprudence ancienne et aux auteurs consultés<sup>12</sup>. Selon Mignault, cette règle de droit trouve sa justification dans le fait que « le propriétaire de fonds servant ne s'est engagé que *propter rem* »<sup>13</sup>, expression sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir sous peu.

Qu'en est-il maintenant du rôle joué par l'obligation accessoire de faire en l'espèce ?

Il faut se garder dès le début de tenir l'obligation accessoire de faire d'une servitude comme une exception possible à la règle *servitus in faciendo consistere non potest*<sup>14</sup>, comme une dérogation permise au principe de l'article 1177 C.c.Q. n'autorisant que la charge imposée sur un héritage en faveur d'un autre héritage appartenant à un propriétaire différent. S'il est interdit d'ériger une prestation positive en servitude à titre principal, il est en effet impossible d'admettre qu'il soit licite de le faire à titre accessoire<sup>15</sup>. Bref, ce qui est interdit d'accès par la porte avant ne peut être introduit par la porte arrière.

Bien que la servitude s'analyse en une atteinte au droit du propriétaire du fonds servant et qu'elle doit, à ce titre, être interprétée

9. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 1, Publications du Québec, 1993, p. 695 ; OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, t. 1, « Commentaires », Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 418.

10. P.B. MIGNAULT, préc., note 1, p. 164-165.

11. W. de M. MARLER, préc., note 1, n° 309.

12. *Troisième rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada, en matières civiles*, Québec, Desbarats, 1865, p. 404.

13. P.B. MIGNAULT, préc., note 1, p. 164, dans la note infrapaginale.

14. C'est-à-dire, la servitude ne peut consister en une obligation de faire.

15. L. RIGAUD, *Le droit réel ; Histoire et théories ; Son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912, p. 437 : « Si le *facere* répugne au concept de servitude, on n'aperçoit pas pourquoi un fait positif peut être admis, soit même par voie d'accessoire ».

de façon restrictive, encore faut-il que le propriétaire du fonds dominant puisse tirer directement du fonds servant le ou les utilités que lui accorde son titre. À cette fin, le dernier alinéa de l'article 1177 C.c.Q. prévoit d'abord que « [l]a servitude s'étend à tout ce qui est nécessaire à son exercice ». L'exemple classique à cet égard est, comme l'indiquait d'antan l'article 552 C.c.B.-C., la servitude de puiser l'eau à la fontaine qui emporte le droit de passage. Prolongeant cette première règle, l'article 1184 C.c.Q. indique ensuite que le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire tous les ouvrages nécessaires à l'usage et à la conservation de la servitude. Il a la *faculté* de faire ou de ne pas faire ces ouvrages, quitte dans ce dernier cas à en subir les inconvénients<sup>16</sup>. S'il choisit de les faire, ils seront bien entendu réalisés à ses frais. La fin du premier alinéa du même article précise toutefois que les ouvrages en question peuvent être mis à la charge du propriétaire du fonds servant, et ce, pour des raisons laissées, comme il se doit, à la souveraine appréciation des parties à l'acte constitutif de la servitude. Insérée dans la trame des dispositions gouvernant la conduite du propriétaire du fonds dominant lors de l'*exercice* de la servitude, l'obligation accessoire de faire apparaît ainsi comme une simple variante dans la manière d'assurer l'accomplissement de la servitude ; le propriétaire du fonds servant agit en lieu et place du propriétaire du fonds dominant pour ce que ce dernier est autorisé à entreprendre en vertu de l'article 1184, al. 1 C.c.Q. Tel est le rôle de l'obligation accessoire de faire d'une servitude.

Dérogeant simplement au régime normal des travaux liés à l'*exercice* de la servitude et ne constituant dès lors pas une façon de contourner ou d'atténuer la règle interdisant d'ériger en servitude une activité humaine, l'obligation accessoire de faire d'une servitude permet de mieux prendre en compte les intérêts respectifs des propriétaires de fonds voisins. Dans un cas, le rapport de force entre ces derniers peut permettre au propriétaire du fonds dominant d'imposer sa loi au propriétaire du fonds servant et d'exiger de lui qu'il assume la responsabilité et le coût des ouvrages nécessaires à l'usage et à la conservation de la servitude. Dans un autre cas, c'est le propriétaire du fonds servant qui peut lui-même choisir d'être ainsi tenu parce qu'il craint la négligence du bénéficiaire de la servitude pour ce qui a trait soit à l'exécution, soit à la qualité d'exécution des travaux utiles et nécessaires. Ce faisant, le propriétaire du fonds

---

16. L'abstention du propriétaire du fonds dominant à ce titre ne doit cependant pas conduire à une aggravation de la servitude (art. 1186 C.c.Q.).

servant réduit, d'une part, la fréquence des incursions du bénéficiaire de la servitude et cantonne, d'autre part, ce dernier dans le strict exercice des actes correspondant à l'objet de la servitude. L'obligation accessoire de faire en matière de servitudes représente donc une forme d'accommodement susceptible d'avantager l'un comme l'autre des deux propriétaires suivant le contexte dans lequel s'inscrit l'établissement d'une charge sur l'héritage de l'un au bénéfice de l'héritage de l'autre.

## **2. LA NATURE ET LES CARACTÈRES PARTICULIERS DE L'OBLIGATION ACCESSOIRE DE FAIRE D'UNE SERVITUDE**

Considérée à juste titre comme l'exemple parfait d'une obligation *propter rem*<sup>17</sup>, c'est-à-dire d'une obligation due en raison non pas d'une chose, mais plus exactement du droit détenu dans une chose, l'obligation accessoire de faire d'une servitude se définit dès lors comme celle à laquelle le débiteur est tenu en sa seule qualité de propriétaire du fonds servant<sup>18</sup>.

Les attributs particuliers de l'obligation *propter rem* sont, d'une part, que le transfert du droit dans la chose emporte en même temps *transmission* de la dette et, d'autre part, que l'*abandon* du droit dans la chose libère le débiteur, ce que traduit parfaitement l'article 1185 C.c.Q. pour l'obligation accessoire de faire en matière de servitudes. Il y a là une situation assez exceptionnelle pour deux raisons. Premièrement, une dette est en principe intransmissible à titre particulier parce que rigoureusement attachée à la personne du débiteur et de son patrimoine qui en répond<sup>19</sup>. Deuxièmement, un débiteur ne peut normalement pas s'affranchir de la dette rattachée à sa personne en abandonnant la propriété d'un bien<sup>20</sup>.

---

17. Expression signifiant, au sens littéral des termes la composant, « à cause de la chose » ; de *propter* c.-à-d. « à cause de, en raison de » et de *res*, c.-à-d. « chose ».

18. S. NORMAND, préc., note 1, p. 37.

19. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd, t. 2, « Obligations – Biens », Paris, Montchrestien, 1962, p. 12-13. Ce n'est toutefois pas le cas de la créance, dont la transmission est organisée (art. 1637 à 1646 C.c.Q.).

20. La faculté d'abandon appartient normalement au régime des droits réels. S. NORMAND, préc., note 1, p. 40-41 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 3. *Les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1969, p. 42-43 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1969, n<sup>o</sup> 278, p. 374 ; A. BRETON, « Théorie générale de la renonciation aux droits réels », (1928) 27 *Rev. trim. dr. Civ.* 261-364.

Les traits distinctifs de l'obligation *propter rem*, tout autant que l'expression « obligation réelle »<sup>21</sup> employée assez généralement comme synonyme, peuvent créer l'illusion que la nature de l'obligation accessoire de faire d'une servitude n'est pas celle d'un droit personnel sous sa face passive, mais plutôt celle d'un droit réel<sup>22</sup>, voire celle d'un droit hybride, à la fois personnel et réel<sup>23</sup>.

Il faut écarter l'idée que l'obligation accessoire de faire d'une servitude constitue un lien de droit qui participe tant de la nature d'un droit personnel que d'un droit réel et qui forme, de ce fait, une nouvelle catégorie de droits patrimoniaux fondamentalement distincte de celle des droits personnels et réels. Le législateur québécois n'a en effet pas reconnu et retenu l'existence d'une catégorie intermédiaire de droits entre celle qui lie une personne à une chose et celle qui lie une personne à une autre. Ces deux catégories de droit forment à elles seules l'arête de notre droit patrimonial parce qu'elles englobent l'ensemble des moyens de tirer service d'une chose ou d'une personne<sup>24</sup>.

À propos de l'obligation *propter rem*, dont l'obligation accessoire de faire d'une servitude n'est que l'une des manifestations possibles, Hassen Aberkane s'exprime comme suit sur la question de fond :

tous les droits doivent se ramener soit à un droit réel, soit à un droit de créance. Pour le savoir, il faut se référer au pouvoir qu'ils concèdent. Selon que ce pouvoir porte sur une chose ou qu'il est dirigé contre une personne, on dit qu'il s'agit d'un droit réel ou d'un droit personnel. Quoi qu'il en soit, ces pouvoirs portent en définitive soit sur une chose, soit sur une personne, et l'on ne conçoit pas l'existence d'un autre élément sur lequel ils pourraient porter. Qu'y a-t-il d'autre que les per-

---

21. L'expression prête à équivoque parce qu'elle réunit deux termes qui s'opposent, qui se contredisent en droit. En réalité, il ne peut s'agir que d'une image destinée à illustrer les caractères particuliers de l'obligation lorsqu'elle est corrélatrice du droit réel.

22. M. KORNPBST, *Étude sur la notion de servitude en droit privé français contemporain*, thèse. Strasbourg, 1936, p. 274 ; *Gourdeau c. Ashby*, 2008 QCCS 5254, par. 81.

23. M. De JUGLART, *Obligations réelles et servitudes en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937, p. 351 ; J. CARBONNIER, préc., note 20, p. 44-45 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes – Les biens*, Paris, Montchrestien, 1980, n° 1001, p. 353.

24. Pour les critiques sur le caractère exhaustif de ces deux catégories de droit, voir : A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 2, refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, Dalloz, 1959, p. 2 à 18.

sonnes et les choses. Tous les droits doivent logiquement se ramener, si ce point de vue est exact, au droit réel ou au droit personnel, et aucune raison ne pourrait faire échapper l'obligation *propter rem* à cette nécessité.<sup>25</sup>

L'obligation accessoire de faire d'une servitude ne peut pas, par ailleurs, être assimilée à un droit réel parce que les traits particuliers qui la caractérisent opèrent un changement dans le *régime* normal des droits personnels sans provoquer pour autant un changement dans leur *nature*<sup>26</sup>. C'est en effet une activité humaine qui est promise par une personne à une autre personne quand le propriétaire du fonds servant accepte de prendre à sa charge les travaux d'entretien et de conservation de la servitude. Le fait que cette prestation positive soit, pour des raisons de convenance, soumise par le législateur à un *régime* proche de celui des droits réels, ne change rien à la réalité : c'est toujours une personne qui est tenue, bien que sa personnalité n'a plus guère d'importance en l'espèce.

Rattachée à la catégorie des droits personnels par le texte même de l'article 1178 C.c.Q., l'obligation accessoire de faire d'une servitude partage donc forcément la nature de cette catégorie de droits<sup>27</sup>, et ce, nonobstant les apparences que lui procure la spécificité des traits tenant à son rattachement accessoire à une servitude. En conclusion, l'obligation accessoire de faire d'une servitude s'ajoute à un droit réel, l'accompagne, *mais n'en fait pas partie intégrante*<sup>28</sup>.

### **3. L'INOPPOSABILITÉ ACTUELLE DE LA CRÉANCE DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT CONTRE LES ACQUÉREURS SUCCESSIFS DU FONDS SERVANT**

Il est vrai que le transfert de propriété du fonds servant entraîne en même temps la *transmission* de l'obligation accessoire de faire qui tend à assurer l'exercice de la servitude. C'est là, nous

25. H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 10.

26. La logique requérant qu'une obligation *propter rem* soit obligatoirement classée soit parmi les droits personnels soit parmi les droits réels, n'exclut pas que cette obligation puisse conserver certains traits particuliers au sein même de la catégorie où elle est rangée. À cet effet, voir : H. ABERKANE, préc., note 25, p. 10.

27. A. WEILL, *Droit civil, « Les biens »*, Paris, Dalloz, 1970, n° 549.

28. Pour la contribution de la maxime *accessorium sequitur principale* à l'élaboration des traits propres à l'obligation accessoire de faire d'une servitude, voir : G. GOUBEAUX, préc., note 20, p. 371-414.

l'avons déjà souligné, l'un des traits incontestés de toute obligation *propter rem*. De façon corrélative, il n'est pas moins certain que la créance du propriétaire du fonds dominant lui permettant d'exiger une prestation positive de son voisin suit le sort du fonds dominant et se transmet avec la propriété de celui-ci<sup>29</sup>. L'un ne peut aller sans l'autre ; pas de créance, pas de dette, et vice-versa. Cela étant, faut-il comprendre et accepter de plus que tous les propriétaires successifs des fonds dominant et servant sont, *ipsa vi legis*<sup>30</sup>, réciproquement liés par la convention dérogatoire qu'évoque l'article 1184 C.c.Q. ? Poser la question soulève le délicat problème de l'opposabilité du lien de droit personnel véhiculé par la convention et considéré tant sous l'angle actif que passif, problème qui ne se pose évidemment pas au sujet des obligations *propter rem* prévues par la loi et dont l'opposabilité découle de la disposition les établissant<sup>31</sup>.

L'opposabilité aux tiers d'un droit d'origine contractuelle s'obtient par sa publication<sup>32</sup>. Pour le publier, ce droit doit être soumis ou admis à la publicité en vertu des articles 2938 à 2940 C.c.Q., c'est à dire qu'il doit constituer soit un droit réel immobilier, soit un transfert d'autorité relatif à un immeuble, soit un droit personnel ou un droit réel mobilier dont la loi prescrit ou autorise *expressément* la publication. Étant non seulement un droit personnel, comme démontré plus haut, mais aussi un droit personnel dont le législateur n'a ni prescrit, ni *expressément* autorisé la publication<sup>33</sup>, il suit, en toute logique, que la créance du propriétaire du fonds dominant contre le propriétaire du fonds servant ne peut tout simplement pas être publiée et, partant, être rendue opposable aux ayants droit à titre particulier de ce dernier.

La conclusion qui précède revêt-elle un caractère définitif ?

---

29. Ce que confirme l'article 1443 C.c.Q.

30. C'est-à-dire, par la force même de la loi.

31. À titre d'exemple, l'obligation de tout propriétaire de rembourser les impenses nécessaires au possesseur (art. 958 C.c.Q.), de consentir au bornage (art. 978 C.c.Q.), de céder le passage au voisin enclavé (art. 997 C.c.Q.), de contribuer à l'entretien, la réparation et à la reconstruction du mur mitoyen (art. 1006 C.c.Q.), du propriétaire du fonds dominant de remettre, à la demande du propriétaire du fonds servant, les lieux en état à la fin de la servitude (art. 1184, al. 1 C.c.Q.).

32. Art. 2941, al. 1 C.c.Q.

33. Contrairement, par exemple, aux droits et obligations prévus à une convention d'indivision (art. 1014 C.c.Q.) ou à ceux résultant d'un bail (art. 1852 C.c.Q.).

Il est sans doute possible d'avancer que la maxime *accessorium sequitur principale*, justifiant tout autant la *transmission* de la servitude que celle de son lien de droit accessoire, dispense de toute formalité relative à la publicité. Ce serait toutefois là confondre la *transmission* d'un droit avec son *opposabilité*. Or, l'article 1182 C.c.Q. réprovoque l'idée d'une pareille confusion. Tout en confirmant l'application de cette maxime, le législateur assujettit l'effet utile et immédiat de la *transmission* de la servitude au respect des dispositions relatives à la publicité des droits. Si la servitude, droit *accessoire* à la propriété du fonds dominant, doit de la sorte être publiée pour être *opposable* aux propriétaires successifs du fonds servant, il est extrêmement difficile de concevoir en vertu de quel principe la *transmission* de la créance *accessoire* de la servitude deviendrait opposable à tout ayant droit à titre particulier du fonds servant sans sa publication. Bref, la distinction fine, mais non moins certaine, entre la *transmission* d'un droit, réel ou personnel, et son *opposabilité* aux tiers ne saurait être ignorée<sup>34</sup> quand elle permet de résoudre le problème à l'étude dans le respect des textes.

Se pourrait-il, néanmoins, que la publication de la servitude emporte, en soi et automatiquement, celle du droit personnel accessoire qui y est rattachée et l'accompagne ? En vérité, il ne peut en être ainsi pour nombre de raisons.

La publicité d'un droit résulte de *l'inscription qui en est faite sur le registre approprié* et non pas de l'inscription de la convention afférente à ce droit<sup>35</sup>. Qui plus est, cette inscription ne vaut *que pour le droit soumis ou admis à la publicité qui est mentionné dans la réquisition d'inscription*<sup>36</sup>. Comme la créance du propriétaire du fonds dominant contre le propriétaire du fonds servant est un accessoire de la servitude et que cette créance ne se confond pas pour autant

34. C'est précisément la distinction qui n'a pas été faite dans l'affaire *Les Cinémas RGMF inc. c. Les immeubles Jean-Robert Grenier inc.* (préc., note 2, par. 60-61) au sujet de l'obligation d'entretenir l'assiette d'une servitude de passage imposée au propriétaire du fonds servant. La servitude, publiée sous forme d'extrait, ne faisait aucunement mention de cette obligation. Cette dernière a malgré tout été déclarée opposable au nouveau propriétaire du fonds servant au simple motif qu'elle constituait, à l'instar de toute obligation *propter rem*, une « charge réelle » à laquelle était tenu tout propriétaire en cette seule qualité. Mal fondé en droit, ce jugement déclaratoire a été mal accueilli : F. FRENETTE et F. BROCHU, « Revue sélective de jurisprudence 2008 – Biens », (2009) 111 *R. du N.* 31, p. 45-47 ; P. DUCHAINE, « L'extrait mis sur le même pied que le sommaire... et plus encore ! », *Entracte*, (2008) 17(3) 13.

35. Art. 2934, al. 1 C.c.Q.

36. Art. 2934.1, al. 2 C.c.Q.

avec le droit réel immobilier qu'est la servitude<sup>37</sup>, il n'apparaît pas possible d'admettre que la publication de la servitude emporte *ipso facto* celle de ladite créance qui, elle, ne peut pas être mentionnée dans la réquisition d'inscription faute d'être un droit soumis ou admis à la publicité. Intensifier exagérément le lien unissant la créance à la servitude conduit, au demeurant, à élever l'obligation accessoire de faire du propriétaire du fonds servant au niveau du principal et à violer, par voie de conséquence, l'interdit édicté par l'article 1177 C.c.Q. d'ériger en servitude une activité humaine. L'hypothèse d'une publication par ricochet doit donc être rejetée.

Soucieux avant tout de relever et de décrire les particularités de l'*obligation* accessoire de faire d'une servitude et induits par ces particularités à croire à la nature réelle ou quasi réelle de ce genre d'*obligation*, nos juges et nos auteurs ont clairement omis de se questionner sur l'opposabilité de la *créance* du propriétaire du fonds dominant. Cette opposabilité est soit présumée du fait de la transmission, exceptionnelle en l'espèce, de la *dette* à l'ayant droit à titre particulier du propriétaire du fonds servant<sup>38</sup>, soit justifiée par des raisons qui ne cadrent pas avec les règles afférentes à la publicité des droits<sup>39</sup>. Or, notre analyse démontre non seulement que l'opposabilité de la *créance* du propriétaire du fonds dominant contre un nouvel acquéreur du fonds servant ne peut en aucune façon se présumer, mais qu'elle ne peut même pas s'opérer sur la base du droit existant en matière de publicité des droits. Ce constat place le propriétaire du fonds dominant dans une situation peu enviable et il faut maintenant s'interroger sur les mesures susceptibles soit d'en atténuer la rigueur, soit de parer de façon complète à son inconvénient.

37. Il en est de même pour la servitude qui, étant un droit accessoire de la propriété du fonds dominant, ne peut être confondue avec le droit de propriété dans ce fonds.

38. Il en est ainsi pour tous les auteurs cités à la note 1 ci-dessus. Il en est de même dans les arrêts suivants où il y avait eu mutation de propriété pour le fonds dominant ou servant, voire pour les deux : *Létourneau c. Létourneau*, [1970] C.A. 40 ; *Guerrero c. Gervais*, [1989] R.D.I. 104 (C.S.) ; *Thivierge c. Lapointe*, [1994] R.D.I. 434 (C.S.) ; *Éthier c. Vallières*, J.E. 2000-1366 (C.S. Joliette, 13 juin 2000). La question de l'opposabilité de l'obligation accessoire de faire d'une servitude manque par ailleurs de pertinence dans les arrêts ci-après mentionnés parce que le litige avait lieu entre les signataires de l'acte de servitude ou entre le propriétaire du fonds dominant et le légataire universel du propriétaire du fonds servant : *Simard c. Lapointe*, [1987] R.D.I. 194 (C.P.) ; *Gourdeau c. Ashby*, 2008 QCCS 5254 ; *Ferme Île-aux-noix inc. c. Denicourt-Lord*, [2008] R.D.I. 1 (C.A.).

39. *Les Cinémas RGMF inc. c. Les immeubles Jean-Robert Grenier inc.*, préc., note 2, par. 60-61.

#### 4. LES MESURES APTES À RÉDUIRE OU ÉCARTER LE RISQUE COURU PAR LE PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT

Il sied, d'entrée de jeu, de signaler que l'article 555 C.c.B.-C. laissant entrevoir l'existence et la licéité de l'obligation accessoire de faire d'une servitude date de 1866 et précède de beaucoup les interventions législatives de 1888<sup>40</sup> et 1916<sup>41</sup> concernant l'enregistrement des servitudes. En 1866, la question de l'opposabilité d'une servitude et du droit accessoire à une prestation active pouvant y être rattachée ne se posait donc pas. Par la suite, à partir de 1888, l'attention des juristes était retenue par l'opposabilité de la servitude elle-même et non pas par celle du droit personnel accessoire y étant rattaché et dont le sort paraissait réglé, pour ce qui avait trait à sa face passive, par le jeu de transmission propre à une obligation *propter rem*. Comme l'article 1185 C.c.Q. n'est qu'une reprise à peine modifiée de l'article 555 C.c.B.-C., l'œuvre de recodification en ce domaine donne ainsi l'impression d'avoir été poursuivie sans que le lien nécessaire entre les articles 1177-1178 C.c.Q. et les articles 1182, 2934, 2938-2940 C.c.Q. ait été perçu.

Le propriétaire du fonds dominant dispose de peu de moyens pour se prémunir *efficacement* contre l'inopposabilité de sa créance afférente à une prestation positive à l'égard de l'ayant droit à titre particulier du propriétaire du fonds servant.

Le recours à l'hypothèque apparaît comme un remède excessif. Cette sûreté classique soumise à la publicité<sup>42</sup>, en supposant même qu'elle soit accordée, réduirait indûment les chances de tout acquéreur éventuel du fonds servant d'obtenir un financement hypothécaire à l'achat.

Astreindre le propriétaire du fonds servant à l'obligation de faire endosser par son ayant droit à titre particulier la charge qui lui est imposée par le titre de servitude procure, par ailleurs, un secours aussi faible que temporaire. En effet, le droit au respect de cette nouvelle obligation ne peut être publié<sup>43</sup> et donne tout au plus

40. S.R.Q. 1888, art. 5834, pourvoyant à l'ajout de l'article 2116a au C.c.B.-C.

41. *Loi modifiant le Code civil au sujet de l'enregistrement de certaines servitudes*, S.Q. 1916, c. 34, art. 1, pourvoyant à l'ajout de l'article 2116b au C.c.B.-C.

42. Art. 2663 C.c.Q.

43. Cette créance ne constitue pas un droit personnel soumis ou admis à la publicité en vertu des articles 2938 à 2940 C.c.Q. ou de toute autre disposition expresse de la loi.

ouverture à une éventuelle poursuite en dommages-intérêts contre le vendeur du fonds servant ayant initialement souscrit l'engagement ou contre le propriétaire subséquent qui, ayant lui-même assumé la charge afférente à l'entretien et la conservation de la servitude, a par après fait défaut de la faire endosser par son successeur.

Il reste la possibilité, pour le propriétaire du fonds dominant, d'exiger et d'obtenir du propriétaire du fonds servant, accessoirement tenu à l'exécution d'une prestation positive, qu'il renonce à son droit d'abandonner tout ou partie de son immeuble pour s'affranchir de la charge. Cette renonciation n'a rien de contraire à l'ordre public. Elle se distingue de l'acte même de l'abandon de propriété et s'analyse, de ce fait, en un simple engagement de la part du propriétaire du fonds servant à ne pas se prévaloir de la faculté que lui réserve l'article 1185 C.c.Q. C'est dire que le propriétaire du fonds dominant bénéficie, cette fois encore, seulement d'un droit de créance qui, faute de pouvoir être publié<sup>44</sup>, lui permettra de poursuivre en dommages-intérêts uniquement le propriétaire du fonds servant ayant personnellement souscrit l'engagement. Les ayants droit de ce dernier seront, pour leur part, toujours libres de faire acte d'abandon s'ils le souhaitent.

L'insuffisance des mesures ci-dessus examinées conduit à la nécessité d'une intervention législative pour que la pérennité d'un arrangement entre deux fonds voisins ou avoisinants, obtenue par voie de publication d'une servitude, puisse s'étendre également à une prestation accessoire de faire stipulée au titre même de la servitude pour en régler l'exercice. Cette intervention permettrait de corriger l'oubli, bien involontaire, survenu dans le cadre du processus de la révision et de l'adoption du *Code civil du Québec*.

Or, il se trouve que le ministère de la Justice a déjà reconnu en 2013, à la suite d'observations de la Chambre des notaires du Québec, qu'il y avait une lacune en matière d'opposabilité de la créance accessoire du propriétaire du fonds dominant lui permettant d'exiger une prestation positive du propriétaire du fonds servant. Deux dispositions visant à remédier à la situation avaient donc été introduites à la version préliminaire du Projet de loi n° 35 portant modifications au Code civil du Québec<sup>45</sup>. L'une, par l'ajout d'un ali-

44. Cette créance ne constitue pas un droit personnel soumis ou admis à la publicité en vertu des articles 2938 à 2940 C.c.Q. ou de toute autre disposition expresse de la loi.

45. Préc., note 3.

néa à l'article 1178 C.c.Q., assujettissait à la publication le droit du propriétaire du fonds dominant à la prestation de faire du propriétaire du fonds servant pour qu'il devienne opposable aux tiers<sup>46</sup>. L'autre, par voie d'une règle de droit transitoire, considérait comme valablement publié tout droit du propriétaire du fonds dominant à tel genre de prestation stipulée dans un acte de servitude publié avant la date d'entrée en vigueur du Projet de loi<sup>47</sup>.

Pour des raisons malheureusement demeurées obscures et à propos desquelles il est aujourd'hui inutile de spéculer, les deux modifications envisagées ont toutefois été retirées du Projet de loi avant son adoption. La pertinence de chacune de ces mesures n'est pas moins certaine à notre avis et il est éminemment souhaitable qu'un nouvel effort soit fait pour leur donner force de loi<sup>48</sup>. Il ne s'agit pas seulement d'éviter les procès que suscitera inéluctablement la poursuite indue du débat sur la question de fond, mais aussi de permettre à des propriétaires, lors de l'établissement d'une servitude, d'aménager leurs rapports quant à l'exercice de celle-ci de manière à ce qu'ils perdurent tout autant que la servitude elle-même. Cet aménagement des rapports peut se présenter tant dans le cadre d'une servitude de passage<sup>49</sup>, sans doute le cas le plus fréquent, que dans celui d'une servitude de stationnement<sup>50</sup>, d'une servitude de prospect<sup>51</sup>, d'une servitude de prise d'eau et d'aqueduc<sup>52</sup>, d'une servitude dite « écologique »<sup>53</sup>, etc. S'il est éminemment souhaitable que

46. « **28.** Le droit du propriétaire du fonds dominant à la prestation de faire du propriétaire du fonds servant doit être publié au registre foncier pour être opposable aux tiers. »

47. « **42.** Le droit du propriétaire du fonds dominant à une prestation de faire stipulée dans un acte publié antérieurement au (*indiquer ici la date d'entrée en vigueur du présent article*) est considéré avoir été valablement publié dès lors que le droit à telle prestation figure à l'acte ainsi publié. »

48. Avec, auparavant, de petites retouches néanmoins et un ajout à la première phrase de l'article 1182 C.c.Q. pour indiquer que les mutations de propriété ne portent pas davantage atteinte à l'obligation accessoire de faire du propriétaire du fonds servant rattachée à la servitude.

49. Confection, entretien et réparation de l'assiette de passage à la charge complète ou partielle du propriétaire du fonds servant.

50. Dénéigement de l'emplacement du stationnement à la charge du propriétaire du fonds servant.

51. Coupe et taille par le propriétaire du fonds servant des arbres, arbustes et haies sur son lot qui peuvent gêner la vue dont bénéficie le fonds dominant.

52. Exécution et entretien des ouvrages pour capter et conduire l'eau à la charge complète ou partielle du fonds servant.

53. Travaux de protection de l'environnement et de la faune du fonds servant à la charge du propriétaire de ce fonds, ce dernier étant tenu, à titre d'exemple, de faire des coupes d'arbres, de traiter les arbres contre les maladies, de récurer un (à suivre...)

la servitude réelle joue un rôle significatif en matière, notamment, de planification environnementale, encore faut-il que la transmission et l'opposabilité des créances accessoires permettant d'exiger une prestation active du propriétaire du fonds servant soient assurées d'une façon aussi certaine que pour les obligations *propter rem* à la charge du propriétaire d'un bien-fonds doté du statut de réserve naturelle reconnue en vertu de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*<sup>54</sup>.

### CONCLUSION

L'obligation accessoire de faire d'une servitude représente une facette négligée du droit des biens, ce qui a nui à sa bonne intelligence et favorisé certaines dérives. Cette situation peut, bien entendu, être corrigée et la tâche, à ce chapitre, incombe d'abord à nos auteurs. Il importerait cependant, avant une mise à jour de la doctrine québécoise sur le sujet, que nos tribunaux n'aient pas inutilement maille à partir avec la délicate question de l'opposabilité de la créance du propriétaire du fonds dominant contre le propriétaire du fonds servant tenu par contrat à la bonne exécution d'une obligation accessoire de faire de la servitude établie. Et cela ne se peut, évidemment, sans une prochaine intervention législative liant, en matière d'opposabilité, le sort de deux droits accessoires : la servitude, droit accessoire de la propriété du fonds dominant, et le droit accessoire de la servitude en vertu duquel le propriétaire du fonds dominant peut exiger une prestation positive du propriétaire du fonds servant.

---

(...suite)

étang et les canalisations l'alimentant, d'entretenir les berges d'un ruisseau, etc. Pour en étendre la portée et en augmenter l'efficacité, une servitude de ce type peut être établie à titre réciproque entre deux fonds, voire réciproquement entre plusieurs fonds lorsque ces fonds forment un milieu dont l'ensemble mérite protection.

54. RLRQ, c. 61.01. La réserve naturelle reconnue est le statut particulier rattaché à un immeuble du secteur privé par décision du ministre de l'Environnement. Cette décision requiert au préalable l'approbation du plan de conservation présenté par le propriétaire de cet immeuble en vue de la sauvegarde de ses traits saillants sur le plan biologique, écologique, faunique, floristique, géologique, géomorphologique ou paysager. La décision exige également la conclusion d'une entente entre le ministre et le propriétaire ou la ratification par le ministre de l'entente intervenue entre le propriétaire et un organisme de conservation à but non lucratif. L'entente conclue ou ratifiée fixe les modalités de conservation de l'immeuble et lie, à perpétuité ou pour une durée déterminée, tous les propriétaires successifs de celui-ci. Le ministre veille lui-même à l'inscription de l'entente au registre foncier. Pour en savoir davantage, lire : F. FRENETTE, « *La Loi sur la conservation du patrimoine naturel* : un simple aperçu des mesures de protection édictées et de leur impact sur la pratique notariale », (2005) 107 R. du N. 413, p. 431-439.