

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2021 EN DROIT DES BIENS

Mathieu Devinat

Volume 123, numéro 2, 2021–2022

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2021

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1091721ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1091721ar>

[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 2021 EN DROIT DES BIENS. *Revue du notariat*, 123(2), 413–455. <https://doi.org/10.7202/1091721ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2021 EN DROIT DES BIENS

Mathieu DEVINAT*

INTRODUCTION	415
1. La Cour d'appel désacralise les choses sacrées et diabolise la possession de mauvaise foi !	416
1.1 Le caractère hors commerce des lots appartenant à une société exploitant un cimetière	419
1.2 La notion de fraudeur à l'article 927 C.c.Q. et les actes de possession d'un possesseur de mauvaise foi	424
2. La permission d'utiliser un bien par le propriétaire transforme-t-elle le possesseur en détenteur ?	428
3. Le titulaire d'une servitude de passage peut-il prescrire un droit de propriété sur le fonds servant ?	434
3.1 La mention d'une servitude dans des actes notariés engendre-t-elle une détention ?	438
3.2 Le bénéficiaire d'une servitude de passage est-il forcément détenteur de l'assiette de celle-ci ou peut-il en être possesseur ?	439

* Professeur, Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier tout particulièrement la professeure Alexandra Popovici, de l'Université de Sherbrooke pour ses commentaires pertinents et constructifs à l'égard d'une version antérieure de ce texte. Il tient aussi à remercier ses collègues Pascal Fréchette et Andréanne Malacket, professeurs à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, qui ont partagé leurs réflexions sur certaines questions abordées dans le texte. Enfin, plusieurs arrêts étudiés dans la présente chronique ont fait l'objet de discussions approfondies avec Michel Boudot, professeur agrégé de la Faculté de droit de l'Université de Poitiers.

3.3	L'exigence d'une interversion de titre lorsqu'un propriétaire est introuvable	440
4.	La nature juridique d'une servitude de fourniture d'énergie	441
4.1	Sur la nature d'une servitude de fourniture d'énergie	443
4.2	Une servitude invalide peut cacher une obligation personnelle perpétuelle	445
5.	Une propriété superficière peut-elle naître d'un testament ?	446
6.	Le droit de passage des articles 997 et suivants C.c.Q. : la Cour d'appel confirme une démarche rigide pour en fixer l'assiette, mais promeut une approche contextuelle pour déterminer l'enclave.	449
6.1	La soi-disant « prescription » de l'assiette du droit de passage en cas d'enclave : la rigidité d'une formule <i>contra legem</i>	449
6.2	L'enclave, une question de contexte.	451
	CONCLUSION	454

INTRODUCTION

Est-ce le fruit du hasard ou d'une politique délibérée de la Cour d'appel du Québec, mais plusieurs décisions qui ont attiré notre attention cette année ont sensiblement durci les conditions imposées au possesseur de mauvaise foi qui souhaite profiter du mécanisme prévu à l'article 2910 C.c.Q. Par suite des arrêts *Dupuy c. Gauthier*¹ et *Ostiguy c. Allie*², qui ont chacun confirmé la possibilité d'acquérir un bien par prescription, même contre un titre publié, il se peut que l'on assiste à un retour *jurisprudential* du balancier.

La crispation judiciaire à l'encontre du possesseur de mauvaise foi, si elle existe, se présenterait sous différentes formes. La principale consisterait à le ranger dans la catégorie des détenteurs dont la capacité de posséder à nouveau est conditionnelle à une interversion de titre. Comme on pourra le constater, la notion de détention a fait l'objet d'une analyse fouillée par la Cour d'appel dans l'affaire *Ville de Lévis c. Mathieu*³, qui est susceptible de faire jurisprudence, car elle conclut que la permission d'utiliser un bien, accordée par le propriétaire, transforme la possession en détention. De plus, la Cour formule plusieurs affirmations générales sur les conditions de transformation d'une possession en détention qui sont susceptibles d'être reprises par les tribunaux. En témoigne la décision *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*⁴, dans laquelle la Cour supérieure s'est inspirée de l'arrêt de la Cour d'appel pour qualifier de détenteur le bénéficiaire d'une servitude de passage, le privant ainsi de la possibilité de prescrire l'assiette du fonds servant sur laquelle il avait pourtant, pendant plus de 25 ans, agi comme un véritable propriétaire. Dans une autre décision, c'est par la définition de « fraudeur », visé à l'article 927 C.c.Q., que la Cour d'appel a privé un possesseur de mauvaise foi des effets de la possession, alors même qu'il n'avait – selon nous – commis que des actes de possession⁵. Sans vouloir

1. *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774.

2. *Ostiguy c. Allie*, 2017 CSC 22.

3. *Ville de Lévis c. Mathieu*, 2021 QCCA 23.

4. *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*, 2021 QCCS 3419.

5. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, 2021 QCCA 1173.

nous attarder sur leur opportunité, ces décisions soulèvent des questions intéressantes sur la frontière qu'il convient d'établir entre la possession de mauvaise foi, la détention et la possession équivoque.

Outre l'évolution qui se dessine dans le domaine de la possession, la Cour d'appel a confirmé deux tendances controversées en matière d'enclave. La première concerne l'analyse de la notion d'enclave, abordée dans *Turbide c. Boucher*⁶, qui s'inscrit dans l'approche évoquée pour la première fois dans *Rankin c. Gaucher*⁷ et qui se présente dorénavant sous forme d'« analyse contextuelle » de celle-ci, pourtant absente du Code. La seconde tendance est toujours aussi éloignée de la lettre du Code, en ce qu'elle consacre la soi-disant « prescription » de l'assiette du droit de passage⁸ lorsqu'une enclave est reconnue. En l'absence de possession et de prescription d'une « assiette », la formule a un sens incertain en droit privé québécois. Malgré cela, elle est susceptible d'avoir une incidence importante, car elle prive d'effet l'article 998 du *Code civil du Québec*.

L'ordre des décisions commentées est, on le constatera, relativement aléatoire. Elles abordent chacune des questions de droit qui nous sont apparues intéressantes, dont celle de la nature juridique d'une servitude de fourniture d'énergie et de la possibilité de créer une propriété superficielle par testament⁹. Nous avons cru important d'entamer cette chronique annuelle avec un sujet qui nous concernera tous un jour ou l'autre, celui des cimetières. Dans l'affaire *Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*¹⁰, la Cour d'appel aborde la question complexe de l'affectation des terrains appartenant aux corporations religieuses dont la mission est d'exploiter un cimetière, avec pour enjeu la possibilité de les prescrire.

1. La Cour d'appel désacralise les choses sacrées et diabolise la possession de mauvaise foi !

L'arrêt *Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*¹¹ devait nécessairement être retenu dans cette chronique, car c'est la première

6. *Turbide c. Boucher*, 2021 QCCA 323.

7. *Rankin c. Gaucher*, 2019 QCCA 1718.

8. *9323-0506 Québec inc. c. Isabel*, 2021 QCCA 69.

9. Voir les commentaires des décisions *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, 2021 QCCA 842 et *Pavlakidis c. Pavlakidis*, 2020 QCCS 4387.

10. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, préc., note 5.

11. *Ibid.*

fois, à notre connaissance, que la Cour d'appel aborde la catégorie des « choses sacrées » depuis la décision *Prévost c. Fabrique de la paroisse de l'Ange-Gardien*¹², rendue en 1987. Même si cette catégorie a été formellement englobée par une catégorie plus large, celle des choses « hors commerce »¹³, son contenu s'est perpétué sous le *Code civil du Québec* et il est toujours exact d'affirmer, comme l'avait fait le juge Malouf sous l'ancien code, « qu'une chose peut être sacrée par sa nature, par exemple les restes des morts, ou par sa destination, comme par exemple un cimetière »¹⁴. En examinant la nature hors commerce d'un terrain appartenant à une société dont la vocation est d'exploiter un cimetière, la Cour d'appel a dû se pencher, dans l'affaire *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*¹⁵, sur la catégorie des choses hors commerce (ou « sacrées ») *par destination*. La décision mérite aussi d'être commentée en raison de la définition étonnante de la notion de « fraudeur », prévue à l'article 927 du Code civil, qu'elle comporte, car elle est susceptible, selon nous, d'englober plusieurs actes de possession qui autrement seraient parfaitement légitimes. Compte tenu du fait que le fraudeur ne peut bénéficier des effets de la possession¹⁶, la définition proposée soulève des enjeux importants en matière de prescription acquisitive.

Dans cette affaire, la Cour d'appel devait qualifier la nature juridique de parcelles de terrains qui avaient été acquises par une société, *Le Repos Saint-François d'Assise* (ci-après « RSFA »), qui n'avait semble-t-il jamais exprimé ou manifesté sa volonté d'utiliser ces parcelles, que ce soit en vue d'exploiter le cimetière ou pour une autre finalité. Laisées à elles seules en quelque sorte, les parcelles avaient été progressivement aménagées par le propriétaire voisin pour être utilisées comme des stationnements par ses locataires

12. *Prévost c. Fabrique de la paroisse de l'Ange-Gardien*, 1987 CanLII 638 (QC C.A.).

13. Comme pour le Code civil français, le *Code civil du Bas Canada* faisait appel au concept de « chose sacrée », notamment à l'article 2217 : « Les choses sacrées, tant que la destination n'en a pas été changée autrement que par l'empiètement souffert, ne peuvent s'acquérir par prescription. Les cimetières, considérés comme chose sacrée, ne peuvent être changés de destination de manière à donner lieu à la prescription, qu'après l'exhumation des restes des morts, choses sacrées de leur nature. » La formulation du *Code civil du Québec*, est plus laconique, voir l'art. 2876 C.c.Q. : « Ce qui est hors commerce, incessible ou non susceptible d'appropriation, par nature ou par affectation, est imprescriptible. *That which is not an object of commerce, is non-transferable or is inappropriable, by reason of its nature or the purpose to which it has been appropriated, cannot be prescribed.* »

14. *Prévost c. Fabrique de la paroisse de l'Ange-Gardien*, préc., note 12.

15. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, préc., note 5.

16. Art. 927 C.c.Q.

pendant plus de 20 ans. La Cour d'appel a conclu que les parcelles en question devaient être considérées « hors commerce », et donc imprescriptibles, malgré l'usage qui en avait été fait pendant toutes ces années : elles seraient ainsi hors commerce par le simple fait qu'elles appartiendraient à une société dont la mission est d'exploiter un cimetière, d'où l'importance de la décision (1.1). Alors qu'elle aurait pu se contenter de cette conclusion pour accueillir le pourvoi et donner raison aux appelants, la Cour d'appel a formulé un long *obiter* dans lequel elle sanctionne le comportement du possesseur voisin qui aurait cherché, selon la Cour, à tromper délibérément le propriétaire du cimetière en déplaçant des bornes qu'il avait installées pour délimiter son terrain. La qualification retenue par la Cour d'appel a de quoi surprendre, car en qualifiant de frauduleux des actes de possession, elle prive le possesseur de mauvaise foi des effets de sa possession, pourtant utile¹⁷. Même si elles font partie d'un simple *obiter dictum*, les propositions formulées dans cette affaire méritent d'être recadrées et critiquées, car elles sont susceptibles de remettre en question le régime juridique de la possession de mauvaise foi des immeubles¹⁸ (1.2). Les deux volets de la décision seront examinés séparément, mais avant, il convient d'effectuer un rappel des faits qui en sont à l'origine.

RSFA est une société créée en 1916 dont la loi constitutive prévoit, à son article 4, qu'elle peut acquérir des biens meubles et immeubles « aux fins de la fondation et du maintien d'un cimetière destiné à desservir la partie est de l'île de Montréal »¹⁹. Depuis sa constitution, la société a acquis des terrains qui lui ont permis d'établir et de construire un vaste cimetière qu'elle exploite conformément à sa mission. Or, il se trouve un certain nombre de parcelles qui, bien qu'elles lui appartiennent, sont situées à l'extérieur du

17. En vertu de l'art. 927 C.c.Q.

18. Elle est ainsi susceptible de remettre en question la décision d'ordre politique, prise par le législateur québécois, d'adopter un régime de la prescription qui ne distingue pas entre la bonne ou la mauvaise foi du possesseur. Voir : *Dupuy c. Gauthier*, préc., note 1; *Ostiguy c. Allie*, préc., note 2, au par. 49 (J. Gascon) : « Sous le C.c.Q., le législateur a aboli cette distinction et prévu une prescription unique de 10 ans pour les immeubles, sans faire de la bonne foi une condition nécessaire à cette prescription. Ainsi, sous le Code actuel, la mauvaise foi n'est plus une considération pertinente à la prescription acquisitive (*Dupuy*, par. 50-52). »

19. *Loi constituant en corporation le Cimetière de l'est de Montréal* (1916, 1^{re} session, chapitre 88, sanctionnée le 16 mars 1916), art. 4 : « 4. La compagnie est autorisée à acquérir, posséder, louer, gérer, administrer, vendre, échanger, hypothéquer des terrains, immeubles et meubles, aux fins de la fondation et du maintien d'un cimetière destiné à desservir la partie est de l'île de Montréal. [...] » (nos soulignements).

périmètre du cimetière, tel que délimité par une clôture et qui n'ont, semble-t-il, pas fait l'objet d'un aménagement particulier. Étant convoitées par le propriétaire du fonds voisin, Constantino Sabelli, ces parcelles feront l'objet, dès l'année 1983, d'une utilisation régulière par ce dernier. Même s'il ne peut pas revendiquer de titre de propriété sur celles-ci, M. Sabelli va occuper les parcelles de manière constante et il va manifester sa volonté d'agir comme propriétaire en retirant, en 1990, des enseignes posées par RSFA qui interdisaient de se stationner et en déplaçant, six ans plus tard, des blocs de ciment également installés par la société pour marquer les limites du cimetière.

Après une série de transactions, la propriété de M. Sabelli a été transférée à son fils, Dino Sabelli, qui a demandé, conformément à l'article 2918 C.c.Q., d'être déclaré propriétaire des parcelles par le jeu de la prescription acquisitive. Le délai de prescription étant largement écoulé, les principaux moyens de défense soulevés en vue de contester l'acquisition des parcelles sont, d'une part, le caractère imprescriptible des parcelles en tant que choses hors commerce et, d'autre part, la conduite de Constantino Sabelli qui relèverait de la fraude, au sens de l'article 927 C.c.Q., et qui priverait l'actuel propriétaire, M. Dino Sabelli, des effets de sa possession.

1.1 Le caractère hors commerce des lots appartenant à une société exploitant un cimetière

En première instance²⁰, comme à la Cour d'appel, les juges ont dû d'abord examiner l'argument fondé sur le caractère imprescriptible des lots utilisés par M. Sabelli. Les raisonnements se rejoignent sur un premier constat selon lequel les cimetières sont des lieux qui sont hors commerce non pas en raison de leur nature, mais en raison de leur affectation²¹. En revanche, les opinions des deux cours divergent sur les conditions d'attribution ou de retrait d'une affecta-

20. *Sabelli c. Ministère du Revenu du Québec*, 2020 QCCS 1207.

21. Voir l'art. 2876 C.c.Q. Les notions de destination et d'affectation sont parfois synonymes, voir l'entrée « affectation » dans France ALLARD *et al.*, *Dictionnaire de droit privé des biens et lexiques bilingues*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 14 : (sens 1) « Acte par lequel on assigne une finalité particulière à un droit patrimonial ou à une universalité de droits patrimoniaux » (angl. *appropriation to a purpose*); (sens 2) « Finalité particulière assignée à un droit patrimonial ou à une universalité de droits patrimoniaux » (angl. *affectation, appropriation, destination*) (syn. destination). Sur la destination, voir : David LAMETTI, « Destination », (2020) 66 *R.D. McGill* 47.

tion. Cette question n'est pas abordée dans le *Code civil du Québec* et elle n'a pas attiré l'attention de la doctrine, à l'exception d'un texte du juge Nicholas Kasirer, publié en 1998, alors qu'il était professeur de droit²². Étonnamment, les juges vont tour à tour citer cette étude comme si elle apportait des réponses précises à la question qui leur était posée. Or, l'excellente étude du juge Kasirer s'inscrit dans un registre qu'il aurait probablement qualifié lui-même de spéculatif, dans laquelle il cherche à comprendre les rapports entre le droit étatique, les normes religieuses et le sacré, plutôt qu'à défendre une thèse à vocation pratique sur le régime juridique des cimetières. Néanmoins, le texte s'appuie sur une recherche fouillée des lois établissant les cimetières au Québec et l'auteur souligne que c'est seulement par la délégation de l'État qu'une entité peut donner à un cimetière un caractère « sacré »²³ :

[d]ans tous ces cas, la personne morale désignée par l'État décide de l'affectation du cimetière, cette affectation étant à l'origine du statut des choses hors commerce de ce dernier, que la corporation habilitée soit qualifiée de personne morale de droit privé, ou de corporation « ecclésiastique », ou que l'évêque lui-même soit constitué en personne morale.²⁴

Paradoxalement, si les cours semblent s'accorder sur les principes applicables, elles divergent sur les conditions qui doivent être remplies pour qu'un bien puisse être considéré comme *affecté juridiquement* à un tel usage.

Selon la juge Poisson, qui a rendu la décision en première instance, l'affectation juridique d'un terrain « découle de l'usage réellement effectué »²⁵. En l'absence d'un usage *réel* ou *concret*, le bien ne

22. Nicholas KASIRER, « La mort du positivisme ? L'exemple du cimetière », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1998, p. 204. Voir aussi, plus particulièrement sur les cadavres : Bjarne MELKEVIK, « Le silence des lambeaux : le cadavre, le sépulcre et la philosophie du droit », (2017) 4 *Studia Iurisprudentia – Studia Universitatis Babe -Bolyai* 5.

23. Nicholas KASIRER, préc., note 22, p. 208 : « Le chaman de l'État est une personne morale, explicitement autorisée par la loi à conférer le statut de chose sacrée à l'éventuel cimetière » ; ce qui n'exclut pas que la personne morale en question soit une autorité religieuse, bien entendu, voir p. 209 : « La technique employée par la loi est assurément celle de la délégation du pouvoir décisionnel à l'autorité religieuse, mais cette dernière bénit le cimetière pour se conformer aux directives de la loi qui, elle, s'abreuve du sacré inhérent de l'ordre juridique religieux. »

24. *Ibid.*, p. 210.

25. *Sabelli c. Ministère du Revenu du Québec*, préc., note 20, par. 76.

peut pas être considéré comme étant affecté juridiquement, ce qui permet de le prescrire²⁶. Compte tenu du non-usage des parcelles par la société, la juge arrive à la conclusion qu'elles ne peuvent être considérées comme étant des choses hors commerce en raison de leur affectation.

L'analyse de la juge Poisson repose sur le principe suivant lequel l'affectation d'un bien relève de l'exercice, par le propriétaire, de l'une des prérogatives du droit de propriété, le droit d'user, envisagé à partir de son volet matériel. En exigeant un « usage réel » du terrain comme cimetière, la juge Poisson semble écarter la possibilité que l'affectation d'un bien puisse être strictement juridique. Or, il nous apparaît, au contraire, que l'affectation peut relever d'un simple acte de *volonté* de la part du propriétaire, et non pas seulement de l'usage *concret* qu'il peut en faire. Comme l'explique M^e Brigitte Roy dans son étude sur l'affectation en droit privé :

L'affectation est rattachée à l'aspect juridique et non à l'aspect matériel des prérogatives de la propriété. À titre d'exemple, utiliser un téléphone cellulaire relève de l'aspect matériel de la prérogative qu'est le *jus utendi*. En revanche, décider qu'un téléphone cellulaire servira uniquement à des fins professionnelles et non à des fins personnelles est une expression de l'aspect juridique de cette même prérogative.²⁷

L'*affectation* d'un bien dépendrait ainsi de l'expression de la volonté du propriétaire, au moyen d'un acte juridique ou d'un autre mode d'expression, mais pas strictement de son usage réel. En revanche, il ne nous apparaît pas déraisonnable d'admettre qu'un non-usage prolongé d'un terrain puisse laisser présumer que le propriétaire n'a pas l'intention de l'utiliser en tant que cimetière, et qu'il le *désaffecte* en quelque sorte.

La Cour d'appel, à son tour, rejette le critère évoqué par la juge Poisson fondé sur l'utilisation *réelle* des parcelles pour lui préférer une conception de l'affectation qui n'exige aucune expression ou manifestation de volonté de la part des propriétaires d'un bien ni d'un usage matériel. Selon le juge Bouchard, qui s'exprime au nom de la Cour, l'affectation est constituée au moment de l'acquisition

26. La Cour supérieure relève plusieurs indices qui montrent que les parcelles en question étaient isolées du reste du cimetière (*ibid.*, par. 80).

27. Brigitte ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », (2001) 103 *R. du N.* 383, 386. Voir aussi : Sylvio NORMAND, « L'affectation en droit des biens au Québec », (2014) 48 *R.J.T.U.M.* 599, 600.

des parcelles et elle se poursuit indéfiniment, tant que son propriétaire n'opère pas sa désaffectation : « [D]ès qu'un organisme religieux acquiert un terrain dans le but d'y exploiter un cimetière, il importe peu de savoir quand celui-ci sera effectivement aménagé, pour autant que l'organisme ne change pas son projet en affectant le terrain à une autre fin²⁸. » En d'autres termes, l'acquisition d'un fonds « dans le but d'exploiter un cimetière » suffit pour que l'on qualifie le fonds de chose hors commerce par affectation. Ainsi, précise le juge, « un terrain affecté à l'usage d'un cimetière ne change pas d'affectation pour la raison qu'il n'est pas encore utilisé si l'autorité religieuse entend le réserver à l'agrandissement de son site »²⁹. L'établissement d'un cimetière étant projeté sur une longue période de temps, les terrains ainsi achetés, mais non utilisés, peuvent ainsi servir de « fonds de réserve » dont l'affectation ne serait pas modifiée ou éteinte par leur non-usage.

Le raisonnement de la Cour d'appel peut surprendre, car rien dans la loi constitutive de la société ne prévoit l'affectation automatique des biens qu'elle acquiert. À lire le texte législatif, on constate qu'il ne prévoit qu'un pouvoir d'acquisition de terrains « aux fins de la fondation et du maintien d'un cimetière »³⁰, tout en permettant que ces mêmes biens puissent faire l'objet d'opérations commerciales (« posséder, louer, gérer, administrer, vendre, échanger, hypothéquer »). La Cour d'appel semble toutefois être d'avis qu'en raison de la seule mission qui a été assignée à la société, tout ce qu'elle acquiert serait doté de la même finalité. Selon le juge Bouchard, « l'appelant est une personne morale dont le seul et unique objectif, en acquérant des terrains, est d'exploiter un cimetière. Les parcelles 1 et 3 ont donc été juridiquement affectées par le seul fait de leur acquisition par l'appelant. »³¹ Si l'on devait suivre le raisonnement de la Cour d'appel, tous les biens acquis par la corporation, meubles

28. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, préc., note 5, par. 37.

29. *Ibid.*, par. 38.

30. Voir l'article 4 de la *Loi constituant en corporation le Cimetière de l'est de Montréal*, préc., note 19.

31. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, préc., note 5, par. 44 : « Il importe d'insister sur le fait que, par l'article 4 de la loi constitutive, le législateur a délégué à l'appelant le pouvoir d'acquérir, posséder, gérer et administrer des terrains nécessaires à l'accomplissement de sa mission, qui est, suivant le préambule de la loi, de "fonder et d'exploiter un cimetière destiné à desservir la partie est de l'île de Montréal". Or, l'appelant est une personne morale dont le seul et unique objectif, en acquérant des terrains, est d'exploiter un cimetière. Les parcelles 1 et 3 ont donc été juridiquement affectées par le seul fait de leur acquisition par l'appelant. Elles sont imprescriptibles. »

ou immeubles³², devraient être présumés comme des choses hors commerce par affectation, et cela, tant que l'organisme « ne change pas son projet en affectant le terrain à d'autres fins »³³. Ce faisant, la Cour d'appel range dans la catégorie des biens hors commerce des biens qui peuvent intégrer le commerce par des actes juridiques à titre onéreux, ce qui est pour le moins paradoxal³⁴.

En tout état de cause, il faut retenir de l'arrêt que l'affectation du terrain ne relève pas directement de l'exercice du droit de propriété, mais de son acquisition par une personne morale à qui on a assigné une mission. Ultimement, elle dériverait de la loi.

Comme nous l'avons écrit plus haut, le *Code civil du Québec* n'a pas établi un régime juridique général encadrant l'attribution ou l'extinction de l'affectation d'un bien. En matière de copropriété, divise³⁵ ou indivise³⁶, l'affectation doit être établie par les propriétaires, à l'intérieur d'une convention. Face au silence de la loi, la Cour d'appel a fait reposer l'affectation sur la mission, attribuée par le législateur, de la personne morale ayant acquis le bien, ce qui rapproche le régime juridique de la société RSFA à celui applicable aux biens de l'État³⁷ : la chose hors commerce par affectation aurait pour seule qualité d'avoir été acquise par une société légalement autorisée qui pourrait le « désaffecter » à sa guise, en le vendant, le louant, le grevant d'une hypothèque, etc. À notre avis, cette conception de l'affectation *désacralise* quelque peu cette catégorie, car elle a le potentiel de la dissocier de tout usage réel ou même voulu par son propriétaire³⁸. Enfin, la décision de la Cour d'appel ne devrait pas, sans examen, être transposée aux autres lois portant sur

32. L'article 4 de la *Loi constituant en corporation le Cimetière de l'est de Montréal*, préc., note 19 prévoit en effet que « [l]a compagnie est autorisée à acquérir, posséder, louer, gérer, administrer, vendre, échanger, hypothéquer des terrains, immeubles et meubles, aux fins de la fondation et du maintien d'un cimetière destiné à desservir la partie est de l'île de Montréal » (nos soulignements).

33. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, préc., note 5, par. 37.

34. Voir l'article 4 de la *Loi constituant en corporation le Cimetière de l'est de Montréal*, préc., note 19.

35. Art. 1053 C.c.Q.

36. Art. 1016 et 1030 C.c.Q.

37. Art. 916, al. 2 C.c.Q.

38. Paradoxalement, l'étude de Nicholas Kasirer semble faire dépendre l'affectation d'un cimetière sur un geste ou sur un acte posé par son propriétaire, qu'il décrit comme un « acte juridique de bénédiction » (Nicholas KASIRER, préc., note 22, p. 208), comme l'exercice d'un pouvoir (p. 209), une « décision » (p. 210), ou comme une condition « qui doit être accomplie » (p. 211) et ce n'est qu'à la suite de « ces dédicaces » et « bénédictions » juridiques que l'immeuble n'est plus susceptible d'appropriation (p. 211).

l'établissement de cimetières. Dans la *Loi sur les compagnies de cimetières catholiques romains*³⁹, par exemple, le non-usage d'un immeuble pendant une période de 25 ans oblige la compagnie à en disposer, ce qui implique qu'il n'est plus affecté juridiquement et qu'il a perdu son statut de chose hors commerce⁴⁰.

1.2 La notion de fraudeur à l'article 927 C.c.Q. et les actes de possession d'un possesseur de mauvaise foi

Comme nous l'avons indiqué plus haut, la conclusion de la Cour d'appel à l'égard du caractère hors commerce des parcelles aurait pu mettre un terme au débat. Néanmoins, la Cour a cru nécessaire d'enfoncer un dernier clou dans le cercueil du demandeur et de répondre à un argument formulé par la société RSFA qui consistait à qualifier de frauduleux, au sens de l'article 927 du *Code civil du Québec*, certains actes de possession exercés par le père du demandeur, alors qu'il était propriétaire du fonds voisin.

Les gestes n'étaient pas contestés, bien au contraire. Ils avaient été allégués en première instance par le demandeur lui-même pour démontrer que les parcelles avaient bel et bien fait l'objet d'une possession utile pendant une période de plus de dix ans⁴¹ ! À ce titre, le demandeur a fait valoir, entre autres gestes d'occupation, que des enseignes interdisant de stationner des véhicules sur les parcelles 1 et 3, posées par RSFA, avaient sciemment été retirées en 1990, de même que des blocs de béton installés par ce dernier en 1996 ont été déplacés⁴². Du point de vue du demandeur Sabelli, les allégations visaient vraisemblablement à montrer que sa possession des parcelles était non équivoque.

Si ces gestes peuvent contribuer à établir la possession, peuvent-ils être qualifiés de « frauduleux » au sens de l'article 927 C.c.Q.⁴³ ? La question est intéressante, car elle aurait pu donner lieu

39. *Loi sur les compagnies de cimetières catholiques romains*, RLRQ, c. C-40.1.

40. *Ibid.*, art. 24 : « La compagnie doit disposer dans un délai raisonnable des immeubles qui, pendant une période de vingt-cinq années consécutives, n'ont pas été utilisés pour la poursuite de ses fins. » On peut relever que la mission de la compagnie est sensiblement la même que celle attribuée à RSFA, voir art. 22 : « Les fins de la compagnie sont la détention et l'administration de cimetières catholiques romains. »

41. *Sabelli c. Ministère du Revenu du Québec*, préc., note 20, par. 61 et s.

42. *Ibid.*, par. 61.

43. Art. 927 C.c.Q. : « Le voleur, le receleur et le fraudeur ne peuvent invoquer les effets de la possession, mais leurs ayants cause, à quelque titre que ce soit, le
(à suivre...)

à une étude des rapports entre certaines notions de droit pénal (vol, fraude, recel) et le régime de la prescription acquisitive immobilière, parfois décrit comme un « vol de terre »⁴⁴. La Cour d'appel aurait pu aussi saisir l'occasion qui lui était donnée pour traiter du rôle que devrait jouer la *bonne foi*⁴⁵ en matière de possession, particulièrement quand elle est de mauvaise foi. Malheureusement, la Cour d'appel va qualifier les gestes de M. Sabelli de frauduleux en s'appuyant sur un raisonnement pour le moins laconique qui risque d'engendrer une certaine confusion entre les notions de fraude, de mauvaise foi et de possession.

Il est ironique de lire que la Cour d'appel reproche à la juge Poisson d'avoir omis « de se livrer à l'analyse juridique pertinente [...] »⁴⁶ sur la question de l'application de l'article 927 du *Code civil du Québec*. Il est probable que d'autres juristes fassent le même reproche à la Cour d'appel, car la définition de « fraude » qu'elle nous propose s'appuie sur des bases pour le moins étriquées. Pour définir la notion de fraude à l'article 927 C.c.Q., la Cour d'appel s'est contentée de faire appel à deux dictionnaires, l'un de langue usuelle et l'autre juridique, pour dégager des critères de « mauvaise foi » et de « tromperie » qui serviraient, selon elle, à en tracer les limites. Le juge affirme ainsi que « le fraudeur, au sens de l'article 927 C.c.Q., est celui qui, en plus de savoir qu'il ne détient aucun titre valide à l'égard du bien qu'il possède⁴⁷, pose un geste positif de façon à tromper le véritable propriétaire⁴⁸ ».

(...suite)

peuvent s'ils ignoraient le vice. *No thief, receiver of stolen goods or defrauder may invoke the effects of possession, but his successors by whatever title may do so if they were unaware of the defect.* »

44. Voir Frédéric LEVESQUE et Maude CLOUTIER, « Lorsque le temps est l'ennemi de notre bien : les fondements et les origines de la prescription acquisitive en matière immobilière », (2017) 58 *C. de D.* 789, 792 : « L'institution est fondamentale et si elle sert parfois à “voler une terre”, c'est un effet collatéral rarissime et justifié. »

45. Art. 6 C.c.Q. L'article se limite à l'exercice des droits civils. Est-ce que cette obligation s'étend aux rapports de fait entre une personne et un bien appartenant à autrui ?

46. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, préc., note 5, par. 58.

47. On imagine que la définition vise principalement le possesseur de mauvaise foi; mais compte tenu du fait que la bonne foi s'apprécie au début de la possession seulement, elle pourrait tout aussi bien viser un possesseur de bonne foi qui apprend par la suite qu'il ne détient pas un titre, voir l'art. 932 C.c.Q. Tel que l'a rappelé la Cour d'appel, dans *Dupuy c. Gauthier*, préc., note 1, par. 29 : « La notion de bonne foi ne réfère aucunement à une notion d'honnêteté, mais réfère plutôt à la conviction du possesseur qu'il est le véritable propriétaire ou encore à la connaissance des véritables limites de propriétés. »

48. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, préc., note 5, par. 56.

Parmi les deux critères qui se dégagent de cette proposition, nous allons nous attarder au second, celui du « geste positif de façon à tromper », car il nous apparaît particulièrement difficile à cerner, notamment en raison de la manière qu'il sera appliqué en l'espèce.

Selon la Cour d'appel, les gestes de M. Sabelli auraient été posés en vue de tromper le « véritable propriétaire » : « À n'en pas douter, Constantino Sabelli a délibérément induit l'appelant en erreur sur les limites de sa propriété en déplaçant les blocs de ciment installés par ce dernier pour délimiter son terrain, et ce, à son insu, selon ce que la juge retient de la preuve. »⁴⁹ N'ayant pas assisté aux témoignages des parties ni eu accès aux preuves déposées, il est toujours difficile de caractériser une conduite, et surtout de spéculer sur les intentions qui l'ont animée.

En revanche, les gestes que l'on reproche à M. Sabelli nous paraissent consubstantiels à la possession et c'est là que se trouve la difficulté avec l'analyse de la Cour d'appel : pour prescrire, le possesseur de mauvaise foi doit agir de manière à exprimer son *animus* sur une parcelle dont il sait qu'elle ne lui appartient pas. La conduite peut prendre plusieurs formes : poser une clôture, stationner sa voiture, couper le gazon, planter une haie, retirer une barrière ou même la déplacer... Lorsqu'ils sont exercés sur le fonds d'un voisin, ces gestes peuvent avoir pour effet d'induire en erreur le propriétaire en titre quant à sa perception des limites de son propre fonds. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'avait pas assimilé ces comportements à de la fraude, du moins, pas à notre connaissance. Dans une décision récente, commentée plus loin, on apprend qu'un ancien juge de la Cour suprême du Canada a usé du même stratagème en vue d'acquérir un fonds voisin par prescription⁵⁰ ! À notre avis, les gestes que la Cour d'appel reproche à M. Sabelli auraient pu tout aussi bien être qualifiés d'actes de « possession » et ce dernier aurait pu d'ailleurs demander à un tribunal d'être maintenu dans sa possession, dans le cadre d'une action possessoire, en vertu de l'article 929 C.c.Q. Le fait que la Cour d'appel insiste sur le fait que le déplace-

49. *Ibid.*, par. 61 (soulignements dans l'original).

50. *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*, préc., note 4, par. 20 : « Elle relate que durant l'année de sa nomination à la Cour suprême du Canada, son défunt mari, l'Honorable Charles Joseph Doherty Gonthier, lui a déclaré qu'en installant une clôture, ils deviendraient propriétaires, au bout de 30 ans, de la section de la bande de terrain allant de la clôture vers le lac. Une clôture munie d'une porte à loquet a ainsi été installée en 1990 et celle-ci demeure en place aujourd'hui. »

ment des bornes aurait été fait « à l'insu » de RSFA laisse perplexe, car ces gestes ont été posés en plein jour, et non dans la clandestinité⁵¹.

Avec le raisonnement de la Cour d'appel, celui qui a valorisé un fonds pendant plus de 20 ans est sanctionné au bénéfice d'un propriétaire qui est demeuré largement passif devant des gestes publics, continus, non équivoques et paisibles qui mettaient en péril ses droits. Ce faisant, la Cour d'appel remet en question l'une des finalités de la prescription acquisitive décrite par le professeur Martineau de la manière suivante :

Quant au propriétaire dépouillé de son droit par l'effet de la prescription au profit d'un possesseur possiblement de mauvaise foi, le moins qu'on puisse dire c'est qu'il n'a pas fait preuve de diligence pour protéger et conserver son droit. Pendant de nombreuses années, la loi a continué, même s'il n'avait plus la possession, de lui reconnaître son droit et de mettre à sa disposition les moyens de le faire valoir. Il a bénéficié d'un délai suffisamment long pour voir à la protection de ses intérêts; il pouvait, en agissant dans ce délai, empêcher la prescription de se réaliser, et ainsi éviter de perdre son droit; s'il ne l'a pas fait, il a démontré une négligence et, de ce fait, ne mérite plus la protection de la loi. Même si, exceptionnellement, la prescription devait sanctionner une usurpation, on a, de tout temps, estimé que les services immenses qu'elle rendait l'emportaient sur les résultats contraires à l'équité qu'elle pouvait, à l'occasion, entraîner.⁵²

La notion de fraude qui se dégage de l'arrêt nous apparaît donc susceptible d'engendrer une certaine confusion dans le domaine de la prescription acquisitive, car elle ouvre grand la porte aux propriétaires menacés de prétendre que les conduites du possesseur sont frauduleuses, étant donné qu'elles « visaient à le tromper »... Formulée dans un *obiter dictum* et dans un contexte de droit civil⁵³, la définition de la fraude proposée par la Cour d'appel n'a qu'une autorité relative qui est fragilisée par l'absence de référence à des autorités jurisprudentielles ou doctrinales. À la manière des restes humains que l'on trouve dans les cimetières, cette définition mériterait probablement de ne pas être exhumée et de reposer en paix.

51. Art. 922 C.c.Q.

52. Pierre MARTINEAU, *La prescription*, coll. « Traité élémentaire de droit civil », Montréal, P.U.M., 1977, p. 17 et 18.

53. Sur la portée des *obiter dicta* dans un contexte de *common law*, voir : R. c. Henry, 2005 CSC 76; Mathieu DEVINAT, « L'autorité des *obiter dicta* de la Cour suprême du Canada », (1998) 77 R. du B. can. 1-36.

2. La permission d'utiliser un bien par le propriétaire transforme-t-elle le possesseur en détenteur ?

Lorsque le possesseur d'un bien obtient la permission de l'utiliser par son propriétaire, devient-il, par le fait même, un détenteur ? C'est la question, simple en apparence, à laquelle s'est attaquée la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Ville de Lévis c. Mathieu*⁵⁴ qui va certainement avoir une incidence importante en matière de prescription acquisitive, particulièrement sur la notion de détention et sur l'effet juridique d'une permission.

Le contexte factuel de l'affaire est relativement banal, même s'il a donné lieu à des raisonnements contrastés en première instance et à la Cour d'appel. Dans le cadre d'une demande de reconnaissance judiciaire du droit de propriété d'un immeuble, le possesseur d'une parcelle de terrain prétend qu'il est devenu propriétaire par la prescription acquisitive d'un fonds en raison de sa possession de neuf ans et un mois qu'il voudrait joindre aux quatre années de possession de son auteur. Si la possession du demandeur ne fait aucun doute, celle de son auteur est remise en question, car en défense, il est allégué qu'elle relève de la détention. Après deux ans d'occupation, l'auteur du demandeur avait en effet communiqué avec le propriétaire du fonds qu'il occupait sans droit pour lui demander si le terrain lui appartenait (« Monsieur Paquet, c'est à vous ? – [réponse du propriétaire :] Bien, oui. ») et il a obtenu l'autorisation de l'utiliser (« C'est une zone tampon industrielle de trois cents pieds (300 pi), on ne pourra rien faire, utilise-les, il n'y a pas de trouble. »)⁵⁵ La permission était connue du demandeur, car au moment de l'achat, le vendeur lui a affirmé : « [c]e terrain-là on l'utilise, il ne m'appartient pas, il appartenait à Monsieur Paquet. Mais on l'utilise, tu peux l'utiliser, j'ai la permission. »⁵⁶ Selon le défendeur, la reconnaissance de droit de propriété, conjuguée avec la permission accordée, faisait en sorte que l'auteur du demandeur doit être traité comme un détenteur, et non comme un possesseur.

Rejetant la prétention du défendeur, le tribunal de première instance a reconnu l'acquisition du droit de propriété, en joignant la possession du demandeur avec celle de son auteur. La Cour d'appel va, au contraire, donner raison au défendeur en qualifiant de *détention* l'occupation du terrain par l'auteur du demandeur, privant ce

54. *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3.

55. *Ibid.*, par. 17.

56. *Ibid.*, par. 18.

dernier de la possibilité de le prescrire. Selon la Cour d'appel, la permission accordée par le propriétaire a engendré un rapport de droit d'ordre contractuel qui a transformé la possession de son bénéficiaire en une détention précaire soumise au régime prévu à l'article 923 du Code civil. Avant de commenter cette conclusion, il est utile de rappeler les différentes étapes du raisonnement de la Cour.

Dans les motifs rédigés par la juge Bich, la Cour d'appel a mis en évidence la notion de *détention* définie dans le livre IV du *Code civil du Québec*⁵⁷. Selon les articles 921 et 923 du Code civil, il existe deux hypothèses générales pour établir la détention : soit on contrôle matériellement un bien sans avoir la volonté d'exercer un droit (*l'animus*) (art. 921 C.c.Q.), soit on exerce ce même contrôle, mais « pour le compte d'autrui ou avec reconnaissance d'un domaine supérieur » (art. 923 C.c.Q.). Pour cette seconde hypothèse, le contrôle de fait qu'exerce le détenteur provient généralement d'un droit qui, écrit la juge, « a été octroyé par autrui et dont l'exercice manifeste ou implique qu'il agit pour le compte ou en reconnaissance du domaine supérieur de celui-ci, ce qui sous-entend une obligation de restitution du bien (laquelle peut du reste être expresse) et donc une précarité »⁵⁸. Ainsi, la question précise que soulève la décision *Ville de Lévis c. Mathieu* est de savoir si la permission d'utiliser un fonds répond favorablement aux conditions de reconnaissance d'une détention au sens de l'article 923 C.c.Q., même si sa durée, les usages autorisés, voire les conditions ou modalités de la restitution du bien n'ont pas été précisés⁵⁹.

Pour aborder la question, la juge Bich se tourne vers le peu de doctrine et de jurisprudence⁶⁰ sur le sujet, en citant deux extraits,

57. Art. 921 C.c.Q. : « La possession est l'exercice de fait, par soi-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne qui détient le bien, d'un droit réel dont on se veut titulaire. Cette volonté est présumée. Si elle fait défaut, il y a détention. »

58. *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3, par. 34.

59. *Ibid.*, par. 35 : « [est-ce que la détention peut] découler [...] de situations où celui qui pose ou souhaite poser à l'égard du bien des gestes d'emprise matérielle en obtient l'autorisation verbale ou informelle du propriétaire en titre (ou autre titulaire du droit réel en cause), plutôt que dans un contrat écrit octroyant un droit d'occupation ou d'usage précis ? »

60. La Cour d'appel se réfère à trois maigres références jurisprudentielles, l'une de la Cour suprême du Canada, rendue en 1952 (*Bilodeau c. Dufour*, [1952] R.C.S. 264) dont la pertinence est somme toute relative, car elle traite de contrats et non de permission à proprement parler; une décision de la Cour supérieure, *Décaire c. Roby*, 2009 QCCS 5316, dans laquelle le juge Landry affirme, sans s'appuyer sur une quelconque source d'autorité, au par. 24 : « Celui qui détient un bien (à suivre...)

l'un de Pierre Martineau qui suggère que la détention n'exige pas nécessairement un titre, en ce qu'elle peut découler d'une simple reconnaissance, par le détenteur, du droit du propriétaire⁶¹, et l'autre de Denis Vincelette, pour qui la permission est une manifestation de la détention précaire, tout comme « l'admission du droit d'autrui »⁶². Comme on peut le constater, ces auteurs ne semblent pas faire dépendre la détention de la présence d'un titre ou de la conclusion d'un contrat, mais simplement de la reconnaissance du droit d'autrui, qui a pour effet de nier l'*animus*. La Cour d'appel va d'ailleurs affirmer l'importance de la reconnaissance d'un droit, par opposition à sa simple connaissance, pour déterminer si l'exercice de fait relève d'une possession ou d'une détention : « [L]a connaissance réelle ou présumée qu'a le possesseur du droit d'autrui n'empêche aucunement la possession ni la prescription acquisitive. Ce qui s'y oppose, par contre, est la *reconnaissance* du droit d'autrui, laquelle est par contraste intrinsèque à la détention [...]»⁶³. »

Dans les circonstances de l'affaire, la Cour d'appel aurait vraisemblablement pu conclure que la question posée par l'auteur du demandeur constituait une reconnaissance du droit de propriété ou qu'elle reflétait une absence d'*animus*, engendrant ainsi la détention du bien⁶⁴. Néanmoins, son raisonnement porte essentiellement sur l'effet de la permission obtenue, c'est-à-dire d'un acte qui provient du propriétaire du fonds. Selon la Cour d'appel, une telle permission engendre la conclusion d'un contrat qui placera son bénéficiaire dans la même situation que celle occupée par le locataire, l'emphytéote, l'usufruitier, l'administrateur du bien d'autrui ou le créancier gagiste. Selon la Cour d'appel :

(...suite)

dans un contexte où cette détention résulte d'une permission du propriétaire, reconnaît par le fait même le droit du propriétaire dans ce bien. Ainsi il s'agira d'une détention précaire ne pouvant donner lieu à la prescription »; et enfin, la décision 9079-8190 *Québec Inc. c. Bergeron*, 2005 QCCA 608, dans laquelle la Cour d'appel va arriver à une solution contraire à la décision commentée, en concluant qu'une permission de construire engendre une possession équivoque, et non une détention : « [...] tant et aussi longtemps que l'intimé exerce son emploi sur les lieux occupés, sa possession du terrain est, à tout le moins, équivoque, qu'elle n'est pas certaine et exclusive et qu'on ne saurait prétendre que son caractère ne soulève aucun doute. » (*Ibid.*, par. 38).

61. *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3, par. 36.

62. *Ibid.*, par. 37.

63. *Ibid.*, par. 33.

64. Ainsi, on peut conclure des extraits cités plus haut que le possesseur qui demande à une autre personne si elle en est le propriétaire reconnaît par le fait même qu'il n'en est pas titulaire, et reconnaît le droit d'autrui.

[...] la permission (expresse ou tacite, formelle ou informelle) serait donc créatrice d'un rapport de droit entre celui qui autorise et celui qui accepte l'autorisation, lequel, se voyant conférer un droit par autrui (même informellement), en reconnaît du coup le domaine supérieur, ce qui relève de la détention et le prive de l'*animus* requis. [...]⁶⁵

La permission d'utilisation d'un fonds aurait deux conséquences, l'une en fait et l'autre en droit : elle ferait de celui qui en bénéficie un détenteur et elle engendrerait un rapport juridique de type contractuel, en raison d'un échange de consentement entre le propriétaire et le possesseur⁶⁶.

La permission n'est pas un concept juridique précis et ses effets varient selon le contexte dans lequel elle est formulée. Il est vrai que, dans certaines circonstances, elle peut engendrer des effets juridiques, comme, par exemple, lorsqu'il s'agit d'autoriser quelqu'un à construire sur son propre fonds⁶⁷. Mais pour conclure à la formation d'un contrat, tacite ou informel, les tribunaux vont généralement tenir compte du cadre relationnel entre les parties. En l'espèce, la permission ne semblait pas expressément sollicitée et la seule interaction entre les parties se résume à des échanges verbaux qui sont, comme on l'a vu plus haut, pour le moins laconiques⁶⁸. Néanmoins, la Cour d'appel dégage des faits rapportés l'existence d'un contrat dont le contenu est décrit de la manière suivante :

[...] En ce sens, l'autorisation confère un titre à celui qui en bénéficie et qui peut ainsi justifier en droit son usage ou son occupation des lieux, ce qui correspond à la détention prévue par l'art. 923 C.c.Q.

En corollaire, l'autorisation ainsi donnée et reçue contrecarre par ailleurs toute velléité de possession puisqu'elle sous-tend nécessairement la reconnaissance du domaine supérieur de l'autorisateur et une obligation de « rendre le bien » (ou de cesser l'usage qu'on en fait) : celui qui demande la permission et l'obtient se subordonne au droit d'autrui et en admet la préséance. [...]⁶⁹

Sans que l'analyse soit complètement artificielle, il est difficile, selon nous, de voir dans ces échanges verbaux l'expression d'une

65. *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3, par. 39 (nos soulignements).

66. *Ibid.*, par. 49; au par. 56 : « lorsqu'on permet, on établit une relation contractuelle qui ne relève plus de la tolérance ».

67. Hypothèse examinée dans l'arrêt *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3, par. 49.

68. *Ibid.*, par. 17 : « Monsieur Paquet, c'est à vous ? – Bien, oui. C'est une zone tampon industrielle de trois cents pieds (300 pi), on ne pourra rien faire, utilise-les, il n'y a pas de trouble [...] ».

69. *Ibid.*, par. 47-48 (références omises) (nos soulignements).

convention, avec des obligations réciproques déterminables⁷⁰ et rien, dans la description du comportement de l'auteur du demandeur, ne laisse présumer une telle intention de cesser d'utiliser le bien si le propriétaire le demande⁷¹.

En revanche, la conclusion selon laquelle celui qui sollicite l'autorisation d'utiliser un bien agit en tant que détenteur nous paraît raisonnable. Même en l'absence d'un rapport contractuel, celui qui contrôle matériellement un bien (le *corpus*) peut, par ses gestes et paroles, montrer qu'il n'a pas la volonté d'agir en tant que propriétaire (l'*animus*)⁷². La volonté de régulariser sa situation pourrait le ranger dans la catégorie des détenteurs ou en faire un possesseur équivoque⁷³, sans qu'il soit nécessaire d'y voir les conséquences d'un contrat ou d'un acte juridique⁷⁴.

Sur le plan doctrinal, l'arrêt *Ville de Lévis c. Mathieu* de la Cour d'appel semble vouloir établir un principe général selon lequel la permission accordée par le propriétaire « transforme » toute possession en détention. Comme l'écrit la juge Bich : « [L]a permission, quelles qu'en soient la forme et les formalités qui la consacrent (ou non), emporte la détention⁷⁵. » Avec la conséquence suivante : « [S]i détention il y a, prescription il ne peut y avoir (art. 2913 C.c.Q.), le

70. Art. 1373 C.c.Q.

71. Il est vrai que les tribunaux découvrent parfois des rapports contractuels pour atteindre certaines fins. On peut évoquer la jurisprudence de la Cour de cassation française qui a traité l'assistance à autrui comme une relation contractuelle, alors même que le destinataire de l'offre n'a pas manifesté sa volonté de contracter : *Compagnie Groupe populaire d'assurance c. Caisse primaire d'assurance-maladie d'Indre-et-Loire et autres*, Cour de cass. civ. 1^{re} ch., 27 jan. 1993, *Bull. civ. I*, n^o 42; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil – Introduction générale*, Paris, Cujas, 1997, p. 202, n^o 349.

72. Le Code civil prévoit en effet la simple détention, évoquée à l'article 921, alinéa 2 C.c.Q., où l'exercice de fait d'un droit réel n'est pas accompagné d'un *animus*. Dans ce cas, pour être qualifié de détenteur, il faut que la personne qui a le *corpus* d'un bien exerce ce contrôle sans avoir la volonté d'agir comme le titulaire de droit réel qu'il exerce.

73. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel dans un contexte où un possesseur avait demandé l'autorisation de creuser un puits sur un fonds dont il réclamait la propriété par prescription acquisitive : *Communauté autochtone Muskwa de Mistassini c. Bérubé*, 2015 QCCA 1897.

74. Dans ce cas, on aurait pu tout aussi bien qualifier la question posée par l'auteur du demandeur (« Monsieur Paquet, c'est à vous ? – Bien, oui. »), non pas comme une demande de permission, mais comme une reconnaissance du droit d'autrui. Si cette qualification avait été retenue, la reconnaissance du droit aurait eu pour effet d'interrompre la prescription, en vertu de l'article 2898 du Code civil.

75. *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3, par. 51.

détenteur étant toujours présumé détenir en cette qualité, qui fait obstacle à l'élément intentionnel de la possession⁷⁶. »

Compte tenu du caractère général du principe affirmé et des conséquences qui en découlent, notamment l'exigence d'une interversion de titre pour mettre fin au statut de détenteur, cette conclusion mérite qu'on s'y arrête. L'affirmation aurait pu, il nous semble, être nuancée, car ce ne sont pas toutes les permissions qui engendrent une détention. Il faudrait, au minimum, qu'elle soit sollicitée par la personne qui l'obtient. À titre d'exemple, un propriétaire pourrait très bien placer une affiche à l'entrée de son terrain qui indiquerait « Propriété privée – Entrée autorisée » : cette permission ne transformerait pas les futurs occupants en détenteurs, même s'ils sont autorisés à y être. En réalité, un propriétaire ne peut, par un acte unilatéral, transformer la possession d'un tiers en détention. De plus, pour que la permission puisse engendrer une détention, il serait pertinent de tenir compte des usages qu'elle autorise. Si la permission porte sur des actes de simple tolérance, on voit mal pourquoi celui qui en bénéficie ne pourrait pas être considéré comme un possesseur par la suite, s'il exerce un véritable contrôle sur le bien qui dépasse les simples gestes qui découlent de la tolérance⁷⁷. Enfin, tant que la permission n'a pas la précision requise, il nous semble qu'on peut difficilement la considérer comme étant constitutive d'un titre qui puisse faire l'objet d'une interversion. Le régime prévu aux articles 923 et 2914 du Code civil suppose que le propriétaire d'un bien se soit engagé dans un rapport contractuel qui prévoit la remise matérielle du bien à une ou plusieurs personnes déterminées, pour un usage précis et exclusif, avec une obligation de le restituer après une certaine période. Le caractère flou et

76. *Ibid.*, par. 51. Art. 923 C.c.Q. : « Celui qui a commencé à détenir pour le compte d'autrui ou avec reconnaissance d'un domaine supérieur est toujours présumé détenir en la même qualité, sauf s'il y a preuve d'intervention de titre résultant de faits non équivoques. » Art. 2914 C.c.Q. : « Un titre précaire peut être interverti au moyen d'un titre émanant d'un tiers ou d'un acte du détenteur inconciliable avec la précarité. L'intervention rend la possession utile à la prescription, à compter du moment où le propriétaire a connaissance du nouveau titre ou de l'acte du détenteur. »

77. Ainsi, un voisin qui demanderait la permission de traverser le fonds voisin pour aller récupérer un objet qui s'y serait égaré, ne devient pas, par cette permission, détenteur « à jamais » et de manière perpétuelle du fonds. Inversement, elle n'implique pas, du point de vue du propriétaire, une renonciation à l'un des usages du droit de propriété.

indéterminé de la permission accordée dans l'affaire *Ville de Lévis* rend la preuve d'une interversion de titre plus complexe⁷⁸.

Comme on peut le constater, la décision commentée soulève un certain nombre de questions. Sur un plan pratique, elle va certainement inciter le possesseur de mauvaise foi à ne pas chercher à régulariser sa situation auprès d'un tiers, et surtout, à ne pas évoquer une « permission » d'occuper un terrain si son objectif est d'en revendiquer la propriété par la prescription acquisitive.

3. Le titulaire d'une servitude de passage peut-il prescrire un droit de propriété sur le fonds servant ?

Dans l'arrêt *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*⁷⁹, rendu en 2010, la Cour d'appel a abordé la question de savoir si le bénéficiaire d'une servitude de passage pouvait prescrire la propriété du fonds servant. Deux objections avaient alors été soulevées. La première consistait à prétendre que la reproduction d'une servitude de passage dans différents actes notariés devait être considérée comme entraînant la reconnaissance du domaine supérieur, au sens de l'article 923 C.c.Q., avec pour effet d'interrompre la prescription. Même si la Cour d'appel semblait avoir raisonné autrement dans une décision antérieure en refusant d'y voir une telle reconnaissance⁸⁰, le juge Gagnon a affirmé que la conséquence d'une telle mention « est largement tributaire du contexte »⁸¹, suggérant ainsi qu'une telle publication puisse équivaloir à une reconnaissance d'un domaine supérieur. La seconde objection portait sur le statut

78. Comment un détenteur peut-il commettre un acte « inconciliable avec la précarité » (art. 2914 C.c.Q.) si les conditions de la permission ne sont pas précisées ?

79. *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*, 2010 QCCA 421.

80. *Tanguay c. Gladu*, 2007 QCCA 1146, par. 29, j. Dufresne : « Lorsque cet acte fut signé la prescription n'était pas acquise et il était normal que dans l'acte de vente le notaire mentionne la servitude. Cette mention ne saurait être considérée comme une reconnaissance par l'appelante et son auteur du fait que la prescription ne courait plus. »

81. *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*, préc., note 79, par. 32-33 : « Le possible impact de la mention d'une servitude dans un acte notarié sur l'interruption ou non de la prescription est largement tributaire du contexte. Dans le présent cas, vu la portée limitée, s'il en est, de l'empiètement sur l'assiette de la servitude, la reconnaissance de celle-ci ne pouvait en conséquence être interprétée comme une reconnaissance de la précarité du titre de Gestion Immeubles Samson quant à la petite bande de terrain sur laquelle sont aménagés en permanence un patio et une clôture. Cette conclusion serait probablement différente si l'empiètement avait eu comme conséquence de nuancer la raison d'être de la servitude, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. »

de détenteur du titulaire d'une servitude de passage. En l'occurrence, le bénéficiaire de la servitude de passage réclamait l'acquisition par prescription d'une partie du fonds servant qui empiétait de manière très superficielle sur l'assiette de la servitude. Étant donné que l'assiette de la servitude se distinguait de la partie réclamée par son bénéficiaire, il pouvait prétendre en être possesseur. Comme l'a écrit le juge Gagnon :

[...] la possession dont il est ici question n'a pas débuté à l'occasion de l'exercice d'un droit conféré par la servitude pas plus qu'elle s'est opposée, vu sa localisation, à l'exercice de ce droit. Pour caricaturer, je dirais que nous sommes en présence de deux étrangères (possession et servitude) dont les chemins ne se sont jamais croisés bien qu'elles aient toujours été proches voisines.⁸²

Interprété *a contrario*, le principe évoqué par la Cour d'appel empêcherait le bénéficiaire d'une servitude de passage d'acquérir par prescription l'assiette sur laquelle elle doit s'exercer.

Si nous évoquons un arrêt rendu il y a plus de dix ans, c'est parce qu'une décision de la Cour supérieure, *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*⁸³, s'est appuyée sur des propositions similaires pour refuser au titulaire d'une servitude de passage la possibilité de prescrire une partie du fonds voisin⁸⁴. Or, il nous apparaît que les raisonnements à la Cour d'appel et de la Cour supérieure reposent sur des bases fragiles et soulèvent un certain nombre de difficultés. Avant de les aborder, il convient de décrire le litige ainsi que le raisonnement de la Cour supérieure.

C'est dans le cadre d'un conflit entre voisins réclamant la reconnaissance de leur droit de propriété acquis par prescription que la Cour supérieure a abordé la question de savoir si le titulaire d'une servitude de passage devait être considéré comme un possesseur ou un détenteur de l'assiette sur laquelle il exerce son droit. La situation à l'origine du litige est pour le moins originale, car elle est née dans un contexte où le propriétaire du fonds servant est tombé dans l'oubli, ne s'étant pas manifesté depuis plus de cent ans. Cette absence prolongée a manifestement suscité la convoitise du voisin,

82. *Ibid.*, par. 33-34.

83. *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*, préc., note 4.

84. *Ibid.*

bénéficiaire d'une servitude de passage sur le terrain qui semblait abandonné par son propriétaire. Ce voisin, ancien juge à la Cour suprême du Canada, a posé une clôture et des écriteaux sur lesquels on pouvait lire « Propriété privée » et « Défense de passer » en espérant pouvoir devenir propriétaire de l'assiette sur laquelle il exerçait une servitude de passage accordée en 1894. Après plus de 25 ans d'occupation, pendant lesquels l'ancien juge, ses enfants et sa femme ayant hérité de l'immeuble, ont manifesté leur désir constant d'agir en tant que propriétaires de la bande de terrain, une procédure de régularisation de la situation fut entreprise et une demande de reconnaissance du droit de propriété fut déposée en 2016 à la Cour supérieure. Mal leur en prit, car la demande de reconnaissance du droit de propriété a incité les autres voisins à faire de même avec pour résultat fâcheux que leur demande a été rejetée et que celle des voisins a été accordée, mais sur une autre partie du fonds.

Dans la décision rendue par la juge Dominique Poulin, la Cour supérieure a rejeté la demande d'acquisition par prescription au motif que le titulaire d'une servitude de passage devait être considéré comme le détenteur du fonds servant. Même si le demandeur a agi « comme un propriétaire » pendant de nombreuses années sur le lot réclamé, il bénéficiait d'une servitude de passage qu'il a fait publier au moment de l'acquisition du lot, ce qui impliquerait, selon la Cour, la reconnaissance du domaine supérieur au sens de l'article 923 du Code civil, le rangeant ainsi dans cette catégorie que seule une interversion de titre permettrait de modifier. Même si la servitude a été constituée en 1894, la reconnaissance du domaine supérieur par son auteur initial serait renouvelée, selon la Cour, pour tous les propriétaires subséquents ayant fait inscrire la servitude dans les différents actes d'acquisition de l'immeuble⁸⁵.

Pour arriver à cette conclusion, la juge Poulin s'est référée aux motifs de la Cour d'appel dans l'affaire *Ville de Lévis c. Mathieu*⁸⁶, que nous avons commentée plus haut, pour résumer les conditions de reconnaissance de la détention : à la différence du possesseur, le détenteur tient son droit du propriétaire « dont l'exercice manifeste ou implique qu'il agit pour le compte ou en reconnaissance du domaine supérieur de celui-ci »⁸⁷. Or, selon la Cour supérieure, le

85. *Ibid.*, par. 45.

86. *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3.

87. *Ibid.*, par. 34.

fait d'inscrire la servitude dans un acte d'acquisition ou dans un avis de publication est suffisant pour qu'il y ait une reconnaissance du domaine supérieur, même si celui qui publie le droit n'en est pas l'auteur. Tel que l'écrit la juge Poulin : « Le Tribunal conclut qu'il y a eu reconnaissance du domaine supérieur dans l'acte d'acquisition de la propriété par feu l'Honorable Gonthier lorsqu'il s'est porté acquéreur de l'immeuble en 1976. Il y a de nouveau eu reconnaissance du domaine supérieur lors de l'Avis publié en 1995. »⁸⁸ Par conséquent, l'acquéreur d'un immeuble devrait être considéré comme un détenteur du fonds servant⁸⁹.

Bien qu'elle ne l'ait pas exprimé directement, la Cour supérieure semble présumer que le titulaire d'une servitude devrait être considéré comme un détenteur à l'égard de l'assiette sur laquelle son droit doit s'exercer. Sur cette question, la Cour s'est appuyée sur une lecture *a contrario* de la décision *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*⁹⁰, les deux situations étant différentes sur les aspects suivants :

En l'espèce, le droit de propriété que M^{me} Gonthier fait valoir porte sur l'assiette entière de la servitude, en l'occurrence la bande de terrain allant du chemin Tour du lac jusqu'au lac. Cette possession qu'elle avance n'est pas sans conséquence sur l'exercice de la servitude. Au contraire, la possession que M^{me} Gonthier fait valoir a pour effet non seulement de nuancer la raison d'être de la servitude, mais vise à l'éteindre par la réunion en la même personne de la qualité de propriétaire des fonds servant et dominant (article 1191 1^o C.c.Q.). Autre distinction importante, les actes de possession invoqués par M^{me} Gonthier ont été précédés de l'exercice du droit de passage conféré par la servitude. (Nos soulignements)

Suivant ces extraits, le bénéficiaire d'une servitude de passage doit être considéré comme un détenteur en raison, d'une part, de la reconnaissance du domaine supérieur que la publication de ce droit entraîne et, d'autre part, du fait que la possession, pour reprendre les termes du juge Gagnon, « a débuté à l'occasion de l'exercice d'un droit conféré par la servitude ». Ces deux propositions seront examinées tour à tour.

88. *Ville de Lévis c. Mathieu*, 2021 QCCA 23, par. 45. Il s'agit plus précisément d'un avis de publication d'inscription d'un droit de passage et d'un droit de superficie à l'encontre du lot.

89. Voir aussi : *Desjardins c. Hébert*, 2020 QCCA 792, par. 44.

90. *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.*, 2010 QCCA 421.

3.1 La mention d'une servitude dans des actes notariés engendre-t-elle une détention ?

Dans la décision *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*, la juge Poulin tient pour acquis que la mention d'une servitude dans un acte notarié est constitutive d'une reconnaissance d'un domaine supérieur. Avec égard, ce raisonnement nous apparaît erroné, car il semble confondre la « connaissance » d'un droit, qui permet la possession de mauvaise foi, et sa « reconnaissance », qui engendre la détention⁹¹. À notre avis, la mention de l'existence d'une servitude, qui grève un fonds, dans un acte notarié, relève d'un constat qui ne remet pas en question l'*animus* du possesseur de mauvaise foi. Nous sommes ainsi d'accord avec M^e Pierre Pratte lorsqu'il écrit que « l'extériorisation de la connaissance de la servitude, en raison de sa mention dans l'acte, n'équivaut pas automatiquement à une reconnaissance du droit d'autrui »⁹².

Le raisonnement est aussi difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour d'appel. Dans *Dupuy c. Gauthier*⁹³, la Cour devait trancher une situation similaire à celle à l'étude qui concerne un acheteur dont l'acte d'acquisition comportait la reconnaissance d'un empiètement sur le fonds voisin. Contrairement au juge de première instance, qui avait conclu qu'une telle reconnaissance remettait en cause l'*animus* requis pour prescrire, la Cour d'appel a affirmé qu'« il est possible de connaître l'existence d'un empiètement et d'avoir malgré tout l'intention de posséder l'immeuble à titre de propriétaire »⁹⁴. De manière générale, la publication d'un acte dans lequel on relate une servitude déjà publiée ne nous paraît pas remplir les exigences d'une « reconnaissance d'un domaine supérieur » au sens de l'article 923 C.c.Q.

91. *Ibid.*, par. 33 : « [...] la connaissance réelle ou présumée qu'a le possesseur du droit d'autrui n'empêche aucunement la possession ni la prescription acquiescive. Ce qui s'y oppose, par contre, est la reconnaissance du droit d'autrui, laquelle est par contraste intrinsèque à la détention [...] »

92. Pierre PRATTE, « La demande judiciaire relative à la prescription acquiescive d'un immeuble », (2014) 73 R. du B. 514, 570, note 211.

93. *Dupuy c. Gauthier*, préc., note 1.

94. *Ibid.*, par. 59.

3.2 Le bénéficiaire d'une servitude de passage est-il forcément détenteur de l'assiette de celle-ci ou peut-il en être possesseur ?

En posant les affiches « Propriété privée » et « défense de passer », le titulaire de la servitude avait bel et bien, selon nous, l'*animus* et le *corpus* requis pour prescrire une partie du fonds servant. Pour le qualifier de détenteur, comme l'a fait la Cour, il faut nécessairement faire appel à l'article 923 du Code civil qui range dans cette catégorie celui qui exerce le contrôle d'un bien soit « pour le compte d'autrui », soit avec la reconnaissance d'un domaine supérieur. Il convient donc d'examiner ces deux hypothèses.

Tout d'abord, est-ce que le bénéficiaire d'une servitude détient le fonds pour le compte d'autrui ? À notre avis, il faut répondre par la négative. À la différence de l'usufruit, de la location, du gage ou de l'emphytéose, le contrat de servitude n'entraîne pas une remise matérielle d'un bien d'une personne à une autre en vue de le restituer après une certaine période de temps... À preuve, le fonds servant reste entre les mains de son propriétaire, qui en conserve intégralement le *corpus*. C'est probablement pour cette raison que le deuxième alinéa de l'article 2203 du *Code civil du Bas Canada* prévoyait explicitement que « [...] l'emphytéote, le locataire, le dépositaire, l'usufruitier et tous ceux qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent l'acquérir par prescription », en excluant la servitude⁹⁵.

Même si le raisonnement est valable pour une servitude continue, par exemple une servitude de vue, on peut admettre que la question pourrait se poser différemment à l'égard d'une servitude discontinue, comme une servitude de passage. En attribuant un droit d'utiliser un fonds, la servitude de passage transfère à son bénéficiaire une partie de l'usage matériel qu'il peut faire d'un bien⁹⁶. Peut-on néanmoins prétendre que le titulaire d'une servitude contrôle le bien « pour le compte d'autrui » ? Nous en doutons. En attribuant une telle servitude, le propriétaire ne se départit pas du *corpus* au profit de son bénéficiaire⁹⁷.

95. Le Code civil roumain qualifie de détenteur précaire le titulaire d'une servitude; voir art. 918 (1)b *Codul civil al Romaniei*.

96. En vertu de l'article 1184 C.c.Q., le contrôle matériel s'étend aux mesures ou aux ouvrages nécessaires pour user de la servitude.

97. Néanmoins, on peut admettre que certaines servitudes de passage attribuent un droit de passer sur un chemin qui sera exclusivement utilisé par son bénéficiaire. Dans ces cas, on pourrait raisonner par analogie et assimiler la situation (à suivre...)

Ensuite, peut-on prétendre que le titulaire d'une servitude détient le bien avec la reconnaissance d'un domaine supérieur ? La réponse varie, à notre avis, selon que le bénéficiaire était l'une des parties au contrat établissant la servitude. Dans l'affirmative, il va de soi qu'il « reconnaît le domaine supérieur » et doit être considéré comme un détenteur, tout comme ses ayants cause universels ou à titre universel⁹⁸, qui continuent sa détention. L'ayant cause à titre particulier, en revanche, commence une possession nouvelle pouvant conduire à la prescription⁹⁹.

Pour ces raisons, la conclusion de la Cour supérieure ainsi que le raisonnement de la Cour d'appel dans *THM Immobilier inc. c. Gestion immeubles Samson inc.* nous paraissent mériter d'être fortement nuancés, et on devrait, il nous semble, éviter de les appliquer mécaniquement à toutes les servitudes de passage et, surtout, de les étendre aux autres servitudes.

3.3 L'exigence d'une interversion de titre lorsqu'un propriétaire est introuvable

Il convient de formuler un dernier commentaire sur l'intervention de titre dans un contexte où le propriétaire est inconnu¹⁰⁰.

(...suite)

à celle d'un locataire ou d'un usufruitier, car le bénéficiaire d'une telle servitude contrôle de manière exclusive l'assiette sur laquelle il exerce son droit.

98. Art. 2912 C.c.Q.

99. La Cour d'appel a néanmoins qualifié cette question de « controversée », voir : *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3, à la note de bas de page 57 : « Il paraît entendu que l'ayant cause universel ou à titre universel, qui prolonge la personne de l'auteur-détenteur, serait lié par cette même présomption [n.d.a. : de conserver le statut de détenteur], du moins en matière immobilière (et malgré l'art. 926 C.c.Q.). Ce ne serait toutefois pas le cas de l'ayant cause à titre particulier qui ignore le caractère précaire de l'occupation de son auteur et peut donc commencer lui-même à posséder l'immeuble. La doctrine est cependant divisée en ce qui concerne l'ayant cause à titre particulier qui connaît la situation de détention de son auteur, c.-à-d. la précarité de l'occupation de ce dernier. Certains sont d'avis qu'en pareil cas, la détention se perpétue [...] D'autres sont d'un avis contraire, estimant que l'ayant cause à titre particulier qui connaît la détention de son auteur n'est pas dans une situation différente de celle du possesseur qui connaît le droit du propriétaire : connaître ne suffit pas, encore faut-il reconnaître. [...] Vu la manière dont je me propose de statuer sur le fond de la présente affaire, je ne me prononcerai pas sur cette controverse. » (références omises). Si la servitude exige le paiement d'une rente annuelle, on pourrait également prétendre que son bénéficiaire reconnaît le domaine supérieur qu'il soit ou non l'auteur de la servitude, et dans la mesure où il se conformerait à cette obligation, bien entendu.

100. *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*, préc., note 4, par. 14 : « Le propriétaire en titre est inconnu ou introuvable. (à suivre...)

Dans ces circonstances, il nous paraît particulièrement rigoureux d'exiger d'un « détenteur » qu'il réponde aux conditions de l'article 2914 du Code civil qui prévoit : « [l]’interversion rend la possession utile à la prescription, à compter du moment où le propriétaire a connaissance du nouveau titre ou de l'acte du détenteur. » Comment, en effet, dénoncer l'utilisation que l'on fait d'un bien si le propriétaire est introuvable et inconnu ? Compte tenu des circonstances, on aurait pu s'attendre à ce que le tribunal, dans l'affaire *THM Immobilier*, accorde un droit de propriété sur la base de l'occupation seulement¹⁰¹, l'immeuble étant vraisemblablement abandonné, d'autant plus que l'immeuble est sous l'administration provisoire du ministère du Revenu qui ne s'y objectait pas... Sur cette question, le tribunal a préféré reporter de dix ans le délai pour prescrire en « rappelant que cette demande [en déclaration de droit de propriété] est susceptible de marquer l'interversion de titre aux fins d'amorcer la période de prescription »¹⁰².

4. La nature juridique d'une servitude de fourniture d'énergie

Dans l'arrêt *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, la Cour d'appel s'est penchée sur une servitude qui imposait au propriétaire d'un fonds servant l'obligation perpétuelle de fournir de l'électricité au propriétaire du fonds dominant. Après avoir obtenu une opinion juridique confirmant qu'une telle servitude était invalide, le propriétaire du fonds servant a unilatéralement décidé de cesser de fournir l'électricité, ce qui a provoqué une longue saga judiciaire. Une première décision a été rendue en 2009 par la juge Lemelin de la Cour supérieure¹⁰³, qui a reconnu l'existence d'une servitude réelle, et cette décision fut suivie plus de dix ans plus tard par l'arrêt de la Cour d'appel qui a tranché en sens inverse, reconnaissant dans la convention la création d'une obligation personnelle perpétuelle¹⁰⁴. Pour des raisons qui seront discutées plus loin, la Cour d'appel n'a

(...suite)

L'index des immeubles nous ramène au début du siècle dernier quant à toute publication concernant la propriété du lot. Le ministre du Revenu, qui agit comme administrateur provisoire, déclare s'en remettre à la décision du Tribunal quant à chacune des demandes. »

101. Art. 935 C.c.Q.

102. *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*, préc., note 4, par. 50.

103. *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, préc., note 9.

104. *Ibid.*

pas reconnu la validité de la servitude, mais elle a néanmoins sanctionné la résiliation unilatérale de l'obligation imposée à Hydro-Québec, qualifiant celle-ci « d'obligation personnelle perpétuelle ». Bien qu'elle comporte un large volet relevant du droit des obligations, la décision de la Cour d'appel est intéressante, car elle s'interroge sur la nature juridique d'une servitude de fourniture d'énergie et elle montre que la déclaration d'invalidité d'une servitude n'entraîne pas nécessairement une absence de lien juridique entre les propriétaires de fonds voisins. Pour comprendre les raisons ayant motivé cette conclusion, il convient de rappeler le contexte particulier ayant mené à cette affaire.

À la fin du XIX^e siècle, un propriétaire, qui utilise l'eau de la rivière Richelieu afin de faire fonctionner son usine, conclut une entente avec l'ayant droit d'Hydro-Québec qui désire bâtir un barrage sur la rivière afin de produire de l'électricité. En contrepartie du droit de construire, le propriétaire du fonds se voit attribuer, dans le cadre d'un contrat de servitude, un droit d'alimentation en eau qui lui aurait permis de générer 1000 chevaux vapeur d'énergie ou de recevoir une énergie équivalente d'électricité qu'il peut louer ou de vendre (*lease or sell*) à des tiers. En 1906, les parties mettent fin au droit de recevoir une quantité d'eau, tout en préservant le droit pour le fonds dominant de recevoir gratuitement une quantité d'électricité qu'il pourra, à son gré, louer ou vendre à des tiers. Les bénéficiaires de la servitude de fourniture d'électricité vont ainsi varier au cours des 30 années suivantes. À son tour, le fonds servant est passé entre les mains de différentes entreprises qui ont poursuivi les mêmes activités économiques que leur auteur et qui, se considérant comme liées par la servitude, ont fourni l'électricité.

Créée en 1944, Hydro-Québec acquiert les actifs du titulaire du fonds servant et accepte, dans le cadre d'une nouvelle entente conclue en 1950, de fournir gratuitement l'électricité à un nouveau point de livraison¹⁰⁵. En 1959, Hydro-Québec achète le fonds dominant et, afin de préserver l'obligation de fournir la même quantité d'énergie de manière pérenne, les parties établissent une nouvelle servitude, mais entre d'autres fonds¹⁰⁶.

105. *Ibid.*, par. 24.

106. Par la suite, l'usine qui bénéficiait de l'électricité gratuite a changé de mains, à plusieurs reprises, et les droits à l'électricité aussi, sans qu'Hydro-Québec ne s'objecte ou ne cesse de livrer l'électricité gratuitement (*ibid.*, par. 27).

Deux questions méritent ainsi d'être abordées : celle portant sur la nature d'une servitude de fourniture d'énergie (4.1) et celle de savoir si une servitude invalide peut cacher une obligation personnelle perpétuelle (4.2).

4.1 Sur la nature d'une servitude de fourniture d'énergie

Une servitude qui aurait pour objet d'assurer la fourniture d'électricité à un fonds de manière perpétuelle pourrait difficilement répondre aux exigences du *Code civil du Québec* : une servitude ne peut avoir pour objet principal une obligation de faire¹⁰⁷. Ce n'est qu'accessoirement qu'une telle obligation pourrait théoriquement être assumée par le propriétaire du fonds servant¹⁰⁸. Compte tenu de l'obligation de fournir de l'électricité prévue dans la servitude contestée, il est étonnant qu'elle ait pu être qualifiée d'obligation réelle en première instance¹⁰⁹ ou faire l'objet d'une opinion nuancée par les juges majoritaires de la Cour d'appel. Sur cette question, seule la juge Cotnam de la Cour d'appel a clairement exposé, dans une opinion dissidente en partie, l'incompatibilité entre la notion de « charge passive » et l'obligation prévue dans la servitude¹¹⁰ :

En effet, l'obligation imposée au propriétaire du fonds servant consiste en une obligation de faire : fournir de l'électricité. Or, une servitude ne peut avoir pour effet de contraindre le propriétaire du fonds servant à faire quelque chose. Ce dernier n'a que l'obligation de subir, passivement, l'exercice de la servitude par le fonds dominant.

Les juges Mainville et Lévesque n'ont pas senti le besoin de se prononcer clairement sur la nature de l'obligation de fournir de l'électricité¹¹¹. Ils ont néanmoins affirmé qu'« [u]n engagement de livrer de l'électricité à même des installations hydroélectriques

107. La charge imposée au fonds servant doit être passive, voir l'art. 1177 C.c.Q. : « [une servitude] oblige le propriétaire du fonds servant à supporter, de la part du propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage ou à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété. »

108. Art. 1177 : « Une obligation de faire peut être rattachée à une servitude et imposée au propriétaire du fonds servant. Cette obligation est un accessoire de la servitude et ne peut être stipulée que pour le service ou l'exploitation de l'immeuble. »

109. *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, préc., note 9, par. 121.

110. *Ibid.*, par. 101.

111. *Ibid.*, par. 35 : « Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de décider, aux fins de cet appel, si les ententes de 1897, 1906 et 1950 sont constitutives d'une servitude. »

définies peut effectivement faire l'objet d'une servitude »¹¹². La proposition laisse perplexe, car on voit difficilement comment une telle servitude serait conciliable avec les termes clairs de l'article 1177 C.c.Q., sans compter les conséquences absurdes qu'elle pourrait engendrer¹¹³. Les sources citées au soutien de cette affirmation nous apparaissent peu convaincantes : la Cour se réfère à une décision de 1932 de la Cour suprême du Canada¹¹⁴ portant sur une servitude qui accordait au fonds dominant « le droit de prendre l'eau nécessaire pour faire mouvoir le dit moulin à farine ». Or, l'obligation imposée à un propriétaire de barrage de fournir un certain volume d'eau est une charge essentiellement passive qui ne l'oblige pas à faire quelque chose au profit du fonds voisin. D'ailleurs, les sources françaises auxquelles renvoient les juges en note de bas de page¹¹⁵ ne font que confirmer que la fourniture d'électricité, dans les rares cas où elle a pu être considérée comme valide, devait avoir un caractère accessoire¹¹⁶. Par conséquent, nous sommes loin d'être convaincu que la servitude en question puisse répondre favorablement

112. *Ibid.*, par. 34.

113. Si elle devait être reconnue, une telle servitude obligerait – de manière perpétuelle – le propriétaire du fonds servant à exploiter une installation hydro-électrique au profit du fonds dominant. Or, c'est exactement le type d'asservissement que veut éviter le Code civil.

114. *Riverin & Belanger v. Price Bros. Ltd.*, 1932 CanLII 343 (C.S.C.).

115. *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, préc., note 9, par. 34, note 15.

116. Voir Jamel DJOUDI, *Répertoire de droit civil*, « Servitudes », Paris, Dalloz, 2019, par. 107 et 111 : « Si, pour l'exercice de la servitude, on peut bien imposer au propriétaire du fonds servant un devoir passif d'abstention et de tolérance, on ne peut, en revanche, l'obliger à fournir des journées de travail ou une fourniture quelconque sur un autre fonds. Une telle prestation, qui est en réalité une obligation personnelle, ne sera pas alors automatiquement transmissible aux acquéreurs successifs. [...] De même, l'extraction et le triage du charbon opérés par le propriétaire du fonds servant sont qualifiés de prestations accessoires affectées à la servitude de fourniture concédée à une verrerie (Civ. 9 janv. 1901, DP 1901. 1. 450), comme l'est la fourniture d'électricité (Pau, 14 févr. 1912, S. 1912. 2. 249, note Bonnacase). Ainsi, il s'agit, selon toute vraisemblance, d'obligations *propter rem* accessoires qui permettent de faire entrer l'activité humaine dans l'objet d'une servitude. » La décision de la 3^e chambre de la Cour de cassation (Cass. Civ. 3^e, 10 juillet 2001, n^o 99-20.847.), à laquelle renvoient les juges, porte sur un recours en vice caché et ne fait qu'évoquer l'existence d'une servitude qui ne « permettait que le prélèvement d'électricité nécessaire au fonctionnement d'une pompe qui n'était pratiquement plus utilisée », sans plus de précision au sujet de son caractère accessoire. Selon André Robert, une convention qui aurait pour objet principal la fourniture d'un service ne pourrait être constitutive d'une servitude (André ROBERT, « Une servitude ne peut être imposée qu'à un fonds et pour un fonds », *D.* 1990. 89 : « Une prestation active purement personnelle ne peut pas être érigée en servitude, telle la fourniture d'eau et d'une réfrigération (Montpellier, 16 janv. 1967, *Gaz. Pal.* 1967. 1. 233; *RTD civ.* 1967. 663, obs. Bredin). »).

aux exigences du Code civil, en particulier à celles prévues à l'article 1177 C.c.Q.

Ultimement, la servitude sera déclarée tout de même invalide par la Cour d'appel non pas en raison de l'obligation de faire qu'elle comporte, mais parce qu'elle concernait une fourniture d'électricité qui provenait d'un autre fonds que le fonds servant :

[e]n effet, même s'il s'agit d'une servitude dans ces ententes [antérieures à celle de 1959], l'article 5 de l'entente de 1959 prévoit explicitement que l'électricité fournie par Hydro-Québec proviendra d'autres sources que le barrage de Chambly. Puisque la servitude est un droit patrimonial qui est exercé directement sur un bien, et puisque l'électricité fournie depuis au moins 1959 ne provient plus nécessairement du fonds servant, il ne peut plus s'agir d'une servitude.¹¹⁷

Pour qu'une fourniture de service soit constitutive de servitude, il faut qu'elle soit non seulement, comme nous l'avons relevé, accessoire d'une charge principale, mais aussi qu'elle puisse être exécutée par tous les propriétaires successifs du fonds servant¹¹⁸. En délocalisant la source de production de l'électricité, la charge imposée au fonds servant devenait impossible à exécuter pour un éventuel propriétaire subséquent, elle ne peut donc être constitutive de servitude, conclusion avec laquelle nous ne pouvons qu'être d'accord.

4.2 Une servitude invalide peut cacher une obligation personnelle perpétuelle

Comme nous l'avons indiqué plus haut, dans notre résumé de l'affaire *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, c'est en s'appuyant sur une opinion juridique que le propriétaire d'un fonds servant, Hydro-Québec, a décidé de ne plus respecter la charge réelle qui consistait à fournir de l'électricité gratuitement et à perpétuité. Hydro-Québec ne pouvait pas prévoir que, derrière cette servi-

117. *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, préc., note 9, par. 35.

118. C.A. Montpellier, 16 janv. 1967, *Gaz. Pal.* 1967, 1, p. 233; *RTD civ.* 1967, p. 663, obs. Bredin : « Si la règle posée par l'article 686 du code civil [...] ne prohibe pas absolument l'institution de servitudes *in faciendo* [...], encore faut-il que la prestation de services ne puisse être assurée que par le propriétaire du fonds et pourrait aussi l'être indistinctement par tous les propriétaires successifs de ce fonds servant. » (cité par Stéphanie MARY, « Transmission de plein droit des obligations réelles aux acquéreurs successifs d'un fonds », *D.* 2005. 934).

tude manifestement invalide consentie par l'un de ses auteurs, pouvait se cacher une obligation personnelle perpétuelle ! Sous le strict plan du droit des biens, les conclusions subsidiaires de la Cour d'appel sur la violation d'une obligation perpétuelle par Hydro-Québec sont d'une portée secondaire et ne feront pas l'objet d'un commentaire. Néanmoins, elles sont susceptibles d'intéresser le praticien, qu'il soit notaire ou avocat, en ce qu'elles laissent entendre que l'invalidité d'une servitude ne permet pas de se faire justice soi-même et de rompre unilatéralement un contrat. À ce titre, le juge Mainville affirme qu'en tenant compte de l'intention des parties et de la formulation des différents contrats, l'obligation de fournir de l'électricité est de nature perpétuelle¹¹⁹ et, qu'en l'occurrence, elle était « transmissible à un tiers sans que le consentement d'Hydro-Québec soit requis »¹²⁰.

5. Une propriété superficière peut-elle naître d'un testament ?

À la différence des autres modalités du droit de propriété, comme les copropriétés indivise et divise¹²¹, la propriété superficière ne fait pas l'objet d'une description précise des actes juridiques qui sont susceptibles de la créer. Rien n'interdit, en principe, qu'elle soit établie par contrat, par testament, par jugement¹²² ou par la loi, pourvu que l'une ou l'autre de ces sources de droit engendre une « division de l'objet » sur lequel porte le droit de propriété, « une cession du droit d'accession » ou une « renonciation au bénéfice de l'accession »¹²³. Ainsi, en affirmant dans la décision *Pavlakidis c. Pavlakidis*¹²⁴ que seul un contrat pouvait être à l'origine d'une propriété superficière, et non un testament, la Cour supérieure a lancé un véritable pavé dans la mare qui mérite probablement d'être mis en contexte avant d'être critiqué.

Le litige oppose deux héritiers qui ne sont pas parvenus à s'entendre sur le sens à donner au testament de leur mère, proprié-

119. *Groupe Bennett Fleet inc. c. Hydro-Québec*, préc., note 9, par. 37.

120. *Ibid.*, par. 37 et 48. À ce titre, le contrat de 1897 prévoyait que l'électricité pouvait être vendue ou louée par le propriétaire du fonds dominant.

121. Art. 1012, 1038 C.c.Q.

122. Voir le commentaire sur l'arrêt *Zhang c. Bell Canada*, 2018 QCCA 1582 : Mathieu DEVINAT, « Revue de la jurisprudence 2020 en droit des biens », (2021-2022) 123 R. du N. 63.

123. Art. 1110 C.c.Q.

124. *Pavlakidis c. Pavlakidis*, préc., note 9, par. 25, décision confirmée en Cour d'appel pour d'autres motifs : *Pavlakidis c. Pavlakidis*, 2021 QCCA 1872.

taire de deux immeubles à vocation résidentielle qui avaient la particularité de se trouver sur un même lot. Dans le testament, on peut lire les clauses suivantes qui ont été citées par la Cour et qui sont au cœur du débat :

Should my husband predecease me, I bequeath as a particular legacy :

To my son Panagiotis (Peter) PAVLAKIDIS my building located at [Address 1], Montreal, Quebec.

To my daughter Georgia PAVLAKIDIS my building located at [Address 2], Montréal, Quebec.

To my son Panagiotis (Peter) PAVLAKIDIS my car;

To my daughter Georgia PAVLAKIDIS my other car;

I bequeath the residue of all my property, movable and immovable ... to my children Panagiotis (Peter) PAVLAKIDIS and Georgia PAVLAKIDS hereby constituting them my sole universal residuary legatees, by equal shares, with representation in favour of their children and failing children his or her share accrue in favour of his or her co-legatee.¹²⁵

Comme on peut le constater, le reliquat de l'universalité du patrimoine est partagé également entre les deux héritiers, frère et sœur, tandis que certains biens font l'objet d'un legs à titre particulier, à savoir les deux immeubles qui se trouvent sur un même lot et deux voitures qui sont attribués spécifiquement à l'un et à l'autre. Les relations entre les deux héritiers se sont détériorées, à tel point que la fille de la testatrice réclame le partage judiciaire des biens détenus en indivision, ce qui inclut, selon elle, les deux immeubles. Elle prétend ainsi que la stipulation reproduite plus haut aurait seulement attribué un droit d'usage exclusif à chacun des héritiers, et non pas un droit de propriété, ce qui permettrait de procéder à un partage sur la totalité des immeubles. Le fils de la testatrice ne s'oppose pas au partage judiciaire des biens détenus en indivision, mais ce partage ne peut porter sur l'immeuble qui lui a été attribué dans le legs à titre particulier, car il considère qu'il en est le seul propriétaire.

La question au cœur du litige relève de l'interprétation d'un testament, plus précisément sur la nature du droit qui a été conféré à

125. *Pavlakidis c. Pavlakidis*, préc., note 9, par. 12 (en gras dans la décision).

chacun des héritiers par le legs à titre particulier : du point de vue de l'héritière, il s'agit d'un droit d'usage exclusif sur un bien détenu en indivision tandis que, selon l'héritier, le legs lui attribue un droit de propriété sur la construction (*my building*) et, compte tenu du fait que le fonds appartient aux deux héritiers, il serait titulaire d'un droit de propriété superficière.

En raison de l'importance qu'ont pu jouer des considérations contextuelles dans la détermination du sens qui a été finalement retenu par la Cour¹²⁶, il ne nous appartient pas de nous prononcer sur le bienfondé de sa décision sur le fond. En revanche, les motifs évoqués pour rejeter l'interprétation défendue par l'héritier nous paraissent, avec égard, inexacts.

La Cour rejette la possibilité théorique qu'une propriété superficière puisse résulter d'un testament¹²⁷. Selon la Cour : « Superficies may be established by agreement, either tacit or express, between the subsoil owner and the superficiesary. In this case, the Will may not be equated with an agreement. »¹²⁸ Or, comme nous l'avons évoqué plus haut, rien dans le *Code civil du Québec* ne s'oppose à ce qu'un testament puisse attribuer la propriété d'une construction à l'un des héritiers et le fonds sur lequel elle se trouve à un autre¹²⁹. Il est vrai que la division de l'objet du droit de propriété peut engendrer des difficultés administratives, ou encore même être soumise à des restrictions dans certaines municipalités¹³⁰, il n'en demeure pas moins que le Code civil ne prévoit aucune limite à l'exercice de la liberté testamentaire qui empêcherait un testateur de prévoir un legs à titre particulier qui aurait pour effet de créer une propriété superficière.

À notre avis, cette décision ne devrait pas être retenue comme établissant un principe général interdisant la création d'une pro-

126. En particulier les arguments pragmatiques évoqués par la Cour supérieure : *ibid.*, par. 15 et s.

127. *Ibid.*, par. 36.

128. *Ibid.*, par. 25 (références omises).

129. Les sources citées par le tribunal ne nous paraissent pas appuyer son raisonnement. Bien qu'il soit cité à titre d'autorité, le professeur Frenette fait expressément référence à la possibilité qu'une propriété superficière puisse naître d'un testament, voir : François FRENETTE, *La propriété superficière*, 3^e éd., dans *Chambre des notaires du Québec*, R.D./N.S., Montréal, 2014, p. 23, par. 47.

130. La Cour évoque à plusieurs reprises les restrictions imposées par la Ville de Montréal, voir : *Pavlakidis c. Pavlakidis*, préc., note 9, par. 33 et s.

priété superficielle par testament. Bien que la décision ait été confirmée par la Cour d'appel, il est important de souligner que cette dernière a pris soin d'examiner le caractère approprié du remède imposé, le partage par la vente sous autorité judiciaire, sans se prononcer sur la question précise abordée dans cette chronique¹³¹.

6. Le droit de passage des articles 997 et suivants C.c.Q. : la Cour d'appel confirme une démarche rigide pour en fixer l'assiette, mais promeut une approche contextuelle pour déterminer l'enclave

Dans une chronique antérieure, nous avons commenté deux arrêts de la Cour d'appel du Québec portant sur le régime juridique des fonds enclavés. Ces décisions avaient la particularité, selon nous, d'incarner deux manières différentes d'envisager le régime juridique de l'enclave prévu aux articles 977 et suivants du *Code civil du Québec*¹³². Cette tension entre une approche dite « objective » de l'enclave et une autre qui s'appuie sur une pondération des intérêts en présence se retrouve, sous une forme différente, à l'intérieur de deux arrêts de la Cour d'appel dans lesquels les juges ont formulé des propositions difficiles à concilier, du moins dans leurs fondements. Elles seront examinées tour à tour.

6.1 La soi-disant « prescription » de l'assiette du droit de passage en cas d'enclave : la rigidité d'une formule *contra legem*

On trouve, dans la jurisprudence québécoise, plusieurs affirmations selon lesquelles le titulaire d'un fonds enclavé au sens de l'article 997 du Code civil peut « prescrire l'assiette » sur laquelle il exerce son droit de passage. Cette formule, que nous avons déjà commentée dans une chronique antérieure¹³³, nous paraissait devoir être critiquée, notamment parce qu'elle heurte directement la lettre de l'article 2910 et contredit l'esprit de l'article 998 du Code

131. *Pavlakidis c. Pavlakidis*, préc., note 9, par. 13 et s.

132. *Whitworth c. Martin*, 1995 CanLII 4753 (QC C.A.) et *Rankin c. Gaucher*, 2019 QCCA 1718. Dans le premier, la Cour d'appel avait adhéré à une approche que l'on pourrait qualifier d'« objective » de la situation d'enclave, tandis que dans le second, elle a développé une approche « contextuelle », qui tient compte des intérêts des parties en présence, voir : Mathieu DEVINAT, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit des biens », (2020) 122 *R. du N.* 35-74, p. 38 et s.

133. Voir : Mathieu DEVINAT, « Revue de la jurisprudence 2016 en droit des biens », (2017) 119 *R. du N.* 63, 84 et s.

civil. En vertu de l'article 2910 C.c.Q., la prescription acquisitive est « un moyen d'acquérir le droit de propriété ou l'un de ses démembrements, par l'effet de la possession ». Or, l'assiette n'étant ni un droit de propriété ni un démembrement, elle ne peut formellement s'acquérir par le mécanisme de la prescription. Outre cette atteinte au texte du Code, la formule « prescription de l'assiette » va à l'encontre de la finalité de l'article 998 du Code civil, applicable lorsqu'est reconnue une situation d'enclave. Selon cet article, l'attribution d'un droit de passer sur un fonds voisin doit s'apprécier en tenant compte des différents accès possibles afin de retenir celui qui est le plus naturel, « compte tenu de l'état des lieux, de l'avantage du fonds enclavé et des inconvénients que le passage occasionne au fonds qui le subit »¹³⁴. Enfin, pour admettre une prescription de l'assiette, il faudrait être en présence d'un acte de possession, ce qui n'est pas le cas. D'une part, il n'y a généralement pas d'*animus*, le passage étant le plus souvent autorisé par le propriétaire du chemin¹³⁵; d'autre part, il n'y a pas de *corpus*, car il n'y a pas de contrôle matériel sur le bien¹³⁶. Néanmoins, en vertu du principe, le propriétaire d'un fonds enclavé qui aurait accédé à son fonds en utilisant un chemin pendant plus de dix ans n'aurait plus à faire la preuve qu'il s'agit de l'accès le plus « naturel », privant l'article 998 C.c.Q. de son utilité et de sa fonction. Malgré ses défauts, la formule a été reprise par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *9323-0506 Québec inc. c. Isabel*¹³⁷, comme s'il s'agissait d'un principe juridique fermement établi.

Dans cette affaire, les appelants reprochaient au juge de première instance de n'avoir pas tenu compte des autres passages qui auraient permis d'accéder au fonds enclavé, avec moins d'inconvénients et de manière plus avantageuse pour le fonds enclavé selon eux¹³⁸. La Cour d'appel a estimé que ce moyen était sans fondement, en raison du fait qu'il était établi que le chemin était utilisé depuis 1966. Par conséquent, « l'assiette de la servitude de passage a été

134. Art. 998 C.c.Q. : « Le droit de passage s'exerce contre le voisin à qui le passage peut être le plus naturellement réclamé, compte tenu de l'état des lieux, de l'avantage du fonds enclavé et des inconvénients que le passage occasionne au fonds qui le subit. »

135. Si elle devait suivre l'arrêt *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3, la Cour d'appel devrait admettre que celui qui passe sur un chemin avec la permission de son propriétaire devrait être considéré comme un détenteur.

136. Il est possible, bien entendu, de prescrire la propriété du fonds, si on remplit les conditions de la possession.

137. *9323-0506 Québec inc. c. Isabel*, préc., note 8.

138. *Ibid.*, par. 17.

acquise par prescription acquisitive »¹³⁹. Non seulement le propriétaire avait acquis le droit de passer sur ce chemin, mais « le juge n'avait pas à considérer les autres passages qui pourraient être plus avantageux pour le Lot [...] enclavé causant le moins d'inconvénients pour les lots voisins »¹⁴⁰, contrairement à ce que prévoit l'article 998 du Code civil.

Bien que critiquable, le message a le mérite d'être clair : lorsqu'une voie d'accès a été empruntée pendant plus de dix ans pour accéder à un fonds, elle doit être retenue par le tribunal lorsqu'il accorde un droit de passage en cas d'enclave, en vertu de l'article 997 du Code civil. La détermination de l'assiette d'un droit de passage semble ainsi devoir s'effectuer de manière quelque peu mécanique, du moins lorsqu'elle est réclamée par le propriétaire du fonds enclavé¹⁴¹. Néanmoins, on peut relever que l'approche préconisée fait contraste avec la démarche contextualisée retenue pour statuer sur l'état d'enclave.

6.2 L'enclave, une question de contexte

Jusqu'à ce que l'affaire *Turbide c. Boucher*¹⁴² soit rendue, il était de jurisprudence constante, auprès des tribunaux de première instance, qu'un fonds devait être considéré comme étant dans une situation d'enclave économique, au sens de l'article 997 C.c.Q., si les coûts de désenclavement ou de construction d'un chemin pour accéder à la voie publique s'élevaient à plus de 15 % de la valeur marchande du fonds¹⁴³. Même si ce critère n'était pas appliqué comme une règle absolue, la Cour d'appel est venue rappeler que l'appréciation de l'état d'enclave économique exigeait une appréciation plus contextualisée de la situation, qui dépasse la simple comparaison des coûts du désenclavement et de la valeur marchande¹⁴⁴.

139. *Ibid.*, par. 26.

140. *Ibid.*, par. 27.

141. Le propriétaire d'un fonds enclavé pourrait, il nous semble, réclamer le passage sur un autre fonds en s'appuyant sur l'article 998 C.c.Q. En d'autres termes, il n'est pas obligé de passer sur l'assiette soi-disant prescrite.

142. *Turbide c. Boucher*, préc., note 6.

143. À titre d'exemple : *Gagnon c. Productions Intrépides inc.*, 2021 QCCS 4096, par. 36-37; *Fortin c. Marcouiller*, 2018 QCCS 1731, par. 19; *Latour c. Bastille*, 2017 QCCS 5642; *Construction Norfor c. Boulianne*, 2016 QCCS 1826; *Pedneault c. Lacasse*, 2002 CanLII 5279 (QC C.S.), par. 93.

144. *Turbide c. Boucher*, préc., note 6.

Il convient, à ce titre, de reprendre les termes utilisés par la Cour d'appel pour décrire la méthodologie applicable en matière d'enclave économique :

L'enclave économique implique des considérations de proportionnalité et de finalité d'utilisation, ainsi qu'une analyse « coûts-avantages ». Cette évaluation s'intéresse nécessairement à la situation particulière du fonds enclavé. Les caractéristiques propres à ce fonds, comme l'usage projeté du fonds, le contexte plus large des relations de voisinage et l'ensemble des options disponibles de désenclavement, doivent donc faire partie intégrante de l'analyse. Il s'agit d'un examen profondément ancré dans les faits de chaque dossier.

[...]

le *Code civil du Québec* ne prévoit pas une règle du « 15 % », mais exige plutôt une analyse contextuelle et particulière à chaque cas. Cette analyse doit tenir compte d'un ensemble de facteurs pertinents, qui peuvent varier d'un cas à l'autre, dont l'usage des lieux, la cause de l'enclave (notamment si elle résulte de la division du fonds par suite d'un partage, d'un testament ou d'un contrat), les circonstances de l'occupation du fonds, les relations de voisinage, les droits de passage existants, les alternatives disponibles, les inconvénients que subirait les fonds respectifs, etc. Cette analyse contextuelle ne se prête pas à une règle générale immuable, comme celle du 15 %, que nous propose l'appelante.¹⁴⁵

Nous partageons l'avis de la Cour d'appel selon lequel le *Code civil du Québec* ne fait pas appel à un quelconque calcul comptable pour définir l'enclave économique. Par conséquent, la décision de s'en remettre à un pourcentage précis entre les coûts du désenclavement et la valeur marchande est pour le moins arbitraire et va à l'encontre du texte du Code. Néanmoins, l'approche préconisée par la Cour d'appel nous paraît souffrir des mêmes défauts. En effet, l'article 997 C.c.Q. exige seulement la preuve d'une issue « insuffisante, difficile ou impraticable » à la voie publique pour établir la présence d'une enclave et ainsi obtenir le passage nécessaire à son utilisation et à son exploitation¹⁴⁶.

145. *Turbide c. Boucher*, préc., note 6, par. 17 et 21 (références omises).

146. Art. 997 C.c.Q. : « Le propriétaire dont le fonds est enclavé soit qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique, soit que l'issue soit insuffisante, difficile ou impraticable, peut, si on refuse de lui accorder une servitude ou un autre mode d'accès, exiger de l'un de ses voisins qu'il lui fournisse le passage nécessaire à l'utilisation et à l'exploitation de son fonds.

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

En proposant de tenir compte du contexte des relations de voisinage, des inconvénients que subirait les fonds respectifs et de l'usage du fonds au moment de son acquisition¹⁴⁷, comme elle l'a fait en l'espèce, la Cour d'appel propose une lecture originale de l'article 997 C.c.Q. qui s'éloigne sensiblement de son texte et du sens qui lui était traditionnellement attribué. En réalité, la décision de la Cour d'appel s'inscrit dans l'approche contextuelle de la définition de l'enclave préconisée par le juge Morissette dans l'affaire *Rankin c. Gaucher*¹⁴⁸, à l'égard de laquelle nous avons déjà formulé d'importantes critiques et qui montre que la Cour persiste dans sa lecture controversée des articles 997 et 998 du *Code civil du Québec*.

Malgré cela, la décision *Turbide c. Boucher* est susceptible d'élargir l'éventail des considérations dont il faut tenir compte pour établir si une issue est « insuffisante, difficile ou impraticable » au sens de l'article 997 C.c.Q. L'application d'un critère purement quantitatif fondé sur la proportion entre les coûts de construction et la valeur du fonds enclavé, préconisée par certains tribunaux, était à ce titre trop réductrice pour identifier la présence d'une enclave économique.

Le contraste entre les deux arrêts de la Cour d'appel est frappant. Dans le premier, elle applique un critère purement quantitatif pour appliquer l'article 998 du Code civil, qui prévoit pourtant une appréciation contextuelle; et dans le second, elle applique de manière contextuelle l'article 997 du Code civil, alors que cette disposition ne fait aucunement appel à une telle approche. Néanmoins, la lecture proposée de l'article 997 du Code civil, fondée sur une balance des intérêts, nous paraît devoir faire l'objet de réserves. Même si elle reflète une sensibilité à l'égard du contexte dans lequel la présence d'une enclave doit être appréciée, elle introduit une certaine insécurité dans la portée du droit attribué par l'article 997 C.c.Q. En effet, cette approche transforme la question de l'enclave en une étude psychologique de la volonté et des aspirations du propriétaire enclavé et de ses voisins, et en une appréciation de l'opportunité de permettre l'exploitation d'un fonds pour une certaine fin au regard de l'impact qui serait causé aux fonds voisins. Le caractère subjectif et contingent de ces critères fait en sorte que la conclusion est susceptible d'évoluer en fonction des acteurs en présence et de leurs volontés.

147. *Turbide c. Boucher*, préc., note 6, par. 22.

148. *Rankin c. Gaucher*, préc., note 7; voir : Mathieu DEVINAT, « Revue de la jurisprudence 1994-2019 en droit des biens », préc., note 132, p. 43 et s.

CONCLUSION

Il est normal et légitime que les tribunaux puissent contribuer à l'évolution du droit et qu'après plus de 25 ans d'application, des critères nouveaux soient ajoutés aux articles du *Code civil du Québec*. Si le rôle des tribunaux n'est généralement plus contesté par les auteurs, il n'en demeure pas moins que les solutions nouvelles proposées par la Cour d'appel ou par la Cour supérieure ne doivent être acceptées qu'après examen. C'est pourquoi nous avons porté notre attention non pas sur les décisions avec lesquelles nous étions parfaitement d'accord, mais sur celles qui paraissaient devoir faire l'objet d'une analyse critique. Pour les raisons qui suivent, plusieurs décisions commentées dans la présente chronique portent sur le régime de la possession.

Suivant la Cour d'appel dans la décision *Ville de Lévis c. Mathieu*¹⁴⁹, le possesseur de mauvaise foi se transformerait en détenteur dès qu'il obtiendrait la permission d'utiliser un bien par son propriétaire. Or, il nous apparaît que le statut de détenteur ne peut dépendre d'un acte juridique unilatéral du propriétaire et qu'il doit s'apprécier strictement sur les caractéristiques de celui qui revendique le statut de possesseur : la présence d'un *animus* et d'un *corpus*. Dans la décision *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*¹⁵⁰, de la Cour supérieure, ce sont des mentions de l'existence d'une servitude, dans des actes notariés, qui serviraient à fonder une soi-disant reconnaissance du domaine supérieur. Si le raisonnement devait être suivi, il priverait les bénéficiaires de servitudes qui auraient été publiées de la possibilité de prescrire une partie du fonds servant, qu'ils soient ou non les auteurs de la servitude. Comme nous avons pu le relever, plusieurs nuances s'imposent et seuls les auteurs des actes de servitudes (et leurs ayants cause universels ou à titre universel) ne devraient, selon nous, être rangés dans la catégorie des détenteurs. Enfin, la définition de fraudeur proposée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*¹⁵¹ ne tient pas compte du fait que, pour prescrire, le possesseur de mauvaise foi est le plus souvent appelé à commettre des gestes qui peuvent être interprétés comme visant à « tromper » le véritable propriétaire,

149. *Ville de Lévis c. Mathieu*, préc., note 3.

150. *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*, préc., note 4.

151. *Le Repos Saint-François d'Assise c. Sabelli*, préc., note 5.

parce que posés « à son insu ». À suivre le raisonnement de la Cour d'appel, la définition aurait pu s'appliquer à des actes posés par un ancien juge de la Cour suprême du Canada¹⁵², ce qui en illustre le caractère banal.

Comme on peut le constater, ces différentes décisions partagent des caractéristiques communes : elles sont susceptibles de s'appliquer dans un grand nombre de situations et elles ont chacune pour effet de protéger le propriétaire insouciant contre le possesseur de mauvaise foi, ce qui pourrait annoncer un accueil favorable auprès des juristes. C'est donc en raison de leur potentiel à « faire jurisprudence » que nous avons cru utile de leur accorder autant d'attention.

152. *Morin Gonthier c. Agence du revenu du Québec (Ministre du Revenu du Québec)*, préc., note 4.