

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT DES BIENS

Mathieu Devinat

Volume 123, numéro 1, 2021–2022

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2020

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1088961ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1088961ar>

[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. (2021). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT DES BIENS. *Revue du notariat*, 123(1), 63–104. <https://doi.org/10.7202/1088961ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT DES BIENS

Mathieu DEVINAT*

INTRODUCTION	65
1. L’extinction d’un usufruit par consolidation : peut-on être usufruitier d’un bien dont on est également propriétaire en indivision ?	66
2. La validité des servitudes de restriction d’usage : un régime à géométrie variable	71
2.1 La Cour d’appel restreint les servitudes de restriction d’usage qui limitent certaines activités commerciales	72
2.2 La Cour supérieure confirme les servitudes de restriction d’usage à des fins résidentielles et invalide une servitude discriminatoire	79
2.2.1 « L’acquéreur et ses représentants ne pourront disposer ou louer ledit lot à des personnes de race juive »	80

* Professeur, Faculté de droit de l’Université de Sherbrooke. L’auteur tient à remercier la professeure Alexandra Popovici, de l’Université de Sherbrooke, et la professeure Gaële Gidrol-Mistral, de l’Université du Québec à Montréal, pour leurs commentaires pertinents et constructifs à l’égard d’une version antérieure de ce texte. L’auteur tient également à remercier le professeur Pascal Fréchette, de l’Université de Sherbrooke, pour ses observations judicieuses à l’égard de la décision *Zhang c. Bell Canada*, 2018 QCCA 1582 (partie 5), et Maxime Leblanc, étudiant à la Faculté de droit, pour les discussions sur certains sujets abordés dans la présente chronique.

2.2.2	« L'acquéreur ou ses représentants ne pourront exploiter sur ledit lot aucun commerce d'aucun genre » et « L'acquéreur et ses représentants ne pourront ériger sur ledit immeuble qu'une seule résidence »	82
3.	Une servitude rédigée sans fonds dominant : les mêmes clauses ne produisent pas toujours les mêmes effets . . .	85
4.	Le droit d'échelage : un droit d'accès aux vocations multiples.	89
5.	La propriété superficielle peut-elle naître d'un jugement ? .	94
6.	La Cour suprême se prononce sur l'interprétation de servitudes légales	99
	CONCLUSION	103

INTRODUCTION

On pourrait s'étonner que le contentieux judiciaire de la dernière année en droit des biens ait pu évoluer en dehors des bouleversements provoqués par la pandémie et qu'aucune décision abordée ne soit liée, de près ou de loin, à cette question d'actualité qui a certainement eu une incidence sur les autres domaines du droit. En réalité, les décisions examinées dans le cadre de la présente chronique reflètent le caractère pérenne de certaines questions auxquelles les tribunaux sont confrontés dans le domaine du droit des biens. Cette année encore, plusieurs décisions portent sur l'interprétation des servitudes, avec cette fois un arrêt de principe de la Cour d'appel sur les soi-disant servitudes de non-concurrence et un arrêt de la Cour suprême du Canada portant sur les servitudes nées de l'effet de la loi.

En fait de nouveauté, on trouvera deux décisions de la Cour d'appel qui, paradoxalement, abordent deux institutions anciennes. La première traite de la notion de « consolidation » en matière d'usufruit, un sujet qui n'a manifestement pas attiré l'attention de la doctrine québécoise, mais qui soulève des questions et des enjeux susceptibles d'avoir une incidence sur le régime des autres démembrements du droit de propriété. La seconde porte sur le droit d'échelage, qui a été formellement reconnu par le législateur québécois lors de la recodification et n'avait pas, jusqu'à présent, fait l'objet d'un examen approfondi par la Cour d'appel. Comme nous pourrions le constater, celle-ci a délimité la portée du droit d'accès sur le fonds d'autrui prévu à l'article 987 du Code civil.

Le lecteur averti notera que certaines décisions commentées ont été rendues bien avant l'année 2020. Elles auraient vraisemblablement dû être commentées plus tôt, mais la chronique précédente se limitait aux décisions les plus importantes rendues par les tribunaux depuis les 25 dernières années, en hommage au quart de siècle s'étant écoulé depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Nous avons donc profité de cette tribune pour aborder l'affaire *Zhang c. Bell Canada* qui, à défaut d'être rangée dans le panthéon des décisions les plus marquantes, mérite néanmoins que l'on s'y attarde, car la Cour d'appel admet, pour la première fois

nous semble-t-il, la création d'une propriété superficière par l'effet d'un jugement, à titre de restitution par équivalent.

1. L'extinction d'un usufruit par consolidation : peut-on être usufruitier d'un bien dont on est également propriétaire en indivision ?

L'usufruit est-il consolidé lorsque son titulaire, l'usufruitier, est également nu-propiétaire en indivision du bien qui en fait l'objet ? C'est la question qu'a dû trancher la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Papadakis c. Papadakis*¹, et la réponse qu'elle va y apporter est susceptible d'avoir une portée plus large que pour le simple domaine de l'usufruit. En effet, le principe selon lequel nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose (*nemini res sua servit*) se trouve consacré par le *Code civil du Québec* pour l'ensemble des démembrements nommés². À l'égard de l'usufruit, c'est le paragraphe 1162(3) C.c.Q. qui prévoit l'extinction de ce droit réel par « la réunion des qualités d'usufruitier et de nu-propiétaire dans la même personne / *the union of the qualities of usufructuary and bare owner in the same person* »³. Le mode d'extinction par consolidation, outre pour les démembrements, est également prévu pour la propriété superficière, modalité du droit de propriété⁴, ainsi que pour les obligations, par le jeu de la confusion⁵. Bien qu'il aborde la consolidation dans le contexte d'un usufruit, l'arrêt *Papadakis c. Papadakis* est également susceptible d'avoir une incidence sur ces différentes applications du mécanisme de la consolidation de droits.

Les faits de l'affaire sont relativement simples. Dans un testament, une mère lègue la propriété indivise d'un immeuble à ses deux

1. *Papadakis c. Papadakis*, 2020 QCCA 946.

2. Voir, en matière de servitude, le par. 1191(1) C.c.Q.; en matière d'emphytéose, le par. 1208(4) C.c.Q. Le même principe est vraisemblablement applicable pour les droits de jouissance innommés. Sous l'ancien code, voir : Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien*, tome 3, Montréal, Théoret, 1896, p. 172; *Hand c. Pirozynski*, EYB 1979-136862, J.E. 79-216.

3. Sous le *Code civil du Bas Canada*, l'al. 479(3) formulait le principe de la manière suivante : « Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire [...] / *By the confusion or reunion in one person of the two qualities of usufructuary and of proprietor* [...] »

4. Par. 1114(1) C.c.Q. Elle est implicitement une cause d'extinction de l'indivision (art. 1010 C.c.Q.).

5. Art. 1683 C.c.Q. L'expression « consolidation » est généralement réservée à la réunion du statut de propriétaire et de titulaire d'un droit réel sur un même bien, tandis que l'expression « confusion » est employée lorsque sont réunis les statuts de débiteur et de créancier.

héritiers et crée, sur ce même immeuble, un usufruit viager au profit de l'un d'eux seulement. Privé des avantages économiques de l'immeuble, l'héritier nu-propriétaire dépose une demande à la Cour supérieure en vue de déclarer éteint le droit d'usufruit du cohéritier, en vertu du paragraphe 1162(3) C.c.Q.⁶.

L'héritier nu-propriétaire s'appuie sur une interprétation littérale de la disposition, puisque le Code civil prévoit explicitement que l'usufruit s'éteint lorsque les qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire sont réunies « dans la même personne ». Étant donné que le testament prévoyait que la même personne devenait usufruitière et nue-propriétaire, même si cette nue-propriété était tenue en indivision⁷, on aurait pu conclure que les conditions de la consolidation étaient remplies. Cette lecture du Code civil aurait été également conforme à l'article 479 C.c.B.C., qui prévoyait l'extinction de l'usufruit lorsque les mêmes qualités étaient réunies sur « la même tête »⁸. L'usufruitier étant à la fois le titulaire d'un démembrement du droit de propriété et nu-propriétaire, on devrait considérer que son droit s'est éteint par consolidation⁹ et que l'immeuble reviendrait en pleine propriété aux héritiers nus-propriétaires¹⁰. Si elles avaient été suivies, les prétentions de l'appelant auraient entraîné l'extinction de l'usufruit, et celui-ci aurait pu recouvrer la plénitude de son droit de propriété sur l'immeuble, en concurrence avec le cohéritier indivisaire, bien entendu.

La Cour d'appel rejette l'appel en s'appuyant sur un certain nombre de motifs qui méritent d'être examinés tour à tour.

6. *Papadakis c. Papadakis*, C.S. Montréal, n° 500-17-098368-171, 8 mars 2019, Blanchard, j.c.s.

7. En tant que modalité, l'indivision n'est qu'une manière d'être du droit qui en est l'objet, elle n'en modifie pas la nature. Appliquée à l'espèce, le nu-propriétaire en indivision doit être considéré comme un « nu-propriétaire ».

8. *Papadakis c. Papadakis*, préc., note 1, par. 15.

9. En principe, on ne peut être titulaire d'un démembrement du droit de propriété sur un bien qui nous appartient. Le par. 1162(3) C.c.Q. est en quelque sorte le corollaire de l'art. 1182 C.c.Q., qui définit l'usufruit comme le « le droit d'user et de jouir, pendant un certain temps, d'un bien dont un autre a la propriété » (nos soulèvements).

10. *Papadakis c. Papadakis*, préc., note 1, par. 30 : « Or, s'il fallait retenir l'argument de l'appelant en l'espèce, l'intimé perdrait des droits. En effet, ce dernier, à la suite de l'extinction de son droit d'usufruit, ne deviendrait que propriétaire indivis de l'immeuble avec l'appelant, perdant ainsi l'exclusivité de l'*usus* et du *fructus* du bien, sans toutefois en acquérir l'intégralité de l'*abusus*. Dans un tel cas, il ne détiendrait plus le droit exclusif de demeurer dans la résidence sa vie durant, à seule charge de l'entretenir et de payer les taxes [...]. »

Tout d'abord, la Cour laisse entendre que l'argument des appelants est « fondé [...] sur le libellé d'une disposition qui n'est plus en vigueur », en l'occurrence l'article 479 C.c.B.C.¹¹. Or, il nous apparaît que la règle édictée au paragraphe 1162(3) C.c.Q. correspond, malgré sa formulation différente, à celle exprimée à l'article 479 C.c.B.C. Même si l'une est concrète et l'autre abstraite, « sur la même tête » et « dans la même personne » sont deux expressions qui évoquent une même idée : une même *personne* (ou, plus précisément, son *patrimoine*) doit être titulaire du droit d'usufruit et du droit de propriété. Cet argument ne nous apparaît donc pas déterminant ou convaincant sur ce point.

Ensuite, la Cour d'appel rejette la prétention des appelants en invoquant le régime applicable aux autres institutions juridiques pour lesquelles la consolidation a également un effet extinctif. L'analogie avec les régimes juridiques applicables aux autres démembrements du droit de propriété et la confusion en droit des obligations permet de mettre en évidence un fondement commun à ce mode d'extinction des droits patrimoniaux : on ne peut avoir une charge réelle à l'égard d'un bien dont on est propriétaire (*nemini res sua servit*) et, dans le domaine des obligations, on ne peut être à la fois créancier et débiteur de soi-même¹². C'est en raison de ce même fondement que la Cour d'appel a tenu compte de commentaires doctrinaux et de la jurisprudence portant sur d'autres institutions juridiques pour résoudre la question qui lui a été soumise. Or, en matière de servitudes tout particulièrement, il est admis que le propriétaire indivisaire d'un fonds peut établir une servitude ou en profiter à l'égard d'un autre fonds dont il est l'unique propriétaire¹³ :

11. *Papadakis c. Papadakis*, préc., note 1, par. 16.

12. Voir : Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 1086 : « [en matière de confusion, une] personne se trouve alors être à la fois créancière et débitrice d'elle-même, ce qui contrevient à la nécessaire altérité entre créancier et débiteur en tant qu'élément constitutif d'une obligation (art. 1371 C.c.Q.). »

13. *Papadakis c. Papadakis*, préc., note 1, par. 24-25 :

[24] L'auteur Denys-Claude Lamontagne abonde dans le même sens quant à l'extinction des servitudes par confusion :

[633] La servitude est éteinte par confusion ou consolidation lorsque la propriété des fonds dominant et servant se trouve réunie dans le même patrimoine par suite d'une vente, d'un legs, d'un partage, etc. [...]

[25] L'auteur Pierre-Claude Lafond exprime la même idée de la façon suivante : 2136 – La consolidation n'opère extinction de la servitude qu'en autant que l'unicité de propriété soit réalisée. Elle exige la réunion de la *pleine propriété* des deux fonds dans la même main. [...] » (références omises).

(à suivre...)

l'extinction n'opère que lorsque les droits complémentaires se trouvent intégralement dans un même patrimoine. Si on transpose le principe en matière d'usufruit, il aurait fallu que l'usufruitier soit l'unique propriétaire du bien pour qu'opère la consolidation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce¹⁴.

Si la décision présente un intérêt indéniable en matière d'usufruit, sa portée à l'égard des différentes institutions juridiques évoquées plus haut mérite d'être soulignée. En limitant la portée de la consolidation aux seuls cas où il n'y a qu'un seul et même titulaire des deux droits, un droit réel de jouissance et celui de propriétaire, la Cour d'appel a formulé une solution qui confirme le régime applicable aux servitudes et qui est susceptible d'être transposée aux régimes de l'emphytéose, du droit d'usage, des droits de jouissance innommés, en raison notamment de la formulation du Code civil qui est sensiblement la même pour l'ensemble de ces institutions.

En revanche, bien que séduisante, l'analogie avec le régime de la servitude et des autres démembrements du droit de propriété doit être maniée avec précaution, car elle ne tient pas compte de certaines particularités de la consolidation en matière d'usufruit. D'une part, à la différence de la formulation législative retenue pour les

(...suite)

Pour un exemple en matière de servitude, voir : *Lépine c. Degré*, 2009 QCCS 277. Toujours dans *Papadakis*, la Cour d'appel cite également des auteurs en droit des obligations :

[27] Enfn, les auteurs Baudouin, Jobin et Vézina expriment quant à eux l'opinion qui suit à propos de l'extinction des démembrements du droit de propriété par confusion, dont l'usufruit :

[...] La confusion éteint également certains droits réels nés d'un démembrement du droit de propriété. Tel est le cas en matière de servitude, lorsque le fonds servant et le fonds en faveur duquel elle a été créée sont réunis entre les mains d'un même propriétaire (art. 1191(1^o) C.c.Q. La même logique s'applique lorsque survient la réunion de la qualité de propriétaire et celle d'usufruitier (art. 1162(3^o) C.c.Q.) ou d'emphytéote (art. 1208(4^o) C.c.Q.). » (*Ibid.*, par. 27 (références omises)).

En droit français, voir : Jamel DJOUDI, *Répertoire de droit civil*, « Servitudes », Paris, Dalloz, 2019, par. 17; Frédéric ZÉNATI, « Extinction des servitudes par confusion », *RTD Civ.* 1997.460.

14. Compte tenu du fait que « [l]'usufruitier et [...] l'appelant sont nus-propriétaires indivis », la Cour d'appel conclut, en toute logique, qu'« il n'y a [...] pas d'identité intégrale de personne et de patrimoine, ou de confusion, au sens où le législateur l'a voulu au paragraphe 1162(3^o) C.c.Q. » (*Papadakis c. Papadakis*, préc., note 1, par. 28). Sous une forme un peu différente, elle affirme aussi que, pour qu'il y ait consolidation, il serait nécessaire que « l'entière des attributs de ce droit et de ceux de la nue-propriété [soient] réunis dans une seule et même personne » (*ibid.*, par. 18 (soulignement de la Cour)).

autres institutions indiquées plus haut, l'extinction du droit en matière d'usufruit n'opère que « sous réserve des droits des tiers »¹⁵. D'autre part, la réunion intégrale des droits d'usufruit et de nue-propriété dans une même personne ne provoque pas, dans tous les cas, l'extinction de l'usufruit. Par exemple, dans le cadre d'un usufruit viager, le nu-propriétaire qui se verrait céder les droits de l'usufruitier disposera conjointement des droits d'usufruit et de nue-propriété qui ne se consolideront en un droit plein et entier de propriété qu'à l'arrivée du terme. Le même raisonnement serait applicable en présence d'un usufruit établi au profit de plusieurs personnes de manière successive : même si l'un des usufruitiers est également nu-propriétaire, l'usufruit ne prendra fin qu'« avec le décès du dernier usufruitier ou avec la dissolution de la dernière personne morale » (art. 1166 C.c.Q.). Dans ce cas, le titulaire des droits de nue-propriété et d'usufruit peut exercer conjointement les droits rattachés à l'un ou l'autre de ses prérogatives, sans pour autant les éteindre par voie de consolidation. Comme l'écrit M^e Benoît Losfled : « le titulaire des droits consolidés, s'il dispose de l'ensemble des prérogatives reconnues à un plein propriétaire, ne bénéficie pas en revanche de la qualité de plein propriétaire ». Même si tous les droits se trouvent dans un même patrimoine, la personne qui est à la fois usufruitière et nue-propriétaire reste soumise aux conditions établies dans l'acte d'usufruit, ainsi qu'aux restrictions qui lui sont inhérentes¹⁶.

Enfin, en arrivant à la conclusion que l'usufruit n'a pas fait l'objet d'une consolidation, la Cour d'appel soulève néanmoins une question qui reste sans réponse, n'ayant pas été évoquée par les appelants : la consolidation aurait-elle pu être considérée comme partielle¹⁷ ? Aurait-on pu conclure que l'usufruitier nu-propriétaire indivis deviendrait, par l'effet d'une telle consolidation, propriétaire

15. Par. 1162(3^o) C.c.Q. La même réserve est formulée dans le cadre de la propriété superficielle (par. 1114(1^o) C.c.Q.).

16. Telle que l'obligation de conserver la substance et la destination du bien.

17. *Papadakis c. Papadakis*, préc., note 1, par. 34-35 :

[34] Cela étant dit, la question théorique pourrait se poser à savoir si l'usufruit de l'intimé pourrait n'être éteint que partiellement, par confusion avec sa qualité de nu-propriétaire indivis de l'immeuble et sur sa seule partie indivise, un peu à l'image de l'extinction partielle d'une dette solidaire découlant de la confusion partielle des qualités de créancier et de débiteur prévue à l'article 1685 C.c.Q.

[35] Or, la Cour ne saurait trancher cette question par le présent arrêt, l'appelant ne l'ayant pas requis dans sa déclaration d'appel ou son mémoire, même à titre subsidiaire, les mémoires des parties étant muets à ce sujet et leurs avocats, celle de l'intimé particulièrement, n'ayant pu préparer et faire d'observations utiles. »

en proportion de sa part, tout en laissant subsister le démembrement pour l'indivisaire nu-propiétaire¹⁸ ? Si la Cour d'appel devait admettre ce résultat, il faudrait définir jusqu'à quel point l'usufruit encadrerait les prérogatives exercées par l'usufruitier devenu propriétaire indivis.

2. La validité des servitudes de restriction d'usage : un régime à géométrie variable

En raison de l'alinéa 1177(2) du Code civil, les servitudes peuvent avoir pour objet de restreindre l'usage que le propriétaire peut faire de son fonds en l'obligeant à « s'abstenir d'exercer certains droits inhérents à la propriété ». Grâce à ce mécanisme, le propriétaire d'un fonds dominant peut ainsi imposer aux propriétaires actuels et futurs d'un fonds servant des restrictions qui les empêchent d'exercer pleinement leur droit de propriété¹⁹. Le propriétaire de plusieurs lots contigus est parfois tenté, au moment de la vente de l'un d'eux, d'imposer à l'acheteur des servitudes de restriction d'usage sur l'immeuble vendu²⁰. Le Code civil étant silencieux sur le type d'usage pouvant être restreint, il revient aux tribunaux, éclairés par la doctrine, de déterminer les caractéristiques auxquelles ces restrictions doivent répondre pour être constitutives de servitudes réelles. Les décisions commentées font intervenir différents types de clauses ayant pour objet de limiter certains usages d'un immeuble. Dans la première décision, *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*²¹, il est question de la validité de clauses de non-concurrence qui sont souvent utilisées en matière commerciale pour assurer la viabilité de certains investissements

-
18. L'hypothèse est expressément envisagée par M^e Benoît LOSFELD, « La consolidation. Réflexions sur un mode particulier d'extinction de l'usufruit », *RTD Civ.* 2007.1, par. 37 : « lorsque l'usufruitier acquiert la nue-propiété d'un bien en indivision avec d'autres personnes, il pourra opérer la consolidation sur sa seule part indivise, le démembrement de propriété subsistant pour la part de nue-propiété recueillie par les autres indivisaires. » Pour envisager cette hypothèse, il faut vraisemblablement s'appuyer sur la conception dite classique de l'indivision où chaque indivisaire aurait une propriété sur sa part, voir : Gaële GIDROL-MISTRAL, *De la propriété conditionnelle à la propriété collective : relire la clause d'accroissement*, thèse de doctorat, sous la dir. de Frédéric ZÉNATI, Université Jean Moulin Lyon 3, 2020, p. 319 et s.
19. Sous réserve des dispositions relatives à la publicité des droits, bien entendu : art. 1182 C.c.Q.
20. Dans ces cas, les servitudes sont généralement décrites dans le contrat de vente où elles ont été établies par destination du propriétaire, en vertu de l'art. 1183 C.c.Q.
21. *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, 2020 QCCA 571.

immobiliers²². Dans la seconde, *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*²³, la Cour supérieure a dû déterminer la validité d'un ensemble de servitudes qui s'apparentent à des règlements d'urbanisme, en ce qu'elles interdisent toute activité commerciale et imposent des contraintes architecturales sur les constructions futures sur un vaste territoire. Comme nous pourrions le constater, la Cour d'appel a strictement encadré la possibilité de restreindre les usages commerciaux par l'entremise d'une servitude, alors que la Cour supérieure semble avoir donné carte blanche aux restrictions ayant une vocation résidentielle, ce qui, lorsqu'on les examine tour à tour, soulève certains enjeux de cohérence du droit en matière de servitude de restriction d'usage.

2.1 La Cour d'appel restreint les servitudes de restriction d'usage qui limitent certaines activités commerciales

Après l'arrêt de principe *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc. c. Standard Life Assurance Company*²⁴, la question de savoir si une clause établissant une obligation de non-concurrence peut être constitutive d'une servitude a de nouveau fait l'objet d'une décision importante de la Cour d'appel. Si la décision *Zigayer c. Ruby Foo's (Montreal) Ltd.*²⁵, rendue en 1976, a pu semer le doute sur la capacité pour ce type de clause à établir une servitude réelle, ces clauses sont aujourd'hui reconnues par la majorité de la jurisprudence et de la doctrine comme étant à la source d'obligations personnelles seulement²⁶. En revanche, les tribunaux ont reconnu la validité de

22. Voir : Elias BENHAMOU, « La validité des servitudes réelles de restriction à l'usage en droit civil québécois », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit immobilier et commercial 2006*, vol. 253, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 135.

23. *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*, 2019 QCCS 5273.

24. *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc. c. Standard Life Assurance Company*, [2001] R.J.Q. 587 (C.A.).

25. *Zigayer c. Ruby Foo's (Montreal) Ltd.*, [1976] C.S. 1362.

26. *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, préc., note 21, par. 47 : « Sauf de rares exceptions, les tribunaux québécois ont depuis [la décision *Zigayer*] été généralement réfractaires à reconnaître une servitude de non-concurrence, étant plutôt d'avis que ce type d'engagement relève d'une obligation personnelle plutôt que d'un droit réel »; sur cette question, voir : Sylvio NORMAND, « Restrictions à l'usage d'un bien et démembrements innommés : considérations sur la rigueur et la souplesse du droit des biens », dans Christine MORIN et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Beaulne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 209. Pour un avis contraire, voir Denis-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 8^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, par. 589-590.

servitudes ayant pour objet d'interdire toute construction à vocation commerciale, lorsque cette restriction vise à préserver une certaine harmonie dans l'exploitation de différents fonds²⁷. Entre l'interdiction complète et la clause de non-concurrence, se trouve néanmoins une diversité de conventions qui limitent différentes activités commerciales, ce qui soulève des questions de qualification qui sont parfois difficiles à trancher : sont-elles constitutives d'obligations personnelles, de servitudes réelles ou de servitudes personnelles ? Les clauses examinées dans l'arrêt de la Cour d'appel *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*²⁸ ont ainsi donné lieu à un exercice de qualification intéressant, ce qui a permis à la Cour de faire le point sur les critères stricts que doivent remplir les restrictions d'usage afin qu'elles puissent engendrer une servitude réelle.

Dans cette affaire, la Cour d'appel devait déterminer la nature juridique des droits établis par deux clauses contenues dans une « convention de servitudes » inscrites dans un contrat d'acquisition de terrains vacants. Les parties s'étaient réciproquement reconnu des restrictions dans l'usage qu'elles pouvaient faire des biens dont elles étaient propriétaires. Une première clause interdisait au vendeur d'un lot, propriétaire d'un autre lot sur lequel se trouvait un centre commercial, d'y exploiter une entreprise de vente de vêtements qui ferait directement concurrence aux activités commerciales exercées par l'acheteur. En contrepartie, l'acheteur s'engageait à ne pas permettre l'exercice d'un ensemble d'activités commerciales (magasin d'alimentation, pharmacie, magasin de sport, station d'essence, fabrication ou vente de beignes, cinéma ou restaurant) qui se

27. La Cour d'appel décrit ces servitudes de la manière suivante : « [...] certaines restrictions à l'usage d'un immeuble sont depuis longtemps admises comme servitudes. C'est notamment le cas des servitudes d'architecture ou d'habitation, qui comprennent [...] les servitudes prohibant les constructions autres que résidentielles (telles que les servitudes dites de "construction bourgeoise" du droit civil français, établies dans le cadre d'un lotissement), ou encore celles prohibant l'usage pour une fin autre qu'un parc » (*Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, préc., note 21, par. 43 (références omises)). Selon le professeur Sylvio Normand, « [de] telles restrictions cherchent à valoriser un développement immobilier en veillant à préserver un environnement harmonieux. Elles ont généralement pour effet d'accroître la valeur du fonds dominant ou encore d'un ensemble de fonds. Ainsi en va-t-il d'un promoteur immobilier qui, par une servitude par destination du propriétaire, grève réciproquement plusieurs fonds pour [...] interdire les constructions autres que résidentielles » (Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 332).

28. *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, préc., note 21.

dérouleraient sur le terrain vacant acheté²⁹. Le contenu de ces clauses a été reproduit dans deux contrats d'acquisition de terrains, l'un conclu en 1998 et l'autre en 2000 avec le même acheteur. Après les avoir acquis, l'acheteur a construit un immeuble dans lequel il a exploité un commerce de vente de vêtements. Quelques années plus tard, en 2012, il a vendu ces mêmes terrains et bâtiments à un second acquéreur en indiquant dans le contrat de vente que les immeubles étaient assujettis aux mêmes servitudes décrites plus haut³⁰. C'est cet acquéreur qui a présenté une demande à la Cour supérieure visant à faire radier et déclarer inopposables les clauses établissant ces servitudes, au motif qu'elles étaient constitutives d'obligations personnelles³¹. Les deux clauses ayant été déclarées valides et constitutives de droits réels par le juge de première instance, c'est sur cette question précise que la Cour d'appel a donné raison aux demandeurs-appelants.

Le raisonnement de la Cour se fonde sur une distinction entre les droits réels et les droits personnels, ainsi que sur une analyse du lien de droit créé par les clauses en question. À l'égard des clauses de non-concurrence, selon la Cour, le rapport juridique serait *par essence* entre deux personnes où l'une s'interdit d'agir à l'égard d'une autre, pendant une période de temps limitée³². Ces caractéris-

29. *Ibid.*, par. 19 : « L'acte notarié de 1998 comprend des dispositions portant sur une "convention de servitudes" par laquelle les parties conviennent que les immeubles du centre commercial ne pourront servir à exploiter une entreprise qui ferait concurrence à celle de la société Croteau, soit la vente au détail de vêtements pour la famille au sein d'un magasin de 8 000 pi² ou plus, tandis que l'immeuble ainsi acquis par la société Croteau ne pourra, pour sa part, être utilisé pour des fins de magasin d'alimentation, de pharmacie, de magasin de sport, de station d'essence, de fabrication ou vente de beignes, de cinéma ou de restaurant, soit les principales activités commerciales qui ont alors cours au sein du centre commercial et sur les terrains avoisinants qui appartiennent aux sociétés intimées. »

30. *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, préc., note 21, par. 24.

31. Le raisonnement du juge de première instance est ainsi résumé : « Ainsi, pour le juge de première instance, il s'agit là de droits liés à l'avantage des fonds dominants (les terrains où est exploité le centre commercial) et non à l'avantage personnel d'une entreprise désignée. La restriction à l'usage des fonds servants (les terrains de la société appelante) serait de nature à pouvoir profiter à tous les propriétaires subséquents des fonds dominants (les terrains du centre commercial) en ce qu'elle conférerait un caractère de stabilité et de pérennité aux fonds dominants compte tenu des restrictions à l'usage des fonds servants. » (*Ibid.*, par. 29.)

32. « Il faut noter que la validité juridique d'une stipulation de non-concurrence, fréquente dans le milieu des affaires, est sujette à certaines conditions qui sont (à suivre...)

tiques empêcheraient de qualifier ce type de convention comme étant constitutive d'un droit réel³³. La prémisse étant ainsi posée, il s'ensuit qu'une clause de non-concurrence ne peut être créatrice ni d'une servitude réelle ni d'une servitude personnelle.

A priori, le raisonnement de la Cour d'appel aurait pu se limiter à ce constat, mais on devine, par la généralité des motifs et par leur caractère doctrinal³⁴, qu'elle désirait mettre un terme à la pratique et clarifier la portée des servitudes réelles ayant pour objet de limiter certains usages commerciaux sur un fonds servant, aussi désignées comme étant des servitudes de non-usage.

La légalité de clauses de restriction d'usage ayant pour objet d'encadrer les activités commerciales est au cœur d'une controverse qui oppose deux lectures du Code civil³⁵. Comme nous l'avons souligné plus haut, une servitude peut obliger le propriétaire d'un fonds servant « à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété »³⁶. L'exercice d'une activité commerciale étant l'expression « d'un droit inhérent à la propriété », on peut conclure de la généralité de la formulation qu'elle permet de restreindre certaines activités commerciales sur un fonds voisin. De plus, de telles restrictions répondraient à une deuxième caractéristique des servitudes, à savoir qu'elles sont parfois envisagées comme conférant un

(...suite)

intrinsèquement incompatibles avec le concept de servitude. Notamment, la stipulation de non-concurrence doit être raisonnable dans sa durée, ce qui implique qu'elle doit expirer après un certain temps, alors qu'une servitude, en principe du moins, peut perdurer et doit avoir vocation à être perpétuelle, même s'il arrive que sa portée soit contractuellement limitée dans le temps. » (*Ibid.*, par. 48.)

33. La Cour d'appel s'appuie, entre autres, sur sa propre jurisprudence, en particulier sur l'arrêt *Épiciers Unis Métro-Richelieu inc. c. Standard Life Assurance Company*, préc., note 24, par. 74-75 (j. Rochette), qu'elle présente comme établissant le principe selon lequel « une stipulation de la nature d'un engagement de non-concurrence ne peut jamais constituer un droit réel » (par. 49 (soulignement de la Cour)).
34. Le lecteur de la décision ne peut que constater la présence foisonnante de références et d'autorités citées par le juge, qui emprunte parfois un style de rédaction résolument doctrinal qui révèle probablement l'influence exercée par les clercs juridiques à la Cour d'appel. Sur cette question, voir : Lorne SOSSIN, « The Sounds of Silence: Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada », (1996) 30:2 *U.B.C. L. Rev.* 279, 299.
35. Sur cette question, voir l'excellente étude : S. NORMAND, « Restrictions à l'usage d'un bien et démembrements innommés : considérations sur la rigueur et la souplesse du droit des biens », préc., note 26, p. 209.
36. Al. 1177(2) C.c.Q.

avantage au profit d'un autre fonds³⁷. Cet avantage a été défini de la manière suivante par le professeur Lamontagne : « l'avantage consiste ici à maximaliser l'exploitation ou le rendement du fonds dominant (terrain et bâtiments), qui bénéficiera d'ailleurs d'une plus-value, en règle générale [...] »³⁸. C'est à ce double titre que l'on pouvait prétendre que les conventions de non-concurrence constituent des servitudes réelles, d'où l'importance de la décision de la Cour d'appel qui impose une solution inverse et qui confirme sa jurisprudence antérieure.

Selon la Cour d'appel, une telle restriction ne permet pas à son bénéficiaire de revendiquer un lien juridique à l'égard du *fonds*, un droit réel de jouissance sur le bien d'autrui, mais seulement à l'égard des activités qu'y exercent les *personnes*, ce qui l'exclut de la catégorie des servitudes³⁹. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel précise la portée que peuvent avoir les servitudes de non-usage :

[...] pour qu'une restriction de non-usage puisse être constituée en servitude au sens du *Code civil du Québec*, elle doit porter sur l'immeuble servant en s'inscrivant dans un aménagement matériel des lieux, tel, par exemple, une restriction à la hauteur des bâtiments qui y sont érigés, la prohibition d'y construire certains types d'immeubles ou encore, l'aménagement des lieux en un parc ou un stationnement. Ainsi, une simple restriction d'usage interdisant certaines activités commerciales ne peut donc être constituée en servitude puisqu'elle ne porte pas sur l'immeuble lui-même ni sur l'aménagement matériel des lieux.⁴⁰

37. Sur l'ambiguïté que peut présenter l'avantage « au fonds » conféré par certaines servitude, voir S. NORMAND, « Restrictions à l'usage d'un bien et démembrements innommés : considérations sur la rigueur et la souplesse du droit des biens », préc., note 26, p. 210 : « Il faut toutefois reconnaître qu'il peut être difficile de justifier l'existence d'un avantage au bénéfice d'un fonds en certaines circonstances. À titre d'exemple, la chasse et la pêche ne semblent pas offrir un avantage au bénéfice d'un fonds, mais plutôt à son propriétaire. Aussi, le droit français fait montre de réserve quand il s'agit de recourir à la notion de servitude pour qualifier cet avantage. En revanche, la jurisprudence comme la doctrine québécoises acceptent depuis longtemps de qualifier de servitude un droit de cette nature, comme l'a reconnu la Cour fédérale, dans l'affaire *Boucher c. R.* "Aucun doute qu'un droit de chasse et de pêche peut faire l'objet d'une servitude réelle [...]" » (références omises).

38. D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 26, par. 590.

39. *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, préc., note 21, par. 50-51.

40. *Ibid.*, par. 51.

Pour les mêmes raisons, elle ne pourrait être considérée comme une servitude personnelle, c'est-à-dire un droit réel sur le bien d'autrui au profit d'une personne⁴¹.

Si la première clause contestée entre clairement dans la catégorie des clauses de non-concurrence, qu'en est-il de la seconde, qui interdit l'exploitation d'un ensemble d'activités commerciales ? Selon les appelants, en effet, ces clauses visaient à établir ce qu'ils qualifiaient de « mix commercial », c'est-à-dire une offre de service diversifiée entre plusieurs centres commerciaux⁴². Même si elles accordaient un avantage aux commerçants, l'objectif évoqué par les appelants était d'assurer un équilibre dans l'offre commerciale entre les deux fonds. La distinction entre les deux types de clauses a été rejetée par la Cour d'appel, en ces termes :

Bien que monsieur Zakuta ajoute que les stipulations ont pour objet de protéger la diversité commerciale du centre commercial et des terrains adjacents, il s'agit bel et bien de stipulations restrictives qui visent à protéger les activités commerciales menées sur les immeubles appartenant aux sociétés intimées. Ces stipulations restrictives ont donc peu ou pas à voir avec les situations intrinsèques respectives des fonds dominants et servants ou les caractéristiques particulières des immeubles en cause ou encore l'aménagement physique des lieux. Il s'agit plutôt d'obligations de nature commerciale qui sont liées aux activités des commerces du centre commercial plutôt qu'aux caractéristiques fondamentales des immeubles visés.⁴³

Ainsi, la Cour d'appel semble définir étroitement les conditions de reconnaissance du caractère réel des restrictions d'usage ayant pour objet une activité de nature commerciale. Pour qu'une telle clause puisse engendrer une véritable « servitude », au sens du *Code*

41. *Ibid.*, par. 54-55.

42. *Ibid.*, par 26 : « [...] les sociétés intimées soutiennent dans leur défense qu'il s'agit effectivement de servitudes. Elles invoquent que le but est de maintenir ce qu'elles désignent un "mix commercial" au sein du secteur de la rue Barkoff et non pas de restreindre des activités commerciales à l'avantage d'un commerce en particulier. »

43. *Ibid.*, par. 59 (nos soulignements). Voir aussi : « En somme, les stipulations de non-usage énoncées dans les contrats de 1998 et de 2000 visent essentiellement à empêcher des activités concurrentielles à celles menées au sein du centre commercial à un moment précis dans le temps. Que ces stipulations soient justifiées en fonction d'un objectif de "pure" non-concurrence ou plutôt en fonction d'une non-concurrence fondée sur une diversité commerciale n'en change pas la nature fondamentale : il s'agit de stipulations qui relèvent dans leur essence d'une obligation commerciale de nature personnelle plutôt que d'un droit réel. » (*Ibid.*, par. 66.)

civil du Québec, il faudrait qu'elle soit justifiée par « les caractéristiques inhérentes d'un immeuble ou l'aménagement physique des lieux »⁴⁴. En d'autres termes, il faudrait montrer que la servitude profite au fonds dominant et a une vocation perpétuelle, quel qu'en soit le propriétaire, et ne vise pas seulement à protéger les intérêts économiques du propriétaire signataire de la clause⁴⁵.

Par sa rédaction et par la netteté de ses motifs, l'arrêt *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited* a certainement le mérite de clarifier le sort que l'on doit réserver aux soi-disant « servitudes de non-concurrence ». Elle semble ainsi poser un principe général qui vise à mettre un terme à une pratique qui consiste à présenter des restrictions commerciales comme des servitudes, de manière à bénéficier de la pérennité⁴⁶ et de l'opposabilité réservées à celles-ci.

Malgré ses qualités, l'arrêt commenté laisse une question en suspens : celle de la validité des servitudes de restriction d'usage à l'aune de la notion d'ordre public. En droit des obligations, les tribunaux ont effectivement élaboré des critères précis pour déterminer la validité des clauses restrictives, comme celles qui imposent une obligation de non-concurrence ou de non-sollicitation, afin qu'elles puissent être considérées comme conformes à l'ordre public⁴⁷. La délimitation exacte de la portée de la notion d'ordre public aurait pu être explorée et probablement évoquée pour justifier les mêmes restrictions aux clauses de non-concurrence établissant des servitudes⁴⁸.

44. *Ibid.*, par. 60.

45. *Ibid.*, par. 62 et s.

46. Art. 1182 C.c.Q.

47. *Payette c. Guay inc.*, 2013 CSC 45, [2013] 3 R.C.S. 95, par. 63 : « Une clause de non-concurrence insérée à un contrat commercial doit bien sûr être limitée quant au temps, à défaut de quoi elle sera jugée contraire à l'ordre public et les tribunaux refuseront de lui donner effet. [...] Le caractère raisonnable de la durée d'une clause doit être évalué en fonction des circonstances particulières de chaque espèce et, notamment, de la nature des activités visées. » (Références omises.)

48. Pour un plaidoyer en ce sens, voir : Robert DÉCARY, « De la validité d'une "servitude" de non-usage à des fins commerciales dans une zone commerciale », (1977) 80(3) *Revue du Notariat* 63, 65. L'interdiction de donner un caractère perpétuel à une clause de non-concurrence aurait vraisemblablement pu justifier son annulation en tant que servitude. Sur les conditions de validité des clauses de non-concurrence, voir : *Payette c. Guay inc.*, préc., note 47, par. 61 à 63; *Provigo Distribution inc. c. Complexe commercial de l'Île inc.*, 2020 QCCA 970.

2.2 La Cour supérieure confirme les servitudes de restriction d'usage à des fins résidentielles et invalide une servitude discriminatoire

Dans la décision *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*⁴⁹, la juge Dallaire de la Cour supérieure a été appelée à apprécier la légalité de servitudes imposant de larges restrictions d'usage et d'exercice du droit de propriété. La première servitude était ouvertement raciste et consistait à interdire au propriétaire du fonds servant de le vendre ou de le louer « à des personnes de race juive »⁵⁰. Moins polémique, la deuxième stipulation interdisait l'exercice de toute activité commerciale sur le fonds servant, et la troisième limitait le nombre et la taille des constructions pouvant y être érigées, en imposant une vocation résidentielle⁵¹. À la lecture du jugement, on apprend que ces servitudes avaient été créées il y a 50 ans, par un propriétaire qui désirait vraisemblablement encadrer le développement urbain de l'île Sainte-Thérèse, où se situent les fonds servants et dominants, ainsi que le type d'activités que l'on pouvait y exercer. Depuis, les servitudes ont largement façonné le développement de l'île, celle-ci étant parsemée de maisons unifamiliales à usage résidentiel.

Cinquante ans après avoir été créées, une transaction immobilière a donné lieu à une vérification des titres et à la « découverte »

49. *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*, préc., note 23.

50. *Ibid.*, par. 11.

51. Dans le jugement, on peut lire les extraits des deux contrats ayant établi les servitudes. Le premier contrat, rédigé en 1965, comportait les trois clauses suivantes : « De conditions expresses aux présentes, les servitudes suivantes sont créées sur ledit lot en faveur du résidu dudit lot numéro deux cent trente-trois, savoir : 1.- L'acquéreur ou ses représentants ne pourront exploiter sur ledit lot aucun commerce d'aucun genre; 2.- L'acquéreur et ses représentants ne pourront disposer ou louer ledit lot à des personnes de race juive; 3.- L'acquéreur et ses représentants ne pourront ériger sur ledit lot plus d'une résidence, cette résidence devra posséder une superficie de plancher d'au moins mille cinquante-six pieds, être construite à une distance d'au moins quinze pieds anglais de la rue de façade et des résidences érigées sur les lots voisins [...]. » Le second contrat, datant de 1966, comportait les deux clauses suivantes : « La présente vente est faite aux conditions suivantes qui constitueront des servitudes sur ledit immeuble en faveur des autres subdivisions dudit lot originaires, savoir : 1.- L'acquéreur et ses représentants ne pourront exploiter sur ledit immeuble aucun commerce d'aucun genre et ne pourront le louer ou en disposer en faveur de personnes de race juive; 2.- L'acquéreur et ses représentants ne pourront ériger sur ledit immeuble qu'une seule résidence, ayant une superficie de sous-sol d'au moins six cents pieds carrés et étant située à une distance d'au moins quinze pieds anglais de la ligne de rue de façade et des résidence [sic] ou lots adjacents. »

des servitudes contestées. Constatant que l'acheteur rechigne à accepter les conditions qu'elles imposent, le vendeur a entrepris des démarches judiciaires pour procéder à leur radiation, aux motifs :

- 1) Qu'elles ne sont pas des servitudes réelles et que le demandeur ou tout acquéreur subséquent n'a pas à s'y soumettre.
- 2) Qu'elles contreviennent à l'ordre public.
- 3) Qu'elles sont nulles de nullité relative.⁵²

Compte tenu du fait que les différentes servitudes soulèvent des questions différentes, elles seront examinées séparément.

2.2.1 « L'acquéreur et ses représentants ne pourront disposer ou louer ledit lot à des personnes de race juive »

Il est parfois étonnant de constater que certaines servitudes ont été longuement tolérées, sans être contestées, même si leur contenu heurte les valeurs les plus fondamentales d'une société. Il a fallu la vigilance d'un notaire qui a remarqué la présence d'une stipulation raciste dans une servitude pour donner à la Cour supérieure l'opportunité d'en apprécier la validité au regard de la notion d'ordre public⁵³. Compte tenu du fait que les servitudes contestées ont été rédigées avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le juge a dû d'abord examiner le droit applicable.

Pour cela, la juge Dallaire fait appel aux principes de droit transitoire énoncés dans *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*⁵⁴ de manière à distinguer, correctement selon nous, entre les règles applicables pour établir les conditions de validité des différentes clauses, qui sont celles prévues par le *Code civil du Bas Canada*, et les règles applicables pour encadrer l'effet juridique de ces clauses, régies par le *Code civil du Québec* à partir de son entrée en vigueur en 1994. Par conséquent, leur validité tiendrait à leur conformité à l'article 545 C.c.B.C., qui prévoyait explicitement que les servitudes

52. *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*, préc., note 23, par. 20.

53. *Hamel c. Club de motoneige de la Jacques Cartier inc.*, 2000 CanLII 19155 (QC C.S.), par. 62.

54. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, RLRQ, c. CCQ-1992, art. 2, 3 et 4.

ne pouvaient être contraires à l'ordre public⁵⁵. De l'avis du juge, l'atteinte à l'ordre public relève de l'évidence :

À notre avis, depuis l'avènement des chartes des droits et libertés provinciale (1978) et fédérale (1982), les servitudes stipulant qu'il est interdit de vendre ou de louer ceux-ci à « des personnes de race juive » choquent la conscience à un point tel qu'elles sont clairement contraires à l'ordre public. Même en 1965 et 1966, les propriétaires des fonds concernés ne pouvaient établir ces servitudes sans contrevenir à l'article 545 C.c.B.-C., alors en vigueur.⁵⁶

On serait mal avisé de reprocher au juge de ne pas avoir cherché à fonder sa conclusion sur une autorité, tant la conclusion s'impose. Néanmoins, il aurait été pertinent de relever que la Cour suprême du Canada avait déjà examiné la validité d'une clause similaire dans l'affaire *Noble et al. v. Alley*⁵⁷. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si une restriction d'usage (*restrictive covenant*⁵⁸) raciste, contenue dans un contrat de vente d'immeuble soumis à la common law ontarienne⁵⁹, était opposable à l'acquéreur d'un fonds. Les juges majoritaires ont répondu par la négative en invoquant l'impossibilité d'en assurer l'exécution en raison de son imprécision⁶⁰. Même si la Cour suprême du Canada n'a pas évoqué le

55. Sous le régime du *Code civil du Bas Canada*, la validité d'une servitude dépendait expressément de sa conformité à l'ordre public : art. 545 C.c.B.C.

56. *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*, préc., note 23, par. 49-50, le juge fait appel à une espèce de connaissance d'office, tant l'atteinte à l'ordre public semble évidente.

57. *Noble et al. v. Alley*, 1950 CanLII 13, [1951] S.C.R. 64.

58. Le *restrictive covenant*, en common law, est un équivalent fonctionnel aux servitudes de restriction d'usage en droit civil; pour une comparaison intéressante, voir : Marc-André Le CHASSEUR, *Zonage et urbanisme en droit canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 494 et s.

59. La clause est reproduite dans l'arrêt : « (f) The lands and premises herein described shall never be sold, assigned, transferred, leased, rented or in any manner whatsoever alienated to, and shall never be occupied or used in any manner whatsoever by any person of the Jewish, Hebrew, Semitic, Negro or coloured race or blood, it being the intention and purpose of the Grantor, to restrict the ownership, use, occupation and enjoyment of the said recreational development, including the lands and premises herein described, to persons of the white or Caucasian race not excluded by this clause. » (*Noble et al. v. Alley*, préc., note 57, p. 66.)

60. *Ibid.*, p. 74 (j. Rand) : « These authorities support the view that the language of a restrictive covenant must set forth clearly and distinctly the intent of the parties. The general language in clause (f), with great respect to those learned judges who hold a contrary view, fails to indicate the intention of the parties as to the amount or degree of the prohibited race or blood that might be permitted. It must, therefore, upon the authorities, be held void for uncertainty. »

caractère foncièrement discriminatoire des clauses, cet arrêt s'inscrit dans un mouvement de reconnaissance de l'égalité des droits et il aurait pu être évoqué pour illustrer la réticence historique exprimée par les tribunaux à leur donner effet⁶¹.

2.2.2 « *L'acquéreur ou ses représentants ne pourront exploiter sur ledit lot aucun commerce d'aucun genre* » et « *L'acquéreur et ses représentants ne pourront ériger sur ledit immeuble qu'une seule résidence* »

Bien que l'analyse de la première clause ait soulevé un intérêt médiatique et ait eu des répercussions politiques⁶², ce sont plutôt les deux prochaines restrictions qui, en raison de leur incidence économique, sont au cœur de la contestation menée par le demandeur. Ces clauses, faut-il le rappeler, imposent à l'acquéreur des fonds de « ne pas exploiter de commerce et [de] ne pas construire une résidence qui ne respecte pas les particularités prévues »⁶³. Selon le demandeur, ces clauses n'établissaient qu'une servitude personnelle au profit du vendeur des lots en 1965 et 1966. Ce dernier étant aujourd'hui décédé, elles seraient dorénavant éteintes.

Pour les mêmes raisons que celles évoquées plus haut, la juge Dallaire a fondé son analyse sur le droit applicable au moment de la création des servitudes sous le *Code civil du Bas Canada* qui, selon nous, est demeuré le même sous le *Code civil du Québec*. C'est donc en se fondant sur les critères largement repris dans la jurisprudence et par la doctrine⁶⁴ qu'elle conclut que les servitudes « ont toutes les apparences de servitudes réelles »⁶⁵. Étant donné qu'aucun motif d'extinction prévu à l'article 1191 du Code civil n'est applicable, la

61. Voir le chapitre intitulé « *Noble and Wolf v. Alley* », dans : James W.St.G. WALKER, « *Race* » *Rights and the Law in the Supreme Court of Canada*, Toronto, Osgoode Society for Canadian Legal History and Wilfrid Laurier University Press, 1997, p. 182.

62. Des citoyens ont demandé que soient modifiés les noms de rues portant le même nom que l'auteur de ces clauses.

63. *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*, préc., note 23, par. 68.

64. Les critères formulés par Jean-Guy CARDINAL ont souvent été repris par les tribunaux. Voir : Jean-Guy CARDINAL, « Un cas singulier de servitude réelle », (1955) 57 R. du B. 478 : « 1° Il faut qu'il y ait deux fonds de terre. 2° Que ces deux héritages appartiennent à deux propriétaires différents. 3° Que ces deux héritages soient voisins. 4° Que la servitude consiste en un avantage pour l'un des fonds. 5° Qu'elle oblige le propriétaire du fonds asservi à souffrir ou à ne pas faire quelque chose. 6° Que la servitude soit de sa nature perpétuelle. » Voir aussi *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. The Standard Life Assurance Co.*, préc., note 24, par. 32.

65. *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*, préc., note 23, par. 71.

Cour arrive à la conclusion que les servitudes sont opposables aux propriétaires des fonds servants, malgré leur ampleur et les désagréments qu'ils occasionnent aux propriétaires qui les supportent⁶⁶.

En lisant le jugement, on devine que la juge Dallaire ne s'est pas interrogée sur la nature des charges imposées aux fonds servants et qu'elle a essentiellement fondé sa décision sur la seule formulation des conventions pour conclure au caractère réel des servitudes : « [L]es parties aux actes de vente ont clairement prévu que les servitudes stipulées grèvent le fonds vendu au nouvel acquéreur au bénéfice du fonds appartenant toujours au vendeur, ce qui suffit en termes de désignation de fonds, pour conclure à la constitution de servitudes réelles [...]»⁶⁷. » Or, à la lumière de la décision *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*⁶⁸ rendue, il est vrai, un an plus tard, il nous apparaît que la conclusion de la juge Dallaire heurte à certains égards la conception défendue par la Cour d'appel de la nature des charges que peuvent imposer les servitudes de non-usage, plus particulièrement en ce qui a trait à l'interdiction d'exercer une activité commerciale⁶⁹. On peut effectivement douter qu'une telle interdiction puisse remplir les critères énoncés par la Cour d'appel dans cette affaire pour qu'on leur attribue un caractère « réel » :

[...] pour qu'une restriction de non-usage puisse être constituée en servitude au sens du *Code civil du Québec*, elle doit porter sur l'immeuble servant en s'inscrivant dans un aménagement matériel des lieux [...]. Ainsi, une simple restriction d'usage interdisant certaines activités commerciales ne peut donc être constituée en servitude puisqu'elle ne porte pas sur l'immeuble lui-même ni sur l'aménagement matériel des lieux.⁷⁰

66. L'ampleur des désagréments causés par la servitude n'est pas un motif reconnu par le législateur pour les déclarer invalides. La juge Dallaire cite un extrait de la décision *Zalmaev c. Déziel*, 2017 QCCS 3410, par. 45 et 46, où l'on peut lire : « La Cour d'appel rappelle encore tout récemment que l'incommodité ou la désuétude, pas plus que l'inutilité, ne sont au nombre des causes d'extinction. La servitude ne s'éteint pas du simple fait qu'elle soit devenue source de désagréments pour le propriétaire du fonds ou qu'elle perde sa raison d'être sur le plan pratique. »

67. *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*, préc., note 23, par. 77.

68. *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, préc., note 21.

69. Formulée ainsi : « L'acquéreur ou ses représentants ne pourront exploiter sur ledit lot aucun commerce d'aucun genre [...] »

70. *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, préc., note 21, par. 51 (nos soulignements).

À la lecture du jugement, on ne trouve aucune justification à la prohibition générale d'exercer un commerce qui aurait été fondée sur l'aménagement des lieux. Contrairement à la troisième servitude, qui limite le type de construction que l'on peut ériger sur les fonds et qui a une dimension architecturale⁷¹, la première servitude n'entretient aucun lien avec les lieux eux-mêmes, car elle ne vise que des activités. Si une clause qui limite certaines activités commerciales seulement, comme celle invalidée dans l'arrêt *Société immobilière Duguay inc. c. 547264 Ontario Limited*, ne peut être considérée comme étant constitutive de servitude, pourquoi admettre la validité d'une servitude qui interdirait toutes les activités de même nature ? Pour résoudre cette incohérence, on pourrait faire valoir que l'interdiction générale d'exercer une activité commerciale poursuit une fin différente de celle poursuivie par les clauses de non-concurrence : si la première protège les intérêts d'une personne pour un temps déterminé, les secondes ont pour objet de fixer leur destination en imposant le respect d'une vocation. En revanche, il nous apparaît difficile de justifier en quoi une servitude interdisant toute activité commerciale pourrait être considérée comme attribuant un avantage au profit d'un autre fonds.

On peut ainsi regretter que le débat n'ait pas porté précisément sur la servitude interdisant l'exercice de toute activité commerciale et sur une possible atteinte à l'ordre public. Il aurait été intéressant que la Cour supérieure aborde cette question, car bien qu'une telle restriction puisse être considérée comme établissant une servitude réelle, la possibilité qu'elle soit contraire à l'ordre public ne peut être si facilement écartée. Par sa pérennité et par sa formulation, qui est

71. Voir *supra*, note 51. Une telle restriction pourrait, il nous semble, entrer dans la catégorie des servitudes d'habitation bourgeoise, qui sont reconnues en droit français. Celles-ci peuvent exiger de plusieurs propriétaires qu'ils affectent leur fonds à de fins résidentielles seulement, mais il faut, selon l'analyse de M^e Robert Décary, que cette charge soit partagée réciproquement entre plusieurs immeubles afin d'assurer une certaine tranquillité ou quiétude dans un quartier. On peut lire : « Il est aussi intéressant de noter qu'en matière de clauses d'habitation bourgeoise, les Tribunaux français ont semblé exiger qu'elle ait pour but et pour effet, explicites ou implicites de sauvegarder la tranquillité non seulement d'un fonds dominant mais aussi des fonds de la même rue ou du même quartier. Une forme de réciprocité qui transforme en servitude ce qui, autrement, ne serait qu'obligation personnelle » (Robert DÉCARY, « De la validité d'une « servitude de non-usage à des fins commerciales dans une zone commerciale », (1977) 80(3) R. du N. 63, 80). Voir aussi : M.-A. Le CHASSEUR, préc., note 58, p. 505 : « Advenant un litige portant spécifiquement sur la validité de telles clauses d'urbanisme, il est permis de présager que la réciprocité soit un élément nécessaire à ce qu'elles soient reconnues comme servitudes réelles. »

à la fois vague et générale, la servitude paralyse effectivement tout exercice d'activité commerciale, quel qu'il soit.

Enfin, la comparaison du sort réservé aux servitudes dans la décision de la Cour d'appel et celle de la Cour supérieure permet vraisemblablement de mettre au jour ce que le professeur Sylvio Normand a constaté dans une étude récente consacrée aux restrictions à l'usage d'un bien. Selon cet auteur, les tribunaux auraient une attitude plus tolérante à l'égard des servitudes établissant une affectation civile, par opposition à celles imposant une vocation commerciale déterminée⁷². Ainsi, la question de savoir si une vocation imposée par une servitude doit être considérée comme conférant un avantage à un fonds fait l'objet de réponses variables qui ne semblent pas toujours dépendre du rapport entre la servitude et l'aménagement des lieux.

3. Une servitude rédigée sans fonds dominant : les mêmes clauses ne produisent pas toujours les mêmes effets

La rédaction parfois maladroite de clauses établissant des servitudes peut soulever des questions d'interprétation sur leur nature et sur leur portée. Dans ces cas, il revient souvent aux tribunaux de dégager l'intention des parties, ce qui peut se révéler un exercice difficile en présence d'actes anciens. Aussi, le raisonnement des juges sera généralement tributaire du contexte de chaque convention, ce qui explique que les mêmes mots ou expressions peuvent mener à des conclusions différentes quant à leur portée. En droit, contrairement à la science, les mêmes clauses ne produisent pas toujours les mêmes effets. Ainsi en va-t-il des décisions rendues dans les affaires

72. Voir : S. NORMAND, « Restrictions à l'usage d'un bien et démembrements innommés : considérations sur la rigueur et la souplesse du droit des biens », préc., note 26, p. 217 : « L'examen du corpus jurisprudentiel et de la doctrine semblent indiquer qu'existe une certaine correspondance entre le type d'affectation d'un immeuble et la reconnaissance de l'avantage que la servitude procure au fonds dominant. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de clauses restrictives à l'usage. Ces clauses sont plus aisément acceptées lorsque le fonds dominant reçoit une affectation civile. En somme, les clauses de non-construction ou encore celles limitant l'usage d'un fonds sont sanctionnées à titre de servitude lorsque l'immeuble qui en bénéficie est affecté à une finalité résidentielle. Cette bienveillance serait d'autant plus acceptable qu'il y a, dans ces circonstances, souvent réciprocité des servitudes entre les fonds. En revanche, lorsque l'immeuble est affecté à une finalité commerciale, ces clauses sont davantage suspectes. »

*Prince c. Marcoux*⁷³ et *Filion c. J.L.*⁷⁴, qui portent chacune sur des conventions établissant des servitudes qui réservaient à une ou à plusieurs « personnes », nommément désignées, la possibilité de bénéficier du droit de passage « à perpétuité », et qui comportaient une omission importante, celle qui consiste à identifier le fonds dominant. Or, en l'absence de mention du fonds dominant, dans quelle mesure peut-on conclure à la présence d'une servitude réelle ? C'est la question qui a été tranchée de deux manières différentes dans deux décisions abordées dans leur ordre chronologique.

Dans la décision *Filion c. J.L.*⁷⁵, le tribunal devait déterminer si une convention rédigée en 1958 devait être considérée comme constitutive d'une servitude de passage de nature réelle ou personnelle :

Tel que le tout est actuellement, avec toute servitude active ou passive y attachée, et sous réserve notamment : b) [...] d'une servitude de passage gratuite et à perpétuité, à pied et en voiture, en faveur des vendeurs et de leurs représentants, dans le chemin de passage, de 27 pieds de largeur, mesure anglaise, conduisant de la rue Hayward au chemin de la Pointe dit Chemin d'en bas [...].⁷⁶

Nous avons déjà souligné le caractère foncièrement ambigu des clauses établissant un droit « perpétuel » à des personnes⁷⁷. Deux interprétations s'offrent alors à l'interprète : soit il considère que le caractère « perpétuel » de la servitude traduit une volonté de créer une servitude réelle, soit il retient de cette formulation qu'il est en présence d'une servitude personnelle, la servitude étant établie au profit des « vendeurs et leurs représentants ».

En l'espèce, certains indices permettent de conclure que le droit de passage était attribué à des personnes en particulier, et non au bénéfice d'un fonds. Malgré la présence de l'expression « à perpétuité », le juge va conclure que « l'intention des parties est d'octroyer une servitude perpétuelle uniquement pour les personnes spécifiquement désignées dans la convention. Ainsi, la servitude, dans les faits, a plutôt une durée limitée à la vie durant des bénéficiaires

73. *Prince c. Marcoux*, 2020 QCCS 1097.

74. *Filion c. J.L.*, 2018 QCCS 1636.

75. *Ibid.*

76. *Ibid.*, par. 34 (nos soulignements).

77. Mathieu DEVINAT, « Revue de la jurisprudence 2016 en droit des biens », (2017) 119 R. du N. 63-87, 67, en particulier la partie intitulée « Un droit attribué "à perpétuité" à une personne et à ses "représentants légaux" constitue-t-il une servitude réelle ou une servitude personnelle ? ».

nommés dans l'acte constitutif de ce droit de passage »⁷⁸. Le tribunal tire ainsi un argument du fait que l'expression « en faveur des vendeurs et de leurs représentants » reflète une volonté de limiter les bénéficiaires aux seules personnes désignées dans le contrat.

Plus précisément, à l'égard de l'expression « leurs représentants », le juge dit vouloir dégager « l'intention des parties », mais il se fonde sur la jurisprudence pour limiter la portée de cette expression aux seules « personnes qui accomplissent un acte pour une autre personne à titre de représentant légal », en excluant « les propriétaires subséquents de l'immeuble », car « il ne faut pas confondre la notion de « représentant » avec celle d'« ayant droit » »⁷⁹. Même si cette précision terminologique est exacte, elle ne nous apparaît pas déterminante : en droit québécois, le terme « représentant » était parfois utilisé dans les actes notariés anciens pour désigner les « ayants cause de toute catégorie »⁸⁰.

La rédaction des actes juridiques subséquents nous apparaît plus significative dans la détermination de la portée que les parties entendaient accorder à la servitude⁸¹. On y trouve une déclaration concernant la présence d'une servitude « réservée par les vendeurs (MM *Bérubé*) dans le chemin de passage ci-dessus mentionné »⁸², qui aurait été transférée à l'acheteur, M. Simard. Or, quelques années plus tard, cet acquéreur aurait convenu une servitude d'égout dans laquelle il aurait confirmé l'existence de la servitude de passage en sa faveur. Selon le tribunal, « [cet] acte ne vient que confirmer la servitude de passage déjà existante en faveur de Monsieur Simard qui lui avait été cédé [*sic*] dans l'acte de vente de 1973 »⁸³. Par conséquent, si les termes de l'acte établissant la servitude étaient ambigus, la rédaction des actes qui lui ont succédé

78. *Filion c. J.L.*, préc., note 74, par. 36.

79. *Ibid.*, par. 35.

80. Nous avons abordé le sens de cette expression dans la chronique suivante : Mathieu DEVINAT, « Revue de la jurisprudence 2016 en droit des biens », (2017) 119 *R. du N.* 63-87, 70. Voir l'analyse du juge Mignault dans *Aqueduc du Lac St-Jean c. Fortin*, [1925] S.C.R. 192, 199. Il convient de rappeler que l'expression se trouve également dans les conventions de servitude abordées dans *Nadeau c. Habitations Jeandami inc.*, préc., note 23, sans que le juge y voie un obstacle à leur qualification de servitudes réelles, voir la note 51.

81. Sur la pertinence des actes subséquents pour déterminer l'existence d'une servitude, la Cour d'appel a formulé le principe suivant : « La validité d'une servitude doit découler de son acte constitutif et non des actes qui ne font que la relater » (4135555 *Canada inc. c. Lerner*, 2017 QCCA 417, par. 38).

82. *Filion c. J.L.*, préc., note 74, par. 39.

83. *Ibid.*, par. 42.

semble favoriser la thèse d'une servitude de passage attribuée à des personnes nommément désignées, ce qui en fait une servitude personnelle.

Rendue deux ans plus tard, la décision de la Cour supérieure dans *Prince c. Marcoux*⁸⁴ arrive à une conclusion différente en interprétant une convention rédigée en des termes semblables à celle abordée dans *Filion c. J.L.*, et qui se lisait comme suit :

Le tout avec tous droits y inhérents et toutes servitudes actives et passives, apparentes ou occultes s'y rattachant, et particulièrement avec droit de passage dans le chemin traversant l'emplacement présentement vendu, pour les vendeurs et leurs ayants-droit, et ce à perpétuité; et de plus avec droit, avec ceux y ayant droit, d'accès à l'emplacement vendu par le chemin Desrochers, partant du chemin public.⁸⁵

Comme on peut le constater, la convention réserve au « vendeur et à ses ayants-droit » le droit de bénéficiaire, « à perpétuité », d'une servitude de passage. Pour conclure à l'établissement d'une servitude réelle, le tribunal s'appuie sur un ensemble d'indices de la volonté des parties pour dégager l'existence d'un fonds dominant⁸⁶. Il évoque, tout d'abord, la configuration des lieux qui permet d'inférer que seul le propriétaire du fonds voisin pourrait tirer un avantage du droit de passage⁸⁷. Ensuite, il relève que le droit est accordé « à perpétuité », accompagné de la mention que les « ayants-droit » pourront en bénéficier, ce qui suggère que le droit pourrait être transféré, vraisemblablement aux futurs propriétaires du fonds du vendeur⁸⁸. Enfin, comme dans la décision *Filion c. J.L.*, le tribunal

84. *Prince c. Marcoux*, préc., note 73.

85. *Ibid.*, par. 18.

86. Le tribunal résume ainsi les principes d'interprétation applicables : « Comme pour tout contrat, le Tribunal doit rechercher l'intention commune des parties à l'Acte Angus et ne doit pas s'arrêter au sens littéral des termes utilisés, à moins qu'ils ne souffrent d'aucune ambiguïté. Si le Tribunal recourt aux principes d'interprétation contractuelle pour donner un sens à l'Acte, il tiendra compte entre autres des circonstances, dont la situation géographique et topographique des lieux. La servitude peut dans une certaine mesure s'inférer des faits, en autant qu'ils sont convaincants et qu'ils mènent à la conclusion qu'une servitude a bel et bien été consentie. En d'autres termes, à défaut de faire l'objet d'une description complète dans l'acte, l'interprétation de l'Acte peut combler les lacunes qui s'y rencontrent. » (*Ibid.*, par. 16 (références omises).)

87. *Ibid.*, par. 19.

88. Le tribunal souligne d'ailleurs que l'absence de référence à la notion de « représentant », comme dans l'affaire *Filion c. J.L.*, préc., note 74, montre *a contrario* que les parties désiraient créer une servitude réelle.

tient compte des actes de vente subséquents dans lesquels les parties évoquent la présence d'une servitude de passage, dans un contexte où celle-ci est réciproque à une servitude de puisage⁸⁹.

S'il est difficile de concilier les deux décisions⁹⁰, on peut néanmoins conclure qu'elles illustrent le fait que des conclusions opposées peuvent être tirées de conventions similaires, d'où la difficulté de poser des principes généraux sur la question de l'interprétation qu'il convient de leur donner. Ce qui ressort néanmoins, c'est que l'attribution d'un droit à une *personne*, et non à un *fonds dominant*, n'interdit pas que l'on puisse conclure à une servitude réelle. L'omission ne constitue pas un problème de fond(s), car c'est l'intention des parties que détermine le droit créé par la convention⁹¹. Néanmoins, les difficultés d'interprétation des servitudes rédigées il y a plus de 50 ans sont de plusieurs ordres : tout d'abord, les parties ayant contracté la servitude ne sont plus en mesure de témoigner de leur intention; ensuite, les termes utilisés ont un sens qui dépend de la charge sémantique qu'ils avaient au moment de leur rédaction. En ce sens, le terme « représentant », que l'on rencontre dans des actes notariés anciens⁹², ne devrait pas, selon nous, être interprété systématiquement comme excluant la possibilité de désigner les ayants droit.

4. Le droit d'échelage : un droit d'accès aux vocations multiples

À la différence du droit français, où la servitude de tour d'échelle est une création jurisprudentielle⁹³ dont le fondement est

89. *Prince c. Marcoux*, préc., note 73, par. 23 et s.

90. On pourrait expliquer la conclusion de la Cour dans *Filion c. J.L.*, préc., note 74, par le fait que les parties ont admis qu'en cas de reconnaissance d'une servitude réelle, celle-ci serait rachetée par le fonds servant en vertu de l'art. 1189 C.c.Q.

91. L'un des enjeux que présente l'absence d'identification d'un fonds dominant est de déterminer la portée de la servitude : dans l'hypothèse où le bénéficiaire de la servitude serait titulaire de plusieurs fonds, on peut soulever la question de savoir si la servitude est valable pour tous les fonds de la partie contractante ou pour seulement l'un d'entre eux.

92. *Centre d'action bénévole Valcourt et région c. Boulais*, 2016 QCCS 2761, par. 68 : « Les 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 autres, des contrats qui incluent la création de servitudes de toute nature. »

93. Pour une description du fondement et de l'origine de cette règle, ainsi que des hésitations jurisprudentielles dans sa mise en œuvre, voir : Anne-Françoise (à suivre...)

toujours discuté⁹⁴, le législateur québécois a formellement consacré ce droit à l'article 987 du Code civil en permettant à un propriétaire d'immeuble d'accéder à un fonds voisin « pour faire ou entretenir une construction, un ouvrage ou une plantation »⁹⁵. Ainsi, le droit d'échelage impose une obligation *propter rem*, parfois désignée comme une servitude « légale », à tous les propriétaires d'immeubles d'accorder un droit d'accès temporaire à leur voisin. Dans l'affaire *Messier c. Lepage*⁹⁶, la Cour d'appel a eu, pour la première fois à notre connaissance, à se pencher sur la portée de ce droit et sur son mode d'exercice.

Le véhicule procédural retenu par la partie demanderesse-appelante est celui de l'injonction. Celle-ci a été déposée le même jour que son voisin s'est présenté sur les lieux pour entamer des travaux et accéder à son terrain⁹⁷. Le projet de construction avait alors déjà fait l'objet de discussions et de longues négociations entre les parties et il consistait à ériger un nouvel immeuble qui longerait la ligne séparative, ce qui impliquait des travaux d'excavation sur les deux fonds. Craignant que ces travaux aient un impact important sur les fondations de son propre immeuble, l'appelant demande au juge de première instance d'accorder une injonction interlocutoire en vue de l'en empêcher⁹⁸. Au soutien de sa demande, il allègue que son voisin doit obtenir une permission de la Cour avant d'entreprendre les travaux et qu'en procédant unilatéralement, il porte atteinte de manière illicite et intentionnelle à ses droits⁹⁹. La juge de première instance rejette la demande d'injonction au motif qu'il n'y a pas d'apparence de droit, bien au contraire :

S'il y a apparence de droit, elle est nettement en faveur du défendeur. La demanderesse en refusant au défendeur la possibilité de débiter les travaux contrevient à l'article 987 C.c.Q. et prive ce dernier de son

(...suite)

DEBRUCHE, « La restauration de l'intégrité du droit positif français à l'épreuve du tour d'échelle : luxe ou nécessité ? », *RTD Civ.* 2000.507; William DROSS, « La servitude du tour d'échelle est-elle soluble dans l'abus de droit ? », *RTD Civ.* 2020.651.

94. La majorité des auteurs de doctrine y voient la sanction d'un abus de droit, tandis que d'autres y voient la consécration des rapports normaux de voisinage, voir : A.-F. DEBRUCHE, préc., note 93.

95. Art. 987 C.c.Q.

96. *Messier c. Lepage*, 2020 QCCA 488.

97. Il est utile de préciser qu'il avait préalablement fait parvenir un avis conformément à l'article 987 du Code civil.

98. *Messier c. Lepage*, préc., note 96, par. 1.

99. *Ibid.*, par. 5.

droit à la propriété. En cela, le caractère de nécessité et rejoint [sic] davantage les droits et les besoins du défendeur. En effet, les travaux normalement auraient dû débiter bien avant, soit il y a plus d'un an, puisque de l'aveu de la demanderesse cette situation perdure depuis plus d'un an.¹⁰⁰

C'est dans ce contexte procédural et factuel bien précis que la Cour d'appel a été appelée à se prononcer sur la portée de l'article 987 du Code civil, qu'il convient de reproduire : « Tout propriétaire doit, après avoir reçu un avis, verbal ou écrit, permettre à son voisin l'accès à son fonds si cela est nécessaire pour faire ou entretenir une construction, un ouvrage ou une plantation sur le fonds voisin. »

La Cour d'appel confirme, tout d'abord, qu'il n'est pas nécessaire pour un voisin désirant obtenir l'accès à un fonds voisin pour y poursuivre des travaux de demander une autorisation d'un tribunal¹⁰¹. Conformément à la formulation de l'article 987 du Code civil, l'envoi seul d'un avis, écrit ou verbal, suffit pour faire naître l'obligation de permettre l'accès à son fonds.

Ensuite, le droit d'échelage prévu à l'article 987 du Code civil ne se limite pas, malgré les termes de l'article, à un seul droit d'« accès » ponctuel ou répété au fonds de son voisin pour effectuer des travaux sur son propre fonds : il permet aussi d'user du fonds pour un temps limité. Cette conclusion ne saurait surprendre. De par son appellation, on comprend que le droit d'échelage implique effectivement qu'un propriétaire puisse poser une échelle sur le fonds de son voisin, qui aujourd'hui pourrait se traduire par le fait de placer des échafaudages ou les installations qu'exige la construction ou l'entretien d'une construction¹⁰². Cet empiètement temporaire doit ainsi être toléré par le voisin qui le subit, à charge par contre pour celui qui exerce son droit d'accès de réparer le préjudice subi et à remettre le fonds en l'état¹⁰³.

Si l'on veut bien admettre que le droit d'accès comporte un droit d'usage temporaire, l'affirmation selon laquelle il impliquerait aussi un droit d'excaver, et donc l'exercice de l'*abusus* sur une partie du terrain de son voisin, mérite qu'on s'y attarde, car la Cour d'appel

100. *Ibid.*, par. 21.

101. *Ibid.*, par. 23.

102. *Ibid.*, par. 25.

103. Art. 988 C.c.Q.

semble donner une portée inattendue à l'article 987 du Code civil. À cet égard, la Cour d'appel s'est contentée d'affirmer qu'« il est difficile d'imaginer que le droit d'échelage ne puisse jamais permettre une certaine excavation sur le terrain du voisin sans quoi, par exemple, il pourrait devenir impossible de réparer une fondation existante »¹⁰⁴. C'est donc pour des raisons essentiellement pragmatiques que la Cour d'appel étend la portée de l'article 987 du Code civil afin d'y inclure le droit de faire des travaux sur le fonds d'autrui. Sur cette question, on peut admettre que le législateur n'a pas été aussi limpide sur l'étendue du droit d'échelage qu'il ne l'a été pour d'autres obligations *propter rem* prévues dans le Code civil, notamment à l'égard du droit de faire des travaux en cas d'enclave, pour ne prendre que cet exemple¹⁰⁵. Même si la preuve soumise a pu convaincre la Cour d'appel que les travaux n'auront qu'une incidence minimale sur le fonds voisin, l'affirmation selon laquelle « le droit d'échelage inclut celui de procéder à des travaux d'excavation sur le terrain »¹⁰⁶ n'est pas anodine, car elle donne au droit d'accès une portée dont les balises mériteraient d'être étroitement définies, d'où l'importance des motifs qui portent sur les limites de l'exercice de ce droit.

À cet égard, l'appelant a prétendu qu'il pouvait limiter le type de construction pour lequel le droit d'accès serait attribué et, qu'en l'espèce, son voisin avait « le choix de construire un immeuble plus petit »¹⁰⁷. Le traitement de cet argument par la Cour d'appel s'avère nuancé. La Cour rappelle, en s'appuyant sur l'historique législatif de la disposition¹⁰⁸, que le législateur a clairement choisi d'étendre le droit d'accès aux propriétaires désirant construire un nouvel immeuble, contrairement à la proposition de l'Office de révision du Code civil qui limitait l'« intrusion » aux seuls cas de réparation d'une construction déjà édifée¹⁰⁹. On peut déduire ainsi que, dans

104. *Messier c. Lepage*, préc., note 96, par. 25.

105. Art. 1000 C.c.Q. : « Le bénéficiaire du droit de passage doit faire et entretenir tous les ouvrages nécessaires pour que son droit s'exerce dans les conditions les moins dommageables pour le fonds qui le subit. »

106. *Messier c. Lepage*, préc., note 96, par. 32.

107. *Ibid.*, par. 26.

108. *Ibid.*, note de bas de page 21.

109. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec - Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 216 : « 69. Le propriétaire peut interdire à autrui l'entrée sur son fonds, sauf si cette intrusion est nécessaire pour réparer un mur ou une construction édifée sur un fonds voisin. Un avis de cette intention doit préalablement être donné au propriétaire. »

la mesure où l'accès s'avère « nécessaire », le tribunal n'a pas à contrôler le type ou la taille de la construction projetée¹¹⁰.

En revanche, dans un passage quelque peu ambigu, la Cour d'appel semble donner raison à l'affirmation, tirée de la doctrine, selon laquelle l'exercice de ce droit devrait tout de même porter atteinte de manière « minimale à la propriété du voisin »¹¹¹ et ne devrait pas mettre « en péril cette dernière »¹¹². Or, dans les circonstances, rien dans les faits ne permettait de conclure que le projet proposé pouvait entraîner des risques déraisonnables pour la propriété du voisin¹¹³. Par conséquent, si le choix de construire une propriété nouvelle permet de justifier que l'on accorde un droit d'accès, l'exercice de ce droit est soumis, comme pour tous les droits subjectifs, aux exigences de la bonne foi et ne devrait pas être exercé de manière déraisonnable ou excessive¹¹⁴. L'article 987 du Code civil reflète donc une transaction entre les intérêts juridiques en présence, qui est rappelée par la Cour d'appel, de la manière suivante :

À une époque où l'on assume plus facilement le relativisme du droit de propriété, le droit d'échelage participe de l'importance d'exercer celui-ci conformément aux exigences de la bonne foi et d'empêcher un propriétaire qui, sans juste motif, tente d'imposer à un voisin la manière d'exercer son droit de propriété.¹¹⁵

En ce sens, l'article 987 du Code civil s'inscrit dans une conception relationnelle de la propriété immobilière et reflète la philosophie sous-jacente au chapitre troisième du livre IV du *Code civil du Québec*. Même si la Cour d'appel a, correctement selon nous, interprété l'article 987 du Code civil de manière à refléter ces valeurs, il aurait été utile qu'elle définisse un peu plus étroitement

-
110. Contrairement à ce que laisse entendre le professeur Pierre-Claude Lafond : « Même si le texte de l'article 987 du Code ne le précise pas, les Commentaires du ministre et la coutume laissent croire que son application devrait être restreinte à l'érection, à l'entretien ou à la réparation des constructions ouvrages ou plantations situés près de la ligne de division. On ne devrait pas l'invoquer, par exemple, pour faire passer une bétonnière sur le fonds voisin dans le but de construire une piscine creusée à l'arrière du terrain » (Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, nos 993 et 994, p. 395).
111. La Cour d'appel cite l'ouvrage de Pierre-Claude Lafond (P.-C. LAFOND, préc., note 110, nos 993 et 994, p. 395).
112. *Messier c. Lepage*, préc., note 96, par. 29.
113. *Ibid.*, par. 29.
114. Art. 6 et 7 C.c.Q.
115. *Messier c. Lepage*, préc., note 96, par. 30.

ou clairement les conditions qui justifient que le droit d'accès soit utilisé de manière à modifier matériellement le fonds d'un voisin.

5. La propriété superficière peut-elle naître d'un jugement ?

Dans l'affaire *Zhang c. Bell Canada*¹¹⁶, la Cour d'appel devait déterminer si une construction, érigée en vertu d'un acte juridique par la suite frappé de nullité, devait être attribuée à son constructeur, à titre de restitution par équivalent, ou si elle devait être retirée, parce que construite sans droit sur le fonds d'autrui. Pour y répondre, la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance et a appliqué le régime de la restitution des prestations prévu aux articles 1699 et suivant du Code civil, en accordant une restitution par équivalent. Comme nous pourrions le constater, la décision *Zhang c. Bell Canada* met en évidence les difficultés que soulève la sanction d'une annulation d'un acte juridique ayant mené à la construction sur le fonds d'autrui : doit-on appliquer le régime de la restitution des prestations ou devrait-on lui préférer le régime de l'accession et des impenses du livre IV du Code civil¹¹⁷ ?

Dans cette affaire, le propriétaire avait conclu une entente avec une importante entreprise de télécommunication en vue de l'autoriser à placer de manière permanente un cabinet sur son fonds. L'entreprise avait déjà construit deux cabinets sur le fonds en question, autorisée par deux servitudes publiées en 1987 et en 2004; c'est en vue d'en ériger un troisième que les parties avaient convenu de créer une nouvelle servitude au profit de l'entreprise. Celle-ci a été signée en 2008 et elle attribuait le droit suivant :

1. Un droit de placer, ajouter et exploiter sur, au-dessus et en dessous du FOND [sic] SERVANT de la servitude ci-après décrite, pour BELL des lignes de télécommunication, comprenant notamment les câbles, fils, supports, conduits, piédestaux, puits d'accès ainsi qu'un appareillage installé dans un ou plusieurs cabinets reposant sur des fondations en béton et renfermant toutes les composantes d'un système d'alimentation en électricité, de ventilation, de chauffage, y compris ceux de toute entreprise d'énergie électrique reliés audit appareillage et tous autres appareils ou accessoires qu'elles jugeront nécessaires ou utiles.¹¹⁸

116. *Zhang c. Bell Canada*, 2018 QCCA 1582.

117. Art. 957 et s. C.c.Q.

118. *Zhang c. Bell Canada*, préc., note 116, par. 9 (soulignements de la Cour).

Après avoir procédé à l'installation du troisième cabinet en 2009, l'entreprise a retenu les services d'un entrepreneur pour en installer un quatrième deux années plus tard, en 2011. Sous prétexte qu'il n'avait autorisé qu'une seule installation de cabinet, le propriétaire a empêché les ouvriers de procéder aux travaux, en leur refusant l'accès au fonds. Après des négociations infructueuses, l'entreprise a introduit une demande d'injonction interlocutoire qui fut accordée en 2012, ce qui lui a permis d'installer le quatrième cabinet, malgré les objections du propriétaire.

C'est donc seulement après la construction du quatrième cabinet que la Cour supérieure a donné raison au propriétaire et a reconnu que son consentement avait été vicié pour cause d'erreur sur l'objet du contrat¹¹⁹. La décision de première instance est résumée ainsi par la Cour d'appel :

[Le tribunal] conclut que le consentement des appelants est vicié par leur erreur. Il retient que l'appelante Jian Zhang « dit avoir insisté qu'il ne devait y avoir qu'un seul cabinet ». Il identifie l'erreur simple des appelants en soulignant que ceux-ci « ont consenti à accorder un droit de servitude seulement pour l'adjonction d'un seul cabinet [...] ». L'erreur porte sur l'objet de la prestation et sur un élément essentiel du contrat. L'intimée plaide que l'erreur des appelants est inexcusable. Le juge écarte cet argument puisque l'intimée ne parvient pas à établir l'existence d'une négligence grave ou d'une faute lourde des appelants.¹²⁰

Dans un second jugement, la Cour supérieure s'est prononcée sur les conséquences de la déclaration de nullité. La Cour a tout d'abord prononcé la nullité partielle de l'acte de servitude, et non pas sa nullité totale, de manière à éviter que le troisième cabinet soit retiré¹²¹. Après avoir ainsi radié les mots « ou plusieurs » de l'acte de servitude, la Cour s'est prononcée sur la restitution des prestations dans de telles circonstances. À l'égard du quatrième cabinet installé en vertu d'un contrat déclaré nul, et donc réputé « n'avoir jamais existé » en vertu de l'article 1422 du Code civil¹²², la Cour supérieure a appliqué les principes relatifs à la restitution des prestations, et

119. *Bell Canada c. Zhang*, 2014 QCCS 6138.

120. *Zhang c. Bell Canada*, préc., note 116, par. 19.

121. *Ibid.*, par. 23-24.

122. Art. 1422 C.c.Q. : « Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé. Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues. »

plus particulièrement les articles 1699 et 1700 du Code civil, qu'il est utile de reproduire :

1699. La restitution des prestations a lieu chaque fois qu'une personne est, en vertu de la loi, tenue de rendre à une autre des biens qu'elle a reçus sans droit ou par erreur, ou encore en vertu d'un acte juridique qui est subséquemment anéanti de façon rétroactive ou dont les obligations deviennent impossibles à exécuter en raison d'une force majeure.

Le tribunal peut, exceptionnellement, refuser la restitution lorsqu'elle aurait pour effet d'accorder à l'une des parties, débiteur ou créancier, un avantage indu, à moins qu'il ne juge suffisant, dans ce cas, de modifier plutôt l'étendue ou les modalités de la restitution.

1700. La restitution des prestations se fait en nature, mais si elle ne peut se faire ainsi en raison d'une impossibilité ou d'un inconvénient sérieux, elle se fait par équivalent.

C'est en appliquant ces principes que la Cour supérieure a décidé qu'en vertu de l'article 1700 du Code civil particulièrement, il convenait d'ordonner la restitution par équivalent compte tenu des « inconvénients sérieux »¹²³ qui seraient engendrés par la restitution en nature.

La Cour d'appel a confirmé l'intégralité du raisonnement de la Cour supérieure et a donc rejeté l'appel. À la prétention de l'appelant selon laquelle « le principe de la restitution en nature des prestations est impérativement applicable »¹²⁴, la Cour d'appel a essentiellement répondu que les articles 1699 et 1700 du Code civil prévoient explicitement un certain nombre d'exceptions et que l'appréciation du caractère sérieux des inconvénients par le juge du fond n'était pas erronée. L'appelant a, sur cette question, soulevé l'objection qu'il n'y avait aucun fondement juridique justifiant la présence d'un

123. Le juge de première instance a tenu compte des coûts qu'engendrait une restitution en nature, qui sont repris par la Cour d'appel en ces termes : « Au sujet des inconvénients sérieux, le juge avalise la preuve administrée par un représentant de l'intimée selon laquelle la mise en place d'un nouveau cabinet, des canalisations, filages et poteaux nécessaires au remplacement de l'ancien généreront des travaux d'une durée d'environ un mois et des coûts de l'ordre de 115 000 \$. Il considère également les démarches que devra entreprendre l'intimée auprès des 81 clients desservis par le cabinet 4, notamment la prise d'un rendez-vous et la visite d'un technicien à leur domicile pour procéder au raccordement avec la possibilité de devoir remplacer le câblage. » (*Zhang c. Bell Canada*, préc., note 116, par. 25 (références omises).)

124. *Ibid.*, par. 49.

immeuble sur son fonds et qu'en maintenir la présence reviendrait à opérer « une cession forcée de [sa] propriété ou un empiètement non autorisé de celle-ci au sens des articles 952 et 953 C.c.Q. »¹²⁵. Cette conséquence serait autorisée par la loi, selon la Cour d'appel, car l'article 1700 du Code civil permet au juge d'exercer sa discrétion dans la détermination du remède approprié. Comme l'écrit la Cour d'appel : « Ce n'est pas parce qu'une modalité [la propriété superficielle] n'est pas prévue qu'elle ne peut pas être retenue, surtout lorsqu'aucune disposition de la loi n'y fait obstacle¹²⁶. » Ainsi, dans l'exercice de sa discrétion, un tribunal peut écarter la restitution en nature pour lui préférer une restitution par équivalent, même si cette décision mène à la création d'une propriété superficielle.

Bien que nous laissions les experts en droit des obligations le soin d'examiner la justesse des conclusions relatives à la nullité partielle du contrat, l'arrêt *Zhang c. Bell Canada* soulève une question intéressante concernant le régime applicable lorsqu'une partie construit un immeuble sur le fonds d'autrui en s'appuyant sur un contrat qui est par la suite frappé de nullité.

Plusieurs aspects de la décision méritent d'être signalés. Le premier consiste à souligner qu'en appliquant le régime de la restitution, la Cour d'appel a, d'une certaine manière, court-circuité l'application du régime des impenses, qui aurait été le terreau le plus naturel pour régler la question, compte tenu du fait que nous sommes en présence d'une construction sur le fonds d'autrui¹²⁷. Ce régime est applicable, entre autres, lorsque des constructions sont érigées sur la base d'un acte juridique annulé ou résolu¹²⁸. En

125. *Ibid.*, par. 79.

126. *Ibid.*, par. 99.

127. Voir les art. 961 et 962 C.c.Q. Il faudrait considérer le régime applicable aux impenses d'agrément, car le cabinet n'augmente pas la valeur du fonds et ne bénéficie qu'à l'entreprise de télécommunication qui l'a construit, ce qui le range dans cette catégorie. L'application du régime des impenses pourrait aussi s'inspirer de l'article 1703 du Code civil, qui y renvoie expressément lorsque l'impense est faite au « bien sujet à la restitution », voir l'art. 1703 C.c.Q. : « Le droit d'être remboursé des impenses faites au bien sujet à la restitution est réglé conformément aux dispositions du livre Des biens applicables au possesseur de bonne foi ou, s'il y a mauvaise foi ou si la cause de la restitution est due à la faute de celui qui a l'obligation de restituer, à celles qui sont applicables au possesseur de mauvaise foi. »

128. Selon le professeur Lafond, « Les situations les plus fréquemment visées sont celles de l'acquéreur sous condition résolutoire, de l'adjudicataire et du propriétaire apparent » (P.-C. LAFOND, préc., note 110, n° 2419, p. 1045).

présence d'impenses d'agrément, le régime autorise le propriétaire du fonds à demander au possesseur de retirer les constructions¹²⁹.

Un deuxième volet de la décision qui a attiré notre attention est celui de la nature de la servitude qui a été annulée, et plus particulièrement des droits qu'elle aurait engendrés. Si l'on se fie à la formulation reproduite plus haut, la servitude accorde formellement le droit implicite de construire¹³⁰, sur le fonds servant, un immeuble (composé d'un cabinet reposant sur une fondation, de lignes de transmission, de câbles, etc.) qui aurait été « exploité » par le propriétaire du fonds dominant, sans lui en attribuer la propriété. Ainsi, on n'y trouve aucune renonciation au bénéfice de l'accession, cession du droit d'accession ou division de l'objet, qui sont les trois sources de création d'une propriété superficière¹³¹. Par conséquent, la servitude contestée n'aurait vraisemblablement pas engendré une propriété superficière, le droit d'accession n'ayant pas été paralysé¹³². La solution à laquelle arrive la Cour d'appel a ceci de paradoxal qu'elle a pour effet d'attribuer à l'intimée un droit plus grand que

129. La question de savoir si l'on doit considérer de bonne ou de mauvaise foi celui qui construit sur le fonds d'autrui sur la base d'un acte juridique dont la validité est contestée aurait pu aussi être soulevée, voir : Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 2, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 1418 : « un débiteur de bonne foi peut être considéré comme possesseur de mauvaise foi lorsqu'il continue à utiliser le bien ou y faire des travaux tout en connaissant la cause de nullité ou de la résolution du contrat. C'est le cas de l'acheteur qui apporte des modifications à un immeuble après avoir adressé une mise en demeure à son vendeur l'avisant de son intention d'annuler la vente pour un vice de consentement. »

130. Nous n'avons pas consulté l'acte en entier, mais si l'on se fie à la partie reproduite par la Cour d'appel, la servitude permettait seulement de « placer, [d']ajouter et [d']exploiter sur, au-dessus et en dessous du FOND [sic] SERVANT de la servitude ci-après décrite, pour BELL des lignes de télécommunication », voir *supra*, note 118.

131. Voir l'art. 1110 C.c.Q. : « La propriété superficière résulte de la division de l'objet du droit de propriété portant sur un immeuble, de la cession du droit d'accession ou de la renonciation au bénéfice de l'accession. »

132. Pour qu'il y ait propriété superficière par renonciation au bénéfice du droit d'accession, il est nécessaire que le propriétaire reconnaisse que le constructeur demeurera propriétaire de l'immeuble érigé sur son fonds, ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce, voir : François FRENETTE, *La propriété superficière*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 30 : « Essentiellement, la chose se produit quand le propriétaire d'un immeuble permet à une personne ou l'oblige à construire, à planter ou à élever un ouvrage à ses frais sur son bien et qu'il entend et reconnaît, par là même, que cette personne en sera alors propriétaire » (nos soulignements); voir : *Martin c. Club Francis Brûlé inc.*, 2009 QCCA 1029, par. 45.

celui qui lui aurait été accordé en vertu du contrat initial, ce qui bouscule quelque peu le caractère *équivalent* de la restitution¹³³.

Enfin, l'arrêt *Zhang c. Bell Canada* illustre la liberté que s'accordent les juges dans la détermination de la restitution par équivalent, car dans ce cas elle sert à justifier la création d'une propriété superficielle par l'effet d'un jugement seulement. Cette conclusion est difficilement conciliable avec le principe suivant lequel les servitudes ne peuvent être établies par jugement : « [U]ne Cour de justice n'a pas le pouvoir, même pour des raisons d'équité, de créer ce droit réel¹³⁴. » Qui peut le plus peut le moins : si les tribunaux peuvent dorénavant créer une propriété superficielle par l'attribution d'une restitution par équivalent, on voit mal comment il en irait autrement pour les servitudes.

6. La Cour suprême se prononce sur l'interprétation des servitudes légales

Dans l'arrêt *Hydro-Québec c. Matta*¹³⁵, la Cour suprême du Canada a abordé une question qui est susceptible d'avoir un impact sur l'interprétation des 37 405 servitudes créées pour faciliter la mise en place et l'exploitation d'un des plus grands réseaux électriques en Amérique du Nord, celui d'Hydro-Québec¹³⁶. Afin de remplir son mandat, Hydro-Québec bénéficie de certains pouvoirs qui l'autorisent à acquérir des immeubles et des servitudes par la voie d'expropriations, ce qui lui permet de bénéficier d'un grand nombre de servitudes qui assurent la transmission d'électricité des centrales hydro-électriques jusqu'aux postes de transformation, pour qu'elle soit ensuite distribuée aux lieux de consommation.

Dans les années 1970, Hydro-Québec a ainsi acquis des servitudes qui lui ont permis d'assurer une ligne de transport entre deux postes de transformation situés dans les villes de Jacques-Cartier

133. La restitution par équivalent est généralement fondée sur une *valeur*, qui doit remplacer la prestation initiale, voir : Pascal FRÉCHETTE, *La restitution des prestations*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 266 et s. Nous tenons à remercier le professeur Pascal Fréchette d'avoir porté à notre attention cette difficulté et d'avoir confirmé le caractère inédit de la solution de la Cour d'appel du Québec.

134. *Hamel c. De Bellefeuille*, 1996 CanLII 6059 (QC C.A.). Voir aussi : *4135555 Canada inc. c. Lerner*, 2017 QCCA 417, par. 35; *Lubecki c. Lubecki*, 2015 QCCA 1547, par. 71 à 73.

135. *Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37.

136. *Ibid.*, par. 2.

(près de la Ville de Québec) et de Duvernay. Plus de 35 ans plus tard, elle s'est vue attribuer le mandat de réaliser une nouvelle ligne de transport qui relierait deux autres postes de transformation d'électricité. Au lieu de créer un nouveau tracé, Hydro-Québec est arrivée à la conclusion qu'il serait plus commode d'exercer les servitudes conclues dans les années 1970 et d'ajouter une ligne de transmission sur les fonds servants. Les propriétaires des fonds servants se sont opposés à l'installation de ces lignes de transmission et ont bloqué l'accès aux travaux, au motif essentiellement que les servitudes avaient été conclues pour relier deux postes de transformation seulement. L'objet du litige consistait donc à établir la portée des servitudes créées dans les années 1970 et à déterminer si elles autorisaient Hydro-Québec à installer une nouvelle ligne de transmission sur les fonds servants pour relier deux postes de transmission supplémentaires.

En première instance, le juge Sansfaçon de la Cour supérieure a donné raison à Hydro-Québec, en évoquant le contenu des servitudes établies dans les années 1970¹³⁷, tandis que la Cour d'appel est arrivée à la conclusion inverse, en interprétant les servitudes à la lumière du décret qui a précédé l'expropriation des fonds servant et qui limitait leur utilisation aux seuls besoins des premiers postes de transformation. Selon la Cour d'appel, les servitudes ont été acquises, non pas en vertu des conventions, mais par expropriation, ce qui les range dans la catégorie des servitudes établies par l'effet de la loi. Par conséquent, selon la Cour d'appel, on doit « analyser les conventions à la lumière des limites imposées par l'arrêté en conseil autorisant les expropriations. Les servitudes ne peuvent être interprétées ou étendues au-delà de ce qui a été autorisé par l'arrêté en conseil de 1972. Or, tant l'arrêté en conseil de 1972 que les avis d'expropriation et les actes de servitudes limitent ces dernières à ce qui est nécessaire pour la construction, l'exploitation et l'entretien de lignes de transport d'énergie électrique entre Jacques-Cartier et Duvernay »¹³⁸.

Écrivant au nom de la Cour suprême, la juge Côté va donner raison à la partie appelante, Hydro-Québec, en reprochant à la Cour d'appel de s'être livrée, à tort, à une nouvelle analyse de la preuve¹³⁹. Même si cette conclusion aurait suffi à trancher le litige, la Cour a

137. *Hydro-Québec c. Matta*, préc., note 135, par. 22.

138. *Matta c. Hydro-Québec*, 2018 QCCA 838, par. 18.

139. *Hydro-Québec c. Matta*, préc., note 135, par. 32 et s.

tout de même abordé la question sur le fond, dans un long *obiter dictum* sur la portée qu'il convenait d'attribuer aux conventions conclues dans les années 1970. Avant d'aborder les différentes interprétations dont elles ont fait l'objet, il est utile de s'arrêter à leur formulation qui, à quelques exceptions près, est la même pour l'ensemble des fonds servants concernés. Leur libellé a été reproduit par la Cour :

1. La COMMISSION, agissant en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi d'Hydro-Québec (S.R.Q. 1964, chapitre 86 et amendements) et par le Code de Procédure Civile, est devenue propriétaire par voie d'expropriation des droits réels et perpétuels de servitude nécessaires à la construction, au remplacement, à l'entretien et à l'exploitation, sur, au-dessus et en-dessous du fonds servant ci-après décrit, appartenant au PROPRIÉTAIRE, d'une (de) lignes(s) de transmission d'énergie électrique et de lignes de communication, au moyen du dépôt d'un plan et des autres documents prescrits par la Loi, au bureau de la division d'enregistrement de . . .
2. Lesdits droits réels et perpétuels de servitude consistent :
 - a) En un droit de placer, remplacer, entretenir et exploiter, sur ledit fonds servant trois (3) ligne(s) de transport d'énergie électrique, à haut ou faible voltage, et des lignes de communication, y compris des pylônes et/ou poteaux avec les empattements nécessaires, les fils, câbles, contrepoids, tiges d'ancrage, haubans et tous autres accessoires nécessaires ou utiles;¹⁴⁰

Selon les appelants, il fallait tenir compte du seul texte de ces conventions afin d'établir la portée des servitudes et ainsi faire abstraction des avis d'expropriation qui les ont précédés, ainsi que les décrets qui les ont autorisés. Comme le résume la Cour, « [c]onformément aux conventions, l'appelante pourrait construire trois lignes de transport d'électricité sans égard à l'origine ou à la destination du courant qui les traverse »¹⁴¹. La partie intimée, en revanche, a plaidé que les ententes conclues antérieurement n'avaient pour objet que de fixer le montant qu'Hydro-Québec devait verser à titre d'indemnité, les servitudes ayant déjà été acquises par expropriation (« est devenue propriétaire par voie d'expropriation des droits réels et perpétuels de servitude »). Les servitudes ayant été établies

140. *Ibid.*, par. 15 (nos soulignements).

141. *Ibid.*, par. 43.

par l'effet de la loi, elles devaient être interprétées « en fonction du Décret 3360-72 et des documents qui en découlent, à savoir les avis d'expropriation et les plans. [...] Puisque le décret, les avis d'expropriation et les plans font allusion à la ligne Jacques-Cartier – Duvernay, il s'ensuivrait que les servitudes autoriseraient seulement la construction ou l'exploitation de lignes entre ces deux postes »¹⁴².

Comme on peut le constater, le nœud du problème consiste à établir l'objet des différentes conventions conclues dans les années 1970, car la portée varie en fonction de l'importance que l'on accorde à certaines affirmations qu'elles contiennent. D'une part, on peut y lire que les servitudes ont déjà été acquises par expropriation au moment de la conclusion de la convention, auquel cas les avis d'expropriation seraient pertinents pour en établir la portée. D'autre part, on trouve l'affirmation selon laquelle les propriétaires des fonds servants cèdent une servitude, avec pour contrepartie une indemnité¹⁴³, ce qui justifierait qu'on se limite à la convention seulement pour établir la portée des droits créés. De l'avis de la Cour suprême, les conclusions du juge Sansfaçon pouvaient raisonnablement s'appuyer sur cette deuxième compréhension des conventions, et la Cour d'appel « a eu tort de modifier les conclusions du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante »¹⁴⁴.

Ainsi, selon la Cour, les conventions doivent être interprétées sans tenir compte des décrets et des avis d'expropriation¹⁴⁵. Si la servitude est effectivement acquise par l'effet de la loi, « ni la loi ni l'ordre public ne s'opposent à ce que l'expropriant et l'exproprié précisent ou modifient, par un accord de gré à gré, la servitude ainsi constituée »¹⁴⁶. Par conséquent, le fait que les servitudes aient pu

142. *Ibid.*, par. 44.

143. *Ibid.*, par. 15 : « En considération de ladite indemnité, le PROPRIÉTAIRE, par les présentes, cède et transporte en outre à la COMMISSION, acceptant, à toutes fins que de droit et en autant que besoin peut être, les droits réels et perpétuels de servitude ci-haut mentionnés sur le fonds servant ci-dessus décrit, au bénéfice du fonds dominant ci-dessus décrit. »

144. *Ibid.*, par. 46.

145. Comme le relève le juge Côté, les décrets, les avis d'expropriation et les conventions sont de nature différente : le décret autorise les pouvoirs publics à exercer des pouvoirs prévus par la loi, tandis que l'« avis d'expropriation [...] est un acte administratif qui constitue et individualise la servitude. Quant à la convention, elle se rattache à l'exercice ordinaire des droits civils et aux règles contractuelles propres au droit privé » (*ibid.*, par. 52).

146. *Ibid.*, par. 53.

être créées par les avis d'expropriation n'a aucune incidence sur leur portée : c'est en se fondant exclusivement sur les conventions que l'on doit interpréter la portée des droits entre les parties¹⁴⁷. Et en raison de leur formulation, on peut effectivement constater que les conventions prévoient la possibilité d'ajouter trois lignes de transmission sans imposer « aucune restriction quant à la provenance ou à la destination du courant électrique »¹⁴⁸.

Si l'arrêt *Hydro-Québec c. Matta* n'aura vraisemblablement peu ou pas d'incidences sur la méthode d'interprétation des servitudes conventionnelles, il devrait entraîner quelques ajustements dans la formulation des conventions de servitudes avec Hydro-Québec. On sait maintenant que l'absence de restriction dans l'utilisation des lignes de transmission donne en réalité une espèce de carte blanche à cette personne morale de droit public à les utiliser pour d'autres lignes dont l'origine et la destination pourront varier selon ses besoins. Elle pourrait aussi inciter les futurs propriétaires de fonds servants à encadrer strictement l'utilité que pourra en retirer Hydro-Québec en renvoyant, de manière explicite, aux avis d'expropriation et aux décrets d'où il tire ses pouvoirs.

CONCLUSION

Ayant été retenues en raison de leur caractère doctrinal, les décisions sélectionnées dans la présente chronique abordent des questions qui entretiennent peu de liens avec l'actualité. Néanmoins, nous avons constaté que plusieurs décisions ont été rendues en matière de copropriété divisée qui révèlent une pratique susceptible de prendre une plus grande ampleur, celle des locations courtes durées. Avec la fin d'une pandémie qui aura trop duré, il est à prévoir qu'une grande partie de la population veuille profiter d'une liberté enfin retrouvée en louant des résidences privées pendant leurs vacances. Les logements ainsi offerts sur des sites comme Airbnb seront vraisemblablement sollicités, mais les locataires copropriétaires divisés qui voudraient profiter de cette manne annoncée devront se montrer prudents avant d'offrir leur logement. En effet, les décisions *Mazza c. Havre Lafontaine*¹⁴⁹ et *Syndicat de copropriété du 186 St-Paul c. Lafrance*¹⁵⁰ montrent que les syndicats

147. *Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37, par. 56.

148. *Ibid.*, par. 60; voir aussi par. 65.

149. *Mazza c. Havre Lafontaine*, 2020 QCCS 1265.

150. *Syndicat de copropriété du 186 St-Paul c. Lafrance*, 2019 QCCQ 7891.

de copropriétaires n'entendent pas toujours rester passifs devant les allées et venues de locataires occasionnels et que les tribunaux veulent imposer le respect de la destination des immeubles en sanctionnant les atteintes à la vocation résidentielle. Même si, dans l'une et l'autre des décisions, les immeubles en copropriété se trouvaient dans des lieux touristiques, la destination résidentielle de l'immeuble justifiait que l'on interdise la location de moins de 12 mois par règlement, suivant ainsi la décision *Kilzi c. Syndicat des copropriétaires du 10 400 boulevard L'Acadie*¹⁵¹ de la Cour d'appel. Si, dans la première décision, cette conclusion frustre les projets économiques du copropriétaire, elle a eu des conséquences plus sévères dans la seconde. Voulant prendre le taureau par les cornes, le syndicat de copropriétaires a introduit une clause pénale dans la déclaration de copropriété dont la seule vocation était de dissuader les copropriétaires d'entreprendre de telles locations¹⁵². Le copropriétaire récalcitrant s'est ainsi vu réclamer plus de 20 000 \$ de frais par le syndicat, qui a pu en obtenir 15 000 \$ en raison de la compétence limitée de la Cour des petites créances. Ces décisions illustrent ainsi l'importance que peut prendre la destination d'un immeuble dans le contexte de la copropriété divise, ainsi que l'ampleur des restrictions qui peuvent être associées à cette modalité du droit de propriété.

151. *Kilzi c. Syndicat des copropriétaires du 10 400 boulevard L'Acadie*, 2001 CanLII 10061, [2001] R.J.Q. 2401 (C.A.).

152. *Syndicat de copropriété du 186 St-Paul c. Lafrance*, préc. note 150, par. 21.